

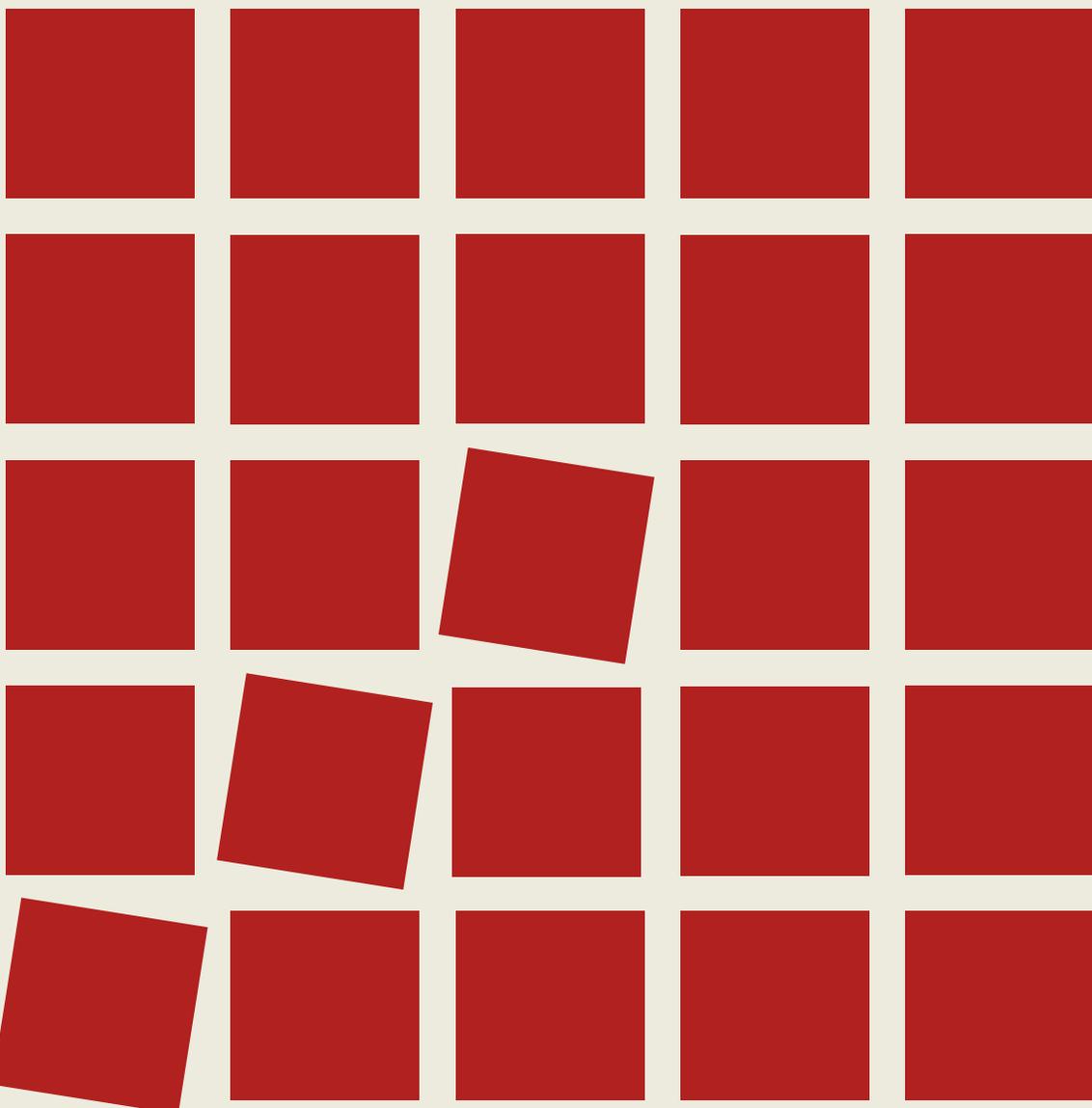
# Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 5 – num. 2  
Dicembre 2016



**Edizioni**  
Ca' Foscari





# Ricerche giuridiche

[online] ISSN 2281-6100

Quaderni del Progetto Dottorale  
di Alta Formazione in Scienze Giuridiche  
e del Centro Studi Giuridici del Dipartimento  
di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia

**Edizioni Ca' Foscari** - Digital Publishing

Università Ca' Foscari Venezia

Dorsoduro 3246 | 30123 Venezia

URL <http://edizionicafoscari.unive.it/it/edizioni/riviste/ricerche-giuridiche/>

# Ricerche giuridiche

## Rivista semestrale

**Direzione scientifica** Nicolò Abriani (Università di Firenze, Italia) Luigi Benvenuti Carmelita Camardi Francesco Caprigione (Università Guglielmo Marconi, Roma, Italia) Lorenzo De Angelis María Ángeles Egusquiza Balmaseda (Universidad Pública de Navarra, España) Antoine Lyon-Caen (Université Paris Ouest, France) Arturo Maresca («La Sapienza» Università di Roma, Italia) Fabrizio Marrella Roger McCormick (London School of Economics, UK) Christoph G. Paulus (Humboldt Universität zu Berlin, Deutschland) Adalberto Perulli Alessandro Somma (Università di Ferrara, Italia) Alberto Urbani

**Direttore responsabile** Alberto Urbani

**Comitato Scientifico** Christian Arbrüster (Freie Universität Berlin, Deutschland) Marcello Clarich (LUISS Università Guido Carli, Roma, Italia) Nina Dietz Legind (Syddansk Universitet, Denmark) Giuliana Martina Paolo Montalenti (Università di Torino, Italia) Johannes Michael Rainer (Universität Salzburg, Austria) Masaki Sakuramoto (Toyo University, Tokyo, Japan) Antonella Sciarone Alibrandi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Roberto Senigaglia Marco Sepe (Unitelma Sapienza, Roma, Italia) Gianluca Sicchiero Tiziano Treu (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Giuseppe Vettori (Università di Firenze, Italia) Manfred Weiss (Universität Frankfurt, Deutschland) Gaetano Zilio Grandi

**Comitato di redazione** Vania Brino Francesca Burigo Valentina Cagnin Cristina De Benetti Sara De Vido Mariella Lamicela Bianca Longo Marco Mancini Andrea Minto (Universiteit Utrecht, Nederland) Marco Olivi Giuseppe Paone Andrea Pin (Università di Padova, Italia) Ilenia Rapisarda Marco Ticozzi Alessandra Zanardo Giuliano Zanchi Andrea Zorzi

**Comitato scientifico per la valutazione** Fabio Addis (Università di Brescia, Italia) Mads Andenas (Universitetet i Oslo, Norge) Antonella Antonucci (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Florence Benoit-Rohmer (EiUC, Venezia, Italia) Elisabetta Bergamini (Università di Udine, Italia) Massimo Bianca (Università di Trieste, Italia) Elena Bindi (Università di Siena, Italia) Antonio Blandini (Università di Napoli «Federico II», Italia) Enrico Camilleri (Università di Palermo, Italia) Maria Teresa Carinci (Università di Milano, Italia) Daniela Caterino (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Carlo Cester (Università di Padova, Italia) Nis Jul Clausen (Syddansk Universitet, Denmark) Paoloefisio Corrias (Università di Cagliari, Italia) Ciro G. Corvese (Università di Siena, Italia) Alessandro D'Adda (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Raffaele De Luca Tamajo (Università di Napoli «Federico II», Italia) Francesco De Santis (Università di Salerno, Italia) Riccardo Del Punta (Università di Firenze, Italia) Leonardo Di Brina (Università «Guglielmo Marconi», Italia) Giovanni Di Rosa (Università di Catania, Italia) Leonardo Ferrara (Università di Firenze, Italia) Giuseppe Ferri jr. (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Gianvito Giannelli (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Delia La Rocca (Università di Catania, Italia) Valerio Lemma (Università «Guglielmo Marconi», Roma, Italia) Raffaele Lener (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Michele Lobocono (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Pierpaolo Marano (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Cinzia Motti (Università di Foggia, Italia) Marco Olivetti (Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia) Carlo Paterniti (Università di Catania, Italia) Ugo Patroni Griffi (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Paolo Patrono (Università di Verona, Italia) Mirella Pellegrini (LUISS Università Guido Carli, Roma, Italia) Henry Peter (Université de Genève, Suisse) Andrea Pisaneschi (Università di Siena, Italia) Dianora Poletti (Università di Pisa, Italia) Riccardo Salomone (Università di Trento, Italia) Franco Scarpelli (Università di Milano-Bicocca, Italia) Martin Schauer (Universität Wien, Austria) Francesco Seatzu (Università di Cagliari, Italia) Paolo Tosi (Università di Trento, Italia) Vincenzo Troiano (Università di Perugia, Italia) Fernando Valdés Dal-Ré (Universidad Complutense de Madrid, España) Francesco Vella (Università di Bologna, Italia) Michele Vellano (Università della Valle D'Aosta, Italia) Lorenzo Zoppoli (Università di Napoli «Federico II», Italia) Stefano Zunarelli (Università di Bologna, Italia)  
Ove non specificato, i nominativi indicati si intendono facenti riferimento, a vario titolo, all'Università Ca' Foscari Venezia, Italia.

**Direzione e redazione** Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia San Giobbe - Cannaregio 873, Fondamenta San Giobbe, 30121 Venezia  
ricerchegiuridiche@unive.it

**Valutazione dei contributi** I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

- 1 La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza, ecc.).
- 2 Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.
- 3 La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
- 4 In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.
- 5 In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
- 6 La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgono gli atti di convegni.

## Sommario

### SAGGI

- Pluralità o unità del sapere giuridico? Una questione di metodo**  
Fulvio Cortese 165
- Le società in generale**  
Lorenzo De Angelis 177
- La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c.  
tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale**  
Mariella Lamicela 211
- Sciogliere l'individuo nell'ordine economico  
L'abuso del diritto nell'esperienza tedesca**  
Sonia Haberl, Alessandro Somma 233

### PAPERS

- Debiti di valore e imputazione del pagamento  
eseguito prima della liquidazione**  
Marco Ticozzi 261
- L'art. 709-ter c.p.c.  
Danni e responsabilità nella crisi delle relazioni familiari:  
forme di tutela e rimedi processuali**  
Alberto Barbazza 273

<b>Il piano attestato di risanamento: uno strumento di risoluzione della crisi finanziaria d'impresa tuttora efficace</b>	283
Francesca Burigo	
<b>Il ruolo della lingua e della cultura berbera nel nuovo assetto costituzionale marocchino</b>	311
Federico Lorenzo Ramaioli	
<b>L'applicabilità della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni alle transazioni aventi ad oggetto software: vendita o licenza?</b>	333
Dushica Atanasovska	

## OSSERVATORIO

<b>CASSAZIONE CIVILE; sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962</b>	
Di Palma Presidente, Acierno Estensore	
<b>L'adozione del minore alla coppia omosessuale: la cristallizzazione di un <i>trend</i> giurisprudenziale</b>	
Considerazioni a margine della pronuncia della Cassazione n. 12962/2016	
Daniela Muscillo	349

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:

F. Addis, B. Barei, E. Bindi, E. Camilleri, A. D'Adda, G. Di Rosa, G. Giannelli, D. La Rocca, M. Lobocono, U. Patroni Griffi, M. Perini, D. Poletti, O. Pollicino, S. Recchioni, M. Vellano

# Saggi



## Pluralità o unità del sapere giuridico? Una questione di metodo

Fulvio Cortese

(Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Trento)

**Abstract** What is the core of the legal knowledge? Is it unitary or plural in nature? This short paper aims to underline two important methodological skills for every lawyer: the fundamental reference to a presupposed general and cultural theory about the reality and the authority empowered to change it; the case-by-case activation of this reference for the purpose of producing technical tools and creating a parallel, well regulated world.

**Sommario** 1. Una bussola apparentemente introvabile. – 2. Una chiave di lettura, tra “pubblico” e “privato”. – 3. Autonomia, strumentalità o... “vicarietà”? – 4. La cassetta degli attrezzi, tra tradizione, innovazione e professionalità del giurista.

### 1 Una bussola apparentemente introvabile

Occuparsi di una possibile definizione del “sapere” giuridico è un compito arduo, se non impraticabile. Ne sarebbero implicati troppi interrogativi, ed essi risulterebbero gravati anche dal rischio di un’astrattezza difficilmente sopportabile.

Sarebbe difficile, addirittura, condividere una qualche certezza su che cosa si possa intendere per “sapere”, specialmente in un contesto in cui il dibattito in senso stretto pedagogico si va impadronendo anche di ciò che accade nelle aule universitarie, spingendo i docenti a orientare i propri insegnamenti da veicoli di conoscenze a trasmettitori di competenze, analogamente a quanto è accaduto, da tempo, nel sistema scolastico. Del resto questi problemi, per il diritto, potrebbero anche apparire del tutto superflui: ciò che si studia e si approfondisce, da parte del giurista, ha sempre delle evidenti ricadute pratiche. Eppure anche la formazione giu-

Il presente testo riproduce l'intervento tenuto nel corso della lezione inaugurale delle attività seminariali per l'a.a. 2016/2017 del Dottorato in *Diritto, mercato e persona*, attivato presso l'Università Ca' Foscari di Venezia. L'Autore desidera ringraziare i Proff. Carmela Camardi e Luigi Benvenuti, di quell'Ateneo, per avergli dato l'opportunità di coltivare tali riflessioni, e il Prof. Luigi Garofalo, dell'Università di Padova, per averle stimulate nel corso di un dialogo realmente interdisciplinare.

ridica è costretta a giustificare il proprio *ubi consistam*, trovandosi così “collassata” tra la nostalgia per un preteso e antico modello di univoco e riconosciuto prestigio e il timore per un sentiero tanto nuovo quanto potenzialmente estraneo.

Allo stesso tempo, però, la coscienza dell’urgenza della questione sul “sapere” è un dato avvertito da molti, specialmente se affiancata dalla sensazione ricorrente di frammentarietà e di disordine delle discipline giuridiche: frammentarietà e disordine del diritto positivo; frammentarietà e disordine delle tesi sviluppate da operatori e studiosi; frammentarietà e disordine negli approcci che le generano e le giustificano; frammentarietà e disordine nei generi letterari tipici dell’ambito giuridico; frammentarietà e disordine nei processi di ripensamento dei curricula universitari e nelle relative iniziative istituzionali, che a vario titolo, pur implicando una forte presenza del giurista e della sua tradizione, paiono caratterizzate dall’ansia di fronteggiare orizzonti eterodefiniti anziché dalla volontà di apportarvi un proprio e autonomo contributo.

Poi, problema tra i problemi (ma forse, problema *dei* problemi), c’è un altro profilo, che impedisce di per sé di ragionare sull’esistenza di un’identità specifica del “giuridico”: si tratta della frammentarietà, e al contempo del disordine, indotti dalla sclerotizzazione delle differenze disciplinari, per effetto della quale il “sapere” resta sempre e inevitabilmente articolato in una pluralità di “saperi”, più o meno comunicabili per assunto.

Accade così che in ogni settore scientifico-disciplinare si coltivi spesso, paradossalmente, una sorta di “virtuosa” autoreferenzialità, salvo discutere, all’interno (rigorosamente...), su quale debba essere la radice di questa ortodossia e su come essa debba di conseguenza trasformarsi nella migliore e più consapevole visione del giuridico e del “suo metodo”.

Ma accade anche, al di là delle dispute accademiche, che queste autoreferenzialità diventino occasionalmente nudi strumenti di battaglie ulteriori, mezzi con i quali i pratici (avvocati e magistrati) perseguono la vittoria in contese in qualche modo corporative. E in tal modo il “discorso sul metodo” ritrova una sua singolare unità, quella di una funzionalizzazione estrema, che un po’ (certo) ha qualche alibi negli orientamenti ondivaghi e bizzarri del legislatore, e che tuttavia finisce per costruire e accreditare un linguaggio giuridico del tutto nuovo, talvolta assai lontano dalla cautela che la (o quanto meno *una*) tradizione consiglierebbe.

C’è dunque bisogno di immaginare un’unità, sia pure in un contesto nel quale la bussola pare introvabile e la realtà sembra esigere dal giurista risposte sempre più circostanziate e affinate, al punto da prefigurarne una vera e propria mutazione “genetica”, se non una progressiva estinzione. Che fare allora?

Lungi dal voler affrontare “di petto” l’argomento – come si è detto, è un’impresa vana e, probabilmente, poco fruttuosa... – un qualche stimolo di riflessione può nascere da un suggerimento che viene dalla letteratu-

ra giuridica d'Oltreoceano; da quelle letture, in particolare, che hanno cercato, negli ultimi due decenni, di promuovere lo studio della *culture of laws'rule*<sup>1</sup>. Perché è indubitabile che ciò che fin qui abbiamo nominato come "sapere" giuridico «needs to be studied in the same way as other cultures», e quindi va innanzitutto concepito «as the imaginative construction of a complete worldview»; e per fare ciò è necessario «[to] begin with a thick description of the legal event even as it appears to a subject already prepared to recognize the authority of law», dal momento che «that subject brings to the event a unique understanding of time, space, community and authority» e che «he or she also brings an understanding of the self as a legal subject»<sup>2</sup>.

In quest'ottica, attingere a un'unità circa il "sapere" giuridico significa riflettere sulla circostanza che quest'unità non è in primo luogo sostanziale, ma si colloca "a monte", essendo traguardabile alla sola condizione di accettare l'idea che il giurista è strutturalmente il portavoce di una *Weltanschauung* alternativa, e che questa deriva, storicamente, da presupposti fondativi sull'identificazione di ciò che chiamiamo ordinamento giuridico: è questo la "macchina" misteriosa e meravigliosa che "trasforma" le cose e gli individui in elementi capaci di una loro specifica autonomia giuridica e che esige la costituzione di una tecnologia capace di manipolare detti elementi e di farli interagire efficacemente. A ben vedere, seguire il *cultural study of law* ci aiuta a riscoprire uno dei connotati più autentici della tradizione giuridica occidentale; una prospettiva di cui i grandi giuristi sono sempre stati coscienti e a cui la dottrina italiana ha dato ragguardevoli contributi.

Per sperimentare che cosa possa significare una tale prospettiva si può riprendere la più classica e profonda *divisio* del diritto della tradizione occidentale, quella, cioè, tra diritto pubblico e diritto privato: una classificazione disciplinare che ha saputo porsi, nel corso del tempo, e specialmente negli ultimi trent'anni, da punto fermo, capace di attribuire una serie di connesse certezze, anche metodologiche, a "pietra dello scandalo", suscettibile di essere superata *sic et simpliciter*, in nome di un ibridismo allo stato ancora non del tutto decifrabile, oltre che foriero di trasversali disorientamenti e di relative reazioni unilaterali da parte dei cultori dell'una o dell'altra materia<sup>3</sup>.

1 Cfr., per tutti, KAHN, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago and London, 1999.

2 *Ibid.*, p. 1-2; corsivi aggiunti.

3 Per un quadro del dibattito in corso v., da ultimo, le riflessioni raccolte da BENACCHIO, GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti*

## 2 Una chiave di lettura, tra “pubblico” e “privato”

Non è certo il caso, in questo contesto, di percorrere le molteplici e “infinite” schermaglie in cui tanti autori (e tante “scuole”) si sono misurati e su cui si è forgiata, per l'appunto, la convinzione di una naturale, e incrollabile, distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

L'occasione è buona, piuttosto, per utilizzare un piccolo effetto “speciale”, uno dei tanti e ingenui modi con cui il giurista-docente prova a guidare gli studenti nei primi itinerari dell'alfabetizzazione giuridica. Lo stragemma consiste, semplicemente, nel chiedersi *che cosa sia* il testo del codice civile, indicato in tutta la fisicità di una delle sue più diffuse edizioni cartacee. A tutti verrebbe subito da pensare alla consueta e banale esigenza di differenziare una fonte di cognizione da una fonte di produzione. E il pensiero è più che appropriato. Ma è possibile considerare la domanda in altro modo? Ad esempio: quel codice è *diritto privato* o è *diritto pubblico*?

La risposta non è così scontata.

Senz'altro in quel codice si trovano molte regole e molti principi - e quindi molti istituti - di diritto privato (civile e commerciale; e anche del lavoro... e anche fallimentare, di famiglia ecc.). Nonostante ciò è fuor di dubbio che quel codice è anche diritto pubblico: è vero o non è vero che quel codice è qualificabile come un regio decreto? Ed è vero o non è vero che questa qualificazione conferisce alle norme da esso prodotte una forza peculiare? Ed è vero o non è vero che tutte le disposizioni da cui quelle norme sono ricavate si manifestano quale espressione della sovranità statale, che ha deciso di renderle cogenti nella forma (avente oggi forza di legge) più significativa e innovativa di cui essa è ordinariamente capace nella cornice dello Stato di diritto?

L'effetto “speciale” potrebbe anche essere enfatizzato ulteriormente, diventando, quindi, molto più *serio* di quello che appare.

Tale era - per completare l'affondo - la direzione intrapresa da uno dei più importanti giuristi del Novecento, Santi Romano, che nel contesto di una delle sue opere più famose, e nonostante ciò mai sufficientemente studiate e meditate, si stupiva di come il diritto pubblico potesse essere disciplina di formazione relativamente recente: poiché lo Stato e la sua sovranità, a ben vedere, c'entrano fino ad un certo punto col diritto pubblico, visto che sono *l'istituzione* (qualsiasi *istituzione*) a darsi direttamente (se non, meglio, a integrare di per sé) le regole giuridiche, e che le modalità con cui essa si organizza, produce norme e ne garantisce l'osservanza altro non è che l'oggetto precipuo della disciplina giuspubblicistica («il diritto, in ciò che ha di culminante e, quasi, si direbbe, di più essenziale, è prin-

*del IV Convegno SIRD (Trento, 24-25 settembre 2015), Napoli, 2016; cfr. anche VELASCO CABALLERO, Derecho público más Derecho privado, Madrid, 2014.*

cialmente pubblico. [...] [Il diritto privato] è, senza dubbio, una semplice specificazione del primo, una delle sue forme e direzioni, una sua diramazione. Non soltanto esso è sospeso al diritto pubblico, che ne costituisce la radice e il tronco, ed è necessario alla sua tutela, ma è dal diritto pubblico continuamente, per quanto a volte silenziosamente, dominato»<sup>4</sup>).

Il tema, per l'appunto, si fa serio. Ma - si badi bene - la "curvatura" che esso assume nella citazione romaniana non può essere utilizzabile per sostenere - ingenuamente - un'intrinseca priorità del diritto pubblico quale chiave di lettura per individuare una coerente, omogenea e corrispondente unicità del "sapere" giuridico. Essa, piuttosto, ci sorregge nell'individuare un nesso assai stringente tra la questione dell'unicità del "sapere" giuridico e lo studio dell'ordinamento come sede in cui si traduce una *presupposta nozione di autorità* e in cui, parallelamente e conseguentemente, si fanno operare apposite *regole sul riconoscimento* di ciò che è giuridico rispetto a ciò che non lo è, ma anche di ciò che è applicabile e ciò che non lo è.

Assumendo, in altre parole, una prospettiva *culturale*, non si può non constatare che la tesi romaniana sul rapporto tra diritto pubblico e privato passa per mezzo di una visione pan-pubblicistica fortemente condizionata dal punto di vista storico. È una visione particolarmente embricata con specifiche asserzioni di dottrina dello Stato, espresse in un momento in cui la trasformazione delle istituzioni liberali - di una certa forma di Stato liberale - si fa strada per mezzo di una dialettica molto accesa tra "fatto" e "diritto", una dialettica nella quale il movimentismo e il pluralismo sociali stanno cercando "voce" nel contesto della tradizionale "lotta", tutta propria della modernità giuridica, per il monopolio del sistema di produzione delle regole.

Quella di Romano, pertanto, emerge come un'operazione di ri-fondazione di una concezione del mondo e della società, alla quale la dogmatica - e quindi i "ferri del mestiere" - del diritto pubblico italiano dovevano correlativamente adeguarsi. Come tale, essa era anche un'operazione di rideterminazione dei confini disciplinari, comportando, anzi, che quei confini fossero costitutivamente contrassegnati da una sorta di *coordinamento funzionale* tra il pubblico e il privato: secondo un'intenzione, cioè, che, fatte le debite distinzioni, non era così diversa, nel metodo, da quella seguita dal suo maestro, Vittorio Emanuele Orlando, allorché, sul finire del secolo precedente, aveva cercato di "giuridicizzare" il più possibile le forme di azione del potere pubblico (meglio: politico), creando un tessuto di nozioni che, con riguardo all'esperienza del neo-nato Stato unitario italiano, seguisse e imbrigliasse, nello stesso tempo, una specifica evolu-

4 V. ROMANO SANTIL, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, rist. 1977, p. 7-8.

zione delle istituzioni e del loro rapporto con l'ordine economico-sociale<sup>5</sup>.

Giusto per comprendere come il tema dell'identità dell'ordinamento, della forma di Stato e - aggiungiamo - dello *stato di diritto* sia di grande importanza nella ricerca di una consapevolezza culturale unitaria per il "sapere" giuridico, si può rammentare che dinamiche simili si sono avute anche nel dibattito giuridico che ha preceduto, accompagnato e seguito la formazione dello Stato tedesco, a cavallo tra Ottocento e Novecento.

Se si compulsa la ricostruzione, ormai "tarda", di un influente giuspubblicista germanico - Erich Kaufmann (1880-1972), uno degli ultimi seguaci della c.d. "Scuola storica" - ci si avvede del fatto che, alle soglie del primo conflitto mondiale, la dottrina tedesca, anche sotto l'effetto determinante dell'opera di Otto Mayer, aveva già preso da tempo una specifica traiettoria, e che il tentativo di riaffermare a tutti gli effetti un ruolo pre-statale del diritto privato e una sua vocazione normativa tendenzialmente generale - con restrizione, o perimetrazione, del diritto amministrativo alla sola regolazione delle fattispecie in cui si renda necessario che il potere pubblico determini modificazioni unilaterali e imperative delle situazioni giuridiche soggettive - era strettamente connesso alla finalità di ribadire, sul piano ordinamentale, la persistenza di un vincolo tradizionale su di un assetto costituzionale totalmente cambiato: un assetto, peraltro, nel quale, come è noto, la sede parlamentare, con l'approvazione del BGB (entrato in vigore il 1° gennaio 1900), aveva già stabilito quale fosse il "diritto privato"<sup>6</sup>.

Il ricordo di questo tentativo - *espresso*, e come tale singolare, ma fallito - di ribadire l'anteriorità di una determinata autorità su di un'altra, facendola correre, rispettivamente, sul crinale della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, è parallelo, in verità, all'affermarsi dell'idea che quel crinale è materia, o prerogativa, di una determinata ricostruzione dell'identità dell'autorità (di volta in volta) pienamente legittimata a parlarne. E questo è un meccanismo che si può riscontrare tuttora, anche nell'ordinamento italiano vigente, visto che, nella sua apparente *superficialità*, il tanto discusso co. 1-*bis* dell'art. 1 della l. n. 241/1990 (così come introdotto nel 2005<sup>7</sup>) non ha fatto altro che risvegliare tensioni radicali ancora attive, agitando *ex novo* i fautori della priorità pubblicistica e quelli della priorità privatistica, e rinnovando con ciò l'idea che la diversità dei rispettivi

5 Sul rapporto tra la teoria romaniana e il "magistero" di Orlando v. quanto rilevato dallo stesso ORLANDO, *Lo Stato sindacale nella letteratura giuridica contemporanea* (1924), ora in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, p. 319 ss.

6 Cfr. KAUFMANN, *Amministrazione e diritto amministrativo*, Napoli, 2013, tr. it. *Verwaltung, Verwaltungsrecht* - 1914, a cura di F. Cortese, A. Sandri.

7 «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

strumenti funzionali corrisponda ad un'ontologica (naturale) diversità di campi, di oggetti e (per ciò che interessa) di "saperi". Eppure non ci si è accorti (o forse, all'opposto, è sembrato a tutti pienamente fisiologico e scontato...) che il *la* a questo sempiterno dibattito, per così dire, non è venuto da un moto spontaneo di Giove, ma dal *colpo* legislativo che ne ha *aperto la testa*.

Detto questo, l'*excursus* potrebbe continuare, e con sollecitazioni ancor più suggestive, tanto che – anche al solo scopo di dimostrare, ammesso che sia necessario, che le presupposizioni culturali sull'autorità legittimata ad innovare l'ordinamento non sono necessariamente correlate ad una identità invariabilmente pubblicistica – non sarebbe uno sproposito, sul punto, richiamare le divertite osservazioni di un noto civilista in merito alla nascita, nell'Inghilterra del Seicento, di un certo modo di guardare alla teoria della rappresentanza politica e alle sue realizzazioni concrete (come costruito di un'evoluzione particolarmente progredita della disciplina del *trust*, applicata nel contesto delle esigenze di garanzia emerse in seno alla pratica delle compagnie di navigazione<sup>8</sup>).

### 3 Autonomia, strumentalità o... "vicarialità"?

La prospettiva culturale sulle presupposizioni concernenti l'articolazione della forma di Stato e della *rule of law* – intesa, dunque, come dispositivo in grado di attivare differenti canali di legittimazione nella produzione e nel riconoscimento delle regole giuridiche – ha una particolare incidenza sulla definizione del "sapere" giuridico anche da un altro punto di vista. Neppure quest'ottica è irrilevante, poiché, sempre restando nella dicotomia pubblico-privato, essa tende ad alimentare, anche all'interno della singola disciplina, diverse ricostruzioni sul carattere distintivo della materia e delle tecniche che la dovrebbero caratterizzare rispetto ad altri ambiti della "giuridicizzazione". Ma di quale ottica si tratta?

Viene in gioco, in particolare, il rapporto tra visioni (che si percepiscono) "autonome" della singola disciplina giuridica e visioni (che vengono percepite come) "strumentali". Nel diritto amministrativo, ad esempio, questo rapporto è molto conflittuale e dà spesso adito a controversie metodologiche tanto accese quanto stimolanti<sup>9</sup>.

Vi sono autori che spiegano, e ridimensionano, apertamente la specialità del diritto amministrativo sulla base della previa ricognizione del modo

8 V. GALGANO, *John Locke azionista delle compagnie coloniali. Una chiave di lettura del Secondo trattato sul governo*, in *Dimensioni e problemi della ricerca storica*, n. 1/2007.

9 Come lo è stata, in modo assai sintomatico, quella intercorsa tra A. Orsi Battaglini e S. Cassese: v., rispettivamente, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discutendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 639 ss., e *Alla ricerca del Sacro Graal (A proposito della Rivista di*

con cui si dovrebbe sviluppare la sua stretta correlazione con un'intenzione costitutiva dell'ordinamento, come tale irrinunciabile e idonea a giustificare quali debbano essere i confini dell'esistenza stessa del diritto dell'amministrazione pubblica come diritto autonomo e diverso da quello che regola i rapporti tra soggetti privati. È, questa, l'impostazione che vede nel diritto amministrativo la traduzione concreta, e storica, sul piano dell'azione dei pubblici poteri, delle forme con cui questi si possono coordinare, o "in alto e al centro" o "in ragione" di un primario rispetto della libertà individuale e delle forme di autonomia che essa può sviluppare. Il *focus* di questa lettura è tutto concentrato sulla centralità della tutela giurisdizionale che l'individuo può stimolare e sull'intensità dei relativi rimedi, poiché essi garantiscono la puntuale preminenza dell'orientamento liberal-democratico dell'ordinamento (e quindi, ancora una volta, della forma di Stato). L'autonomia della disciplina, dunque, è rivendicata nella sua connotazione di disciplina dei limiti del potere pubblico.

Ma vi sono anche autori che, viceversa, muovono dalla constatazione del diritto amministrativo come diritto dell'amministrazione pubblica nel suo farsi, nel suo manifestarsi dal punto di vista istituzionale, registrandone, così, non solo la progressiva espansione, ma anche la necessaria ibridazione con l'oggetto che intervento pubblico può avere di volta in volta e con le conoscenze e le competenze specifiche che la gestione di esso inevitabilmente richiama. L'attenzione dell'amministrativista, in questa visione, è inevitabilmente diretta a vedere come "amministrative" tutte le forme in cui l'amministrazione opera e, dunque, a concepire la specialità del diritto dell'amministrazione come conseguenza propria di queste possibilità espansive; possibilità che la storia dell'evoluzione dello Stato da liberale a democratico avrebbe reso sempre più diffuse, in uno con l'estensione e l'intensificarsi dei compiti dell'amministrazione pubblica. Il che comporta, tra l'altro, che il giurista che si voglia occupare di amministrazione non possa esclusivamente dotarsi del linguaggio, pure essenziale, del potere "giurisdizionalizzato", ma debba ibridarsi con i "saperi" che quel potere internalizza allorché si avvale di specifiche modalità operative. L'autonomia della disciplina, in questo caso, è meno avvertibile, o meglio è costruita, intrinsecamente, sulla sua vocazione tendenzialmente onnivora, che porta nel diritto amministrativo tutto ciò di cui si serve (strumentalmente) l'autorità per disciplinare le aree dell'intervento pubblico.

Sulla base di queste due diverse impostazioni, è chiaro che il contatto che l'amministrativista e il suo "sapere" disciplinare hanno con ciò che

---

*diritto pubblico*), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 789 ss.; ma v. anche, al di là della specifica occasione di confronto puntuale, ORSI BATTAGLINI, "L'astratta e infeconda idea". *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini*, n. 17/1988, p. 569 ss., e CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 597 ss.

è tradizionalmente il diritto privato può essere molto differente: in un caso, questo contatto è guidato dall'acquisizione della priorità costitutiva della disciplina dell'autonomia privata; nell'altro caso, il contatto è guidato dalla constatazione della possibile internalizzazione, nello spazio del potere, di istituti di matrice privatistica. In un caso il diritto privato funge da paradigma capace di alimentare la costruzione di un parallelo e simbiotico sistema, sia pur eccezionale. Nell'altro caso il diritto privato funge da patrimonio di strumenti che si possono utilizzare e specializzare (o "pubblicizzare").

Ciò detto, occorre chiedersi se, anche dinanzi alle due concezioni così rapidamente rievocate, non ci sia modo di riflettere sull'unità del "sapere" giuridico, poiché proprio la chiave di lettura di natura culturale non solo lascia emergere, in entrambe, la presenza fondamentale di un modo ben definito di guardare alla posizione dell'amministrazione nell'evoluzione delle forme di Stato e dello stato di diritto (e, quindi, nella metabolizzazione delle presupposizioni su ciò che è legittimamente disponibile all'autorità). Quella chiave di lettura rivela anche che, sul piano epistemologico, il *modus operandi* del giurista amministrativista è nei due casi assai simile, indipendentemente dal contenuto generale delle rispettive rappresentazioni o dal risultato finale delle singole declinazioni. Nei due casi il "sapere" giuridico si atteggia comunque in una invariabile forma "vicariale": si svela, cioè, nella sua attitudine ad elaborare un percorso parallelo - e come tale ricorsivo e completo - di indagine e di organizzazione della realtà, allo scopo di "cortocircuitarla" e di "ricostruirla" in modo coerente con le ricostruzioni presupposte sulla priorità di una determinata autorità su di un'altra<sup>10</sup>.

Dopodiché è evidente che possono sortirne ricostruzioni reciprocamente dissonanti. Ma ciò che è altrettanto evidente è che simile potenziale dissonanza ha una matrice culturale comune e fortissima, che si annida, per l'appunto, nella presupposizione già segnalata su che cosa possa essere - e su come vada articolato - l'ordinamento giuridico (o, utilizzando un termine forse più corretto nel senso dell'interpretazione qui suggerita, l'esperienza giuridica<sup>11</sup>), e che si nutre di una altrettanto comune vocazione sostitutiva, per mezzo della quale i giuristi di una specifica disciplina (ma, a ben vedere, anche i giuristi di discipline diverse...) attingono ad un medesimo complesso di immagini, argomenti, stratagemmi e insegnamenti pratici che gli consentono di realizzare effettivamente, agendo sulla realtà, la cennata presupposizione, riconfermandola volta per volta e dando vita concreta a tutte le sue volute declinazioni.

10 V., sul punto, i rilievi di THOMAS, *Fictio legis. La finzione romana e i suoi limiti medievali*, Macerata, 2016.

11 Cfr. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987.

#### 4 La cassetta degli attrezzi, tra tradizione, innovazione e professionalità del giurista

A rendere, quindi, unitario il “sapere” giuridico, pur di fronte alle tante frammentazioni che si avvertono nel mondo dei pratici come in quello degli accademici, vi sono due fattori (*rule of law* e dispositivo “vicariale”) prettamente culturali che nella tradizione giuridica occidentale interagiscono reciprocamente e si supportano da secoli, e che alimentano e rinnovano costantemente la comune “cassetta degli attrezzi” di qualsiasi giurista.

I modi e i luoghi di questa interazione, oggi, sono tantissimi, e la percezione della presenza, anche criptica, di una specifica presupposizione culturale sulle fonti dell’autorità legittima e sulle sedi in cui reperirle e attivarle può essere più o meno forte.

È forte, e dunque assai visibile, ad esempio, in quelle situazioni in cui il giudice, per risolvere direttamente la questione che gli è stata sottoposta, opera un riferimento espresso all’identità dell’ordinamento e al modo con cui esso vuole che si risolvano i conflitti tra i poteri che lo innervano.

Una dinamica di questo tipo si può constatare agevolmente – sempre in via esemplificativa – in una delle famose sentenze con cui, nel 2008, la Corte Suprema degli Stati Uniti si è pronunciata sull’incompatibilità costituzionale di alcune delle misure restrittive (negazione dell’accesso alla giustizia federale e sospensione della garanzia dell’*habeas corpus*) cui erano stati sottoposti i “nemici combattenti”, non cittadini americani, reclusi nel carcere speciale di Guantanamo<sup>12</sup>. In quel caso, infatti, la Corte si è trovata a fronteggiare e ridefinire la propria stessa giurisprudenza sul carattere (tendenzialmente e) necessariamente territoriale delle prerogative costituzionali della libertà personale. Nel suo lungo ragionamento, la Corte, pur sostenendo di non poter trarre indici inequivoci dalla storia dell’applicabilità extraterritoriale di alcuni rimedi all’interno della tradizione di *common law*, ha tuttavia derivato, da quella tradizione e, soprattutto, dall’essenziale ricostruzione dello scopo e della forma del controllo di costituzionalità coniato sin dal 1803 in *Marbury v. Madison*<sup>13</sup>, l’esistenza di un criterio orientativo flessibile, per il quale l’applicabilità territoriale delle garanzie costituzionali non è un fatto soltanto formale, ma dipende, caso per caso, dalla necessità di evitare che il principio di separazione dei poteri venga violato e che l’Esecutivo prenda materialmente il sopravvento sul Legislativo.

Una dinamica simile è rinvenibile anche in una delle primissime pronunce con cui il giudice (amministrativo) si è confrontato, in Italia, con il

12 *Boumediene v. Bush*, Nos. 06-1195 and 06-1196.

13 5 U.S. 1 Cranch 137 137.

sindacato sulla legittimità di alcune procedure di *spoil system*, così come attivate in seguito all'entrata in vigore della (discussa) disciplina di cui alla l. n. 145/2002<sup>14</sup>. In quell'occasione, il giudice ha annullato gli atti adottati dal Governo rafforzando la propria interpretazione *secundum Constitutionem* sulla base dell'assunto che una diversa lettura avrebbe comportato l'introduzione nell'ordinamento di un istituto «estraneo alla nostra consuetudine giuridica». Ciò significava, in quel contesto, ribadire che la presenza cogente di principi e di istituti del diritto amministrativo doveva considerarsi necessaria per effetto della previa ricognizione di un preciso sistema di garanzia, in quanto corrispondente ad una certa identità dell'assetto dei poteri pubblici e delle loro relazioni, reciproche e con i soggetti privati.

Vi sono, però, anche ipotesi nelle quali l'attivazione della "cassetta degli attrezzi" del giurista per mezzo di una essenziale presupposizione culturale sull'identità dell'ordinamento è meno palese, poiché il fattore della *rule of law* non è esposto in modo particolare, ma risulta nascosto dietro l'evocazione di uno dei suoi pilastri, come può essere il principio di legalità.

Si tratta di casi nei quali questo genere di evocazione può nascondere ciò che i comparatisti hanno da tempo identificato come un crittotipo.

Se si pensa, ad esempio, ai tormentati orientamenti del giudice amministrativo sull'assorbimento dei motivi<sup>15</sup>, si può constatare che, talvolta, al di là dei tentativi di rendere più trasparente e più certa l'individuazione delle ipotesi in cui il giudice può procedere correttamente all'assorbimento, anche in ragione del doveroso rispetto del principio della domanda, vi è una ricorrente tendenza a preservare la possibilità di esaminare, e di considerare, così, come non assorbibili, motivi suscettibili di introdurre la cognizione di vizi che vanno assai oltre l'interesse di chi li ha prospettati<sup>16</sup>. Queste oscillazioni, che rinnovano discussioni mai sopite sul carattere soggettivo od oggettivo della giurisdizione amministrativa, sono in realtà condizionate da una determinata concezione sulla rilevanza anche processuale dell'interesse pubblico e sul conseguente ruolo del giudice del potere amministrativo e, con esso, del principio della separazione dei poteri.

Gli esempi potrebbero continuare, e molti se ne potrebbero ricavare da un (altro) campo fertilissimo, quello – fin troppo noto e arato... – dell'elaborazione costante e progressiva della disciplina della responsabilità civile della pubblica amministrazione per danno da provvedimento, sia sul

14 V. Tar Lazio, Sez. II *ter*, 8 aprile 2003, n. 3277.

15 Cfr. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, Tricase (LE), 2012.

16 Cfr., in particolare, e recentemente, la vicenda decisa prima da Tar Lazio, Sez. III, 5 novembre 2014, n. 11122, quindi da Cons. St., Sez. VI, 4 marzo 2015, n. 1071. Ma v. anche l'importante pronuncia del Con. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5.

versante della definizione sostanziale della natura e degli elementi costitutivi di questo tipo di illecito, sia per quanto riguarda alcune peculiarità delle relazioni che il rimedio risarcitorio può conoscere, nel processo, con altri rimedi.

Ma la chiave di lettura qui proposta può rivelarsi interessante anche per interpretare il rapporto tra il “sapere” giuridico e altri saperi “non giuridici”, specialmente laddove i secondi vengano riconosciuti come titolari di uno spazio di espressione “giuridicamente” rilevante. Si pensi alla formazione della nuova disciplina del biodiritto, come sede per lo studio dell’emersione della rilevanza giuridica di interessi che, senza l’evoluzione scientifica e tecnologica, non sarebbero stati oggetto di riconoscimento da parte del legislatore<sup>17</sup>.

Soprattutto, però, questa lettura rimette in circolo un profilo metodologico di estrema importanza, perché, paradossalmente, è proprio il senso di estrema incertezza e frammentarietà, così come suscitato dalle complesse evoluzioni della realtà che ci circonda, a stimolare il richiamo all’unità del “sapere” del giurista: ciò laddove si concepisca questa unità nel senso anzidetto, ossia nel senso dell’attivazione pregiudiziale di un patrimonio di strumenti concettuali (la “cassetta degli attrezzi”); nel senso, quindi, di un loro utilizzo in modo coerente con la previa identificazione dell’ordinamento giuridico, della sua struttura e delle declinazioni che la *rule of law* conosce, di conseguenza, in ordine al riconoscimento e all’applicazione delle regole giuridiche.

È in questa scelta che si nasconde l’autonomia e la professionalità del giurista, di qualunque giurista: «Chi si limitasse ad una pura esegesi degli ordinamenti non farebbe opera di giurista, nel senso più alto dell’espressione, ma solo eserciterebbe una tecnica che, per quanto raffinata, non può considerarsi mai idonea alla comprensione e attuazione di un sistema che è generale. Ma chi è chiamato a fare opera di giurista, e perciò a prefigurarsi un sistema generale, corre rischi che sono propri di un impegno personale e cioè i rischi della propria verità. In questa confessione di debolezza connessa al rischio, vi è anche una confessione di forza, connessa a quella inevitabile ricerca di verità e di certezza che è l’aspirazione più viva e profonda di ogni uomo»<sup>18</sup>.

17 In argomento v. CORTESE, PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Rivista AIC*, v. 2015, n. 4.

18 BENVENUTI, *Disegno dell’Amministrazione Italiana*, Padova, 1996, p. 492.

## Le società in generale

Lorenzo De Angelis  
(Professore ordinario di Diritto commerciale  
nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

**Abstract** This paper investigates, in an evolutive perspective, the main characteristics of the companies in general – of any type – under the Italian Civil Code: among them a special attention is given to the requirement of performing an economic activity, but not necessarily a business one. Moreover, the Author examines whether, between commercial and agricultural businesses, the companies are still allowed to perform civil activities, drawing the conclusion that it will be possible, particularly in the light of the recent laws referring to the professionals' companies. In addition, the thesis according to which the target of making profits, although widely pursued, is not mandatory for the companies themselves is asserted.

**Sommario** 1. Il contratto di società. I soci. – 2. Gli elementi essenziali del contratto di società. L'attività economica costituente l'oggetto sociale e lo scopo di lucro. – 3. L'attività economica non è necessariamente attività d'impresa. – 4. Le società tra professionisti. La società tra avvocati. – 5. La qualificazione della cooperativa come società, non più come impresa. – 6. La disciplina applicabile alle società costituite per fini di godimento. – 7. I tipi societari. Le società irregolari. – 8. La società semplice può trovarsi ad esercitare un'attività commerciale. – 9. Le società commerciali possono esercitare attività non commerciali. – 10. Il rinvio alle leggi speciali. – 11. Oggetto sociale risultante dal contratto e oggetto sociale effettivo. – 12. Le attività accessorie. – 13. La forma. – 14. Società occulte o di fatto, palesi con soci occulti, apparenti, occasionali.

**Keywords** Companies. Memorandum of association. Economic activity. Profit.

### 1 Il contratto di società. I soci

«Con il contratto di società – stabilisce l'art. 2247 c.c. – due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili».

La rubrica originaria dell'articolo era «Nozione di società». Secondo il sistema del codice civile del 1942, invero, le società di ogni tipo dovevano costituirsi con una pluralità di soci. La mancanza della *pluralità dei soci* in sede di costituzione della società determinava la nullità della stessa.

Il presente scritto è destinato all'opera «*Diritto commerciale*» di prossima edizione per i tipi della Cedam e viene qui pubblicato per cortese concessione dell'Editore.

Il venir meno di questa pluralità *durante societate* produceva conseguenze gravi: nelle società personali la mancata ricostituzione della pluralità dei soci nel termine di sei mesi dal suo venir meno era - ed è rimasta - causa di scioglimento (art. 2272, n. 4); nelle società di capitali la *reductio ad unum* della compagine sociale determinava invece, in caso di insolvenza della società, l'assunzione da parte dell'unico socio di una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui fosse rimasto tale (art. 2362 prev.); e nelle società cooperative la riduzione della compagine sociale al disotto del numero minimo dei soci previsto dalla legge (nove o tre) nel termine di un anno dal suo venir meno era - ed è rimasta - parimenti causa di scioglimento (art. 2522, co. 3).

Queste disposizioni - che permangono per le società di persone e per la società in accomandita per azioni, nonché per le società cooperative - sono state ormai superate per le altre società di capitali: dapprima per le società a responsabilità limitata, in virtù del d.lgs. 3 marzo 1993, n. 88, con cui è stata recepita nel nostro ordinamento la XII direttiva comunitaria sulla s.r.l. unipersonale; e quindi per le società per azioni, in virtù del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, dal quale è stata attuata la riforma della disciplina delle società di capitali e cooperative. Da tali norme - ed in conformità con quanto già avveniva in altri Stati membri della U.E. (ad es. in Francia e in Belgio) - è stato ammesso che le s.r.l. e le s.p.a. possano costituirsi anche per atto unilaterale; e che anche nel caso in cui le predette società restino con un solo socio continuino a rispondere per le obbligazioni sociali esclusivamente con il proprio patrimonio, e dunque che il loro *unico azionista od unico quotista mantenga la responsabilità limitata* alla propria quota di partecipazione, caratteristica dei soci delle società di questi due tipi capitalistici, alla condizione che la situazione di *unipersonalità* della società risulti *pubblicata nel registro delle imprese* e che il *capitale sociale* sottoscritto dal socio unico o del quale esso sia divenuto il solo titolare sia *interamente versato* (artt. 2325, co. 2, e 2462, co. 2). Soltanto in conseguenza del mancato rispetto di entrambe queste condizioni sopravvive per il socio unico il regime di responsabilità illimitata preesistente alla riforma del 2003 (art. 2325, co. 2).

*I soci di tutte le società*, qualunque ne sia il tipo (v. *infra*, § 7), *possono essere sia persone fisiche che altri soggetti di diritto*, con o senza personalità giuridica; in particolare possono esserne socie anche altre società. Anteriormente alla citata riforma, la giurisprudenza era giunta alla conclusione di negare che nelle società di persone (società semplici, società in nome collettivo, società in accomandita semplice) potessero assumere la qualità di socio soggetti diversi dalle persone fisiche, neppure come soci accomandanti di s.a.s. (così Cass. Ss.Uu., 17 ottobre 1988, n. 5636). Per superare questo orientamento che in dottrina veniva considerato manifestamente erroneo ha dovuto intervenire il legislatore il quale, nel novellato art. 2361, co. 2, ha dettato per le società per azioni la disposizione

secondo cui: «*L'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime - quali tipicamente sono le società personali - deve essere deliberata dall'assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa del bilancio*», con ciò espressamente legittimando l'assunzione di partecipazioni nelle società di persone perfino da parte delle s.p.a.

## 2 **Gli elementi essenziali del contratto di società. L'attività economica costituente l'oggetto sociale e lo scopo di lucro**

La rubrica dell'art. 2247 è dunque diventata, a seguito della riforma anzidetta, «*Contratto di società*». Al pari di qualunque contratto, anche il contratto di società è connotato da taluni elementi essenziali: *a) i soggetti*, cioè i soci, inizialmente quelli costituenti e successivamente i loro aventi causa o quelli divenuti tali a seguito della sottoscrizione di aumenti di capitale a pagamento (di cui s'è detto al paragrafo precedente); *b) l'oggetto*, ossia i conferimenti, costituiti da denaro, da beni in natura, in proprietà o in godimento, da crediti e da prestazioni d'opera o di servizi che, a seconda dei vari tipi societari, possono essere apportati dai soci alla società per l'espletamento della propria attività - e, nelle società personali, dalla stessa assunzione di responsabilità patrimoniale personale - per i quali sono talora dettati dalla legge discipline speciali (cfr. gli artt. 2253 ss. per le società di persone, gli artt. 2342 ss. per le s.p.a. e gli artt. 2464 ss. per le s.r.l.); *c) la causa*, consistente nello svolgimento in comune di un'attività economica; *d) lo scopo*, che è quello della divisione degli utili tra i soci; *e) la forma*, laddove la legge richieda che il contratto sociale debba presentare determinati requisiti formali (v. *infra*, § 13).

*L'oggetto sociale* - da non confondersi con l'oggetto del contratto di società, dianzi menzionato - consiste nell'*attività*, che dev'essere *possibile e lecita*, che la società si prefigge di svolgere, quale determinata dalla volontà dei soci e risultante del contratto sociale.

Tale attività deve essere un'*attività economica*. L'attività economica a cui svolgimento la società è preordinata è quella stessa richiamata nella definizione di imprenditore dettata dall'art. 2082; con l'unica differenza - come si vedrà subito al paragrafo successivo - che mentre l'attività economica contemplata dall'art. 2082 è senz'altro attività d'impresa, quella menzionata dall'art. 2247 può essere tanto un'attività d'impresa quanto un'attività diversa da questa. Si tratta, in entrambi i casi, di un'attività *non necessariamente lucrativa*, caratterizzata dall'*economicità della gestione*, ossia dal *vincolo del pareggio del bilancio*, nel cui svolgimento è dunque sufficiente tendere all'obiettivo della copertura dei costi d'esercizio con

i correlativi ricavi (o reintegri di costi). Sotto il profilo causale, attinente all'esercizio in comune di un'attività economica, rientrano pertanto a pieno titolo nel novero delle società definite dalla norma testé citata - oltre alle *società ordinarie* - sia le *società cooperative* di cui agli artt. 2511 ss. sia le *società consortili* di cui all'art. 2615-ter, le quali non perseguono un intento lucrativo, ma al contrario si prefiggono uno scopo *lato sensu* mutualistico, sotteso non già a conseguire dalla gestione economica utili da distribuire ai propri soci sotto forma di dividendi (al contrario di moltissime società ordinarie, ancorché non di tutte), ma piuttosto ad arrecare ad essi dei vantaggi suscettibili di diretta ed immediata fruizione nelle rispettive sfere economiche e giuridiche individuali: vantaggi consistenti, nelle prime, nell'accesso ai servizi mutualistici apprestati e gestiti dalla cooperativa traducentisi, a seconda dei casi, nella creazione di occasioni di lavoro o più in generale nella promozione o nello sviluppo delle attività dei soci ovvero nel conseguimento, da parte di questi, di un risparmio di spesa; e, nelle seconde, parimenti in un risparmio di spesa o nell'opportunità di istituire un'organizzazione comune per la disciplina e il coordinamento o addirittura per lo svolgimento di una o più fasi delle imprese dei soci-consorziati, da cui i medesimi possano trarre vantaggi sul piano sia economico che strutturale o sinergie variamente configurabili, dalle quali conseguire utilità sotto molteplici profili: razionalizzazioni organizzative, accentramento e semplificazione di funzioni, ottimizzazione di profitti individuali, ecc.<sup>1</sup>.

Non deve sviare, a questo proposito, l'enunciazione nella definizione contenuta nell'art. 2247 dello scopo della *divisione degli utili* tra i soci: enunciazione che non va interpretata nel senso di postulare l'infedeltà dello scopo di lucro per le società in genere, e segnatamente per le società ordinarie, bensì nel senso che gli utili - se ed in quanto vi siano - appartengono ai soci e non alla società. In ciò si sostanzia, per vero, la scelta in senso liberale operata al riguardo dal legislatore del 1942, evocata con grande efficacia dal presidente della commissione riformatrice che varò il codice civile di quell'anno<sup>2</sup>, il quale ha sagacemente delineato l'endemico conflitto fra i soci risparmiatori interessati alla massimizzazione del dividendo e i soci di controllo protesi invece al progressivo potenziamento della società mediante il reinvestimento degli utili: codice che, pur affondando le proprie radici culturali nell'*humus* della teoria istituzionalistica di promanazione germanica, ha tuttavia riconosciuto che, in presenza di eventuali utili, questi non dovessero essere destinati prioritariamente a rafforzare la struttura patrimoniale e finanziaria dell'ente sociale bensì, una volta accantonate le riserve previste dalla legge ed eventualmente dal

1 G. MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984.

2 A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 617 ss.

contratto sociale (o dall'atto costitutivo o dallo statuto), dovessero essere destinati a remunerare l'investimento dei soci; e che solo per volontà dei soci, espressa a maggioranza, gli utili potessero non venire distribuiti, in tutto o in parte, ai medesimi ed essere quindi lasciati nella disponibilità della società.

Le previsioni normative degli artt. 2511 e 2615-ter, rispettivamente in tema di società cooperative e società consortili, dianzi riferite, non contemplano alcuna eccezione alla causa del contratto sociale, che anche per esse permane appunto quella dello svolgimento in comune di un'attività economica; ma tendono essenzialmente a significare che *le società possono perseguire, in alternativa ad uno scopo lucrativo, anche uno scopo mutualistico* - nella duplice accezione della mutualità cooperativa e della mutualità consortile - e *più in generale uno scopo non lucrativo*, senza per ciò rischiare di generare un vizio di nullità, come una corrente di pensiero ormai ampiamente superata aveva in passato cercato di sostenere.

Senza contare che *società prive dello scopo di lucro* non sono soltanto quelle che ispirano la loro attività al perseguimento di un fine mutualistico nel senso più lato, ma altre ne esistono senza essere necessariamente cooperative o consortili. Si pensi segnatamente alle *società pubbliche* - siano esse partecipate, quanto meno in posizione di controllo, e sovente anche di controllo totalitario, dallo Stato o da altri enti pubblici - alle quali non può certo ragionevolmente annettersi finalità lucrativa, ossia di tendere, non di rado in condizioni di estrema difficoltà operativa, al conseguimento di un profitto da assoggettare dapprima al prelievo fiscale talora a favore degli stessi soci (ad es. dello Stato quanto all'IRRES, delle Regioni quanto all'IRAP, delle Regioni e dei Comuni quanto alle varie addizionali dell'IRPEF trattenute alla fonte sui compensi di lavoro dipendente, e così via), per ripartire quindi gli utili netti fra i soci a remunerazione del loro investimento. Non è questo, ovviamente, il motivo per il quale gli enti pubblici decidono solitamente di curare la realizzazione di determinati scopi istituzionali loro propri attraverso la partecipazione a società, in genere strumentali, per lo più costituite secondo i tipi capitalistici della s.p.a. o della s.r.l. Tale motivo risiede, per contro, nel perseguimento di scopi ben diversi dal profitto in sé, che possono spaziare dall'attuazione di economie esterne ambientali consistenti nella creazione di insediamenti industriali in zone di cui si voglia promuovere lo sviluppo economico mediante la dotazione di infrastrutture non ancora esistenti (reti idriche ed elettriche, collegamenti stradali e ferroviari, porti ed aeroporti, aree retroportuali attrezzate, ecc.), suscettibili inoltre di attrarre nuovi investimenti privati, fino all'impegno dello Stato in settori produttivi considerati strategici o comunque particolarmente rilevanti per la sicurezza o la stabilità politica (fra cui l'industria aerospaziale, degli armamenti, dell'energia nucleare, delle telecomunicazioni, come pure in passato avveniva per l'industria siderurgica, elettrica, telefonica e cantieristica, per non citare che qual-

che esempio fra i più noti): scopi tutti che con il puro e semplice intento lucrativo hanno ben poco a che vedere.

Si pensi altresì alle *società sportive*, ed in particolare alle società calcistiche del settore professionistico al tempo in cui era in vigore la l. 23 marzo 1981, n. 91, alle quali, pur rivestendo la forma di società per azioni, era assolutamente precluso perseguire lo scopo di lucro in forza della c.d. “clausola non lucrativa” rappresentata dall’art. 13 della stessa legge e che non avrebbero neppure potuto ottenere il riconoscimento del CONI. ex art. 32 prev., d.p.r. 28 marzo 1986, n. 157, se avessero trasgredito a tale divieto; preclusione poi venuta meno, com’è noto, per consentire la quotazione nei mercati regolamentati delle azioni di quelle società che avessero inteso accedervi.

E si pensi, più recentemente, alle società *benefit* di promanazione statunitense, previste nel nostro ordinamento dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208 (c.d. legge di stabilità per il 2016), commi 376-382, che possono affiancare allo scopo lucrativo - o anche sostituirlo con - finalità di vantaggi collettivi per persone, o comunità, o enti associativi, o ambiti territoriali, o beni ed attività socio-culturali, o altri *stakeholders* quali «*lavoratori, clienti, fornitori, creditori, pubbliche amministrazioni e società civile*», ossia finalità ulteriori e diverse rispetto al profitto, le quali società si iscrivono nel solco delle imprese sociali contemplate dal d.lsg. 24 marzo 2006, n. 155, a cui è invece legislativamente preclusa la distribuzione diretta ed indiretta di utili, da destinarsi esclusivamente al perseguimento dei loro scopi istituzionali di carattere, appunto, socialmente rilevante.

In conclusione, sul punto, il nostro ordinamento ammette la presenza sul mercato di società aventi scopi intrinsecamente diversi tra loro, di cui *lo scopo di lucro è uno fra i vari possibili (e leciti), ma non può ritenersi coesenziale* alla nozione stessa di società - indipendentemente dalla composizione, unipersonale o plurisoggettiva, della compagine sociale - e dunque non può farsi rientrare nella definizione generale di questa figura giuridica<sup>3</sup>.

### 3 L’attività economica non è necessariamente attività d’impresa

Una volta assodato che l’attività economica delle società può essere tanto lucrativa quanto non lucrativa, si deve ancora considerare se tale attività debba necessariamente consistere, o non, nell’*esercizio di un’impresa*. Nonostante l’orientamento della corrente più tradizionale degli interpreti, che ciò afferma, la dottrina più moderna propende ormai per ritenere che *non appaia intrinseco al concetto di società*, e indispensabile per

3 Così in particolare, G. OPPO, *L’impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 109 ss.

l'individuazione dell'esistenza di questa, *che l'oggetto sociale consista in un'attività imprenditoriale*<sup>4</sup>.

Si pongano alcuni esempi: se due coniugi sono soci di una società, di qualunque tipo, alla quale forniscono i mezzi per acquistare un appartamento per andarvi ad abitare, o una seconda casa per trascorrervi le vacanze, o un'imbarcazione per andar per mare, e beninteso per provvedere alla relativa gestione, questa società compie innegabilmente un'attività economica (acquista, paga, mantiene, ripara il bene o i beni di proprietà, talora per acquistarli accende un mutuo che rimborsa gradualmente e dei cui interessi si onera, sostiene le spese di amministrazione e di gestione; nel caso dell'imbarcazione ne contratta altresì, e ne paga, il ricovero in un porto e il rimessaggio, ecc.), ma non esercita alcuna impresa. Analogamente, svolge un'attività economica, ma non d'impresa, una società *holding* alla quale i soci abbiano fatto acquistare le loro partecipazioni in un'altra società con l'intento di dar corpo, attraverso questa, ad un patto di sindacato - a seconda dei casi, di voto o addirittura di controllo - senza peraltro esercitare alcuna influenza, né dominante né notevole, in seno alla società partecipata. Altri esempi altrettanto significativi possono trarsi - dopo la riforma societaria del 2003 - dall'esclusione dalla disciplina delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (*ex art. 2325-bis*, come integrato dalla delibera CONSOB n. 14372 del 23 dicembre 2003 e ss.mm.) di quelle società per azioni che, indipendentemente dal numero degli azionisti, dalle dimensioni patrimoniali, dall'entità del capitale e dagli eventuali prestiti obbligazionari emessi, siano contraddistinte da un oggetto sociale che preveda «*esclusivamente lo svolgimento di attività non lucrative, di servizi di utilità sociale o volte al godimento da parte dei soci di un bene o di un servizio*», fra le quali rientrano le società che effettuano la gestione di servizi sportivi, come campi da *golf*, impianti sciistici, natatori o tennistici e simili, a beneficio dei propri soci o di loro ospiti. Sono esempi semplici, e comuni, i quali dimostrano che non è necessario inventarsi a tutti i costi l'esistenza di un'impresa ogni qualvolta ci si trovi in presenza di una società.

In tutti questi casi si è, insomma, in presenza di società il cui oggetto sociale non consiste in un'attività d'impresa. Sono dunque - per usare una locuzione abitualmente invalsa nell'uso - "*società senza impresa*", fra cui rientrano appunto le società che perseguono scopi essenzialmente culturali, scientifici o sportivi, nonché le numerosissime società immobiliari impropriamente definite "di comodo", le altrettanto numerose società costituite dai soci al fine del godimento di determinati beni o diritti ed altre ancora che esistono ed operano da lunga pezza in Italia - e non solo - ove

4 *Ex multis* F. GALGANO, voce "Società (diritto privato)", in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 865 ss.; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1995, p. 10 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, Milano, 2000, p. 210 ss.

hanno ormai acquistato pieno diritto di cittadinanza, nonostante talune opinioni dissonanti, per lo più alquanto risalenti nel tempo. È all'uopo importante, sul piano esegetico, rilevare che l'attività economica di cui è menzione nell'art. 2247 non necessita - com'è richiesto invece per quella menzionata dall'art. 2083 - di venire svolta «*al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi*», cioè per il mercato: finalità che, nelle società, può pertanto anche difettare.

La tesi, talora avanzata dalla più rigida dottrina tradizionale dianzi richiamata, della nullità delle società costituite allo *scopo del godimento* di beni o diritti - il cui accoglimento varrebbe ad eliminare un amplissimo novero di società attualmente esistenti nel nostro Paese - è stata tuttavia contraddetta dalla giurisprudenza. Inoltre la prevalente dottrina, dopo avere illustrato i motivi per i quali non sussiste, nell'ordinamento italiano, la possibilità di dichiarare la nullità delle società anzidette, ha chiarito che la norma dell'art. 2248 - la quale dispone che «*la comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalle norme del titolo VII del libro III*» del codice - va interpretata come una valvola di chiusura del sistema, non nel senso che la società non possa avere ad oggetto il mero godimento di beni, quanto in quello, assolutamente diverso, che la sottoposizione dei beni al regime societario sarebbe incompatibile con il regime della comunione. Tuttavia i soggetti interessati, nel rispetto della loro autonomia privata, possono decidere di optare per il regime societario e di gestire in forma societaria la proprietà dei beni. È quindi la volontà delle parti ad essere decisiva, e *non sembra esservi alcuna preclusione alla costituzione e all'esercizio di una società avente ad oggetto il godimento di beni*. D'altro canto, non si riuscirebbe a comprendere come possa sopravvivere la società che non opera più, ma gestisce solo il canone di affitto dell'azienda che non esercita direttamente, o i canoni di locazione di unità immobiliari costruite e rimaste invendute, e per ciò messe a reddito, e non sia invece possibile costituire *ab initio* una società che abbia per oggetto l'amministrazione dei propri beni. Un acuto studioso<sup>5</sup> ha al riguardo evidenziato: «La soluzione ci sembra da segnalare soprattutto perché sembra di poter intravedere una volontà legislativa in tal senso. L'art. 3, n. 18, d.l. 19 dicembre 1984, n. 853, convertito nella l. 17 febbraio 1985, n. 17, pare ammettere la possibilità che vi siano società la cui attività sia costituita dalla mera gestione e dal mero godimento degli immobili». In questo senso militano norme di leggi ancor più recenti, quali l'art. 29 della legge n. 49/1997 e l'art. 1, co. 115, della legge n. 208/2015, che hanno accordato disposizioni agevolative sul piano fiscale «*alle società che hanno per oggetto esclusivo o principale la gestione dei*

5 S. DE VITIS, *L'invalidità delle società di persone*, in AA.Vv., *Disposizioni generali sulle società e le società di persone: prospettive di riforma*, Milano, 2001, p. 201 ss.

*predetti beni*» - immobili e mobili registrati ed anche, per la sola legge del 1997, partecipazioni - le quali entro una certa data (rispettivamente, 1° settembre 1998 o 30 settembre 2016) «*si trasformano in società semplici*». *Contra*, alcuni giudici hanno deciso per il carattere simulato di società costituite al solo scopo di dissimulare una mera comunione di godimento (ma nelle fattispecie esaminate la costituzione della società integrava un vero e proprio negozio in frode alla legge, preordinato ad es. all'ablazione del diritto di prelazione o di riscatto spettante *ex lege* al coltivatore diretto nel caso di alienazione di un fondo rustico da questo condotto in affitto).

Con riguardo alle “*società in fatto di comodo*” - ossia a quelle società costituite allo scopo del godimento di beni, ancorché con un oggetto sociale apparentemente preordinato al perseguimento di una diversa attività (ad es. di un'attività di impresa) quale quella di costruzione, acquisto, vendita ed amministrazione *medio tempore* degli immobili di proprietà, per “schermare” una semplice attività di gestione immobiliare - deve ritenersi che sia precluso fare riferimento tanto alla simulazione assoluta quanto a quella relativa totale, difettandone *in radice* i presupposti. La cosciente e volontaria indicazione di un oggetto sociale diverso da quello che i soci (od anche l'unico socio) intendano realmente perseguire potrebbe invece giustificare la percezione di un'ipotesi di simulazione parziale, legittimando la ricognizione dell'illiceità, ove sussistente, dell'oggetto sociale e comportando la conseguente declaratoria di nullità della società. Ciò, tuttavia, limitatamente alle sole società di persone, poiché per le società di capitali la tassatività delle cause di invalidità in generale, e di nullità in particolare, stabilite sia dall'art. 11, ult. co., della I direttiva comunitaria in materia societaria sia dall'art. 2332 *non consente di fondare la nullità della società sull'elemento della simulazione*, di nessun tipo. Inoltre, sempre per le società di capitali, la causa di nullità integrata dalla illiceità dell'oggetto sociale non potrebbe, nella fattispecie, venire invocata, dovendo a tal fine “guardarsi esclusivamente all'oggetto sociale statutario, anziché a quello effettivo”, come pure deciso nel 1990 dalla Corte di Giustizia della C.E. nel caso *Marleasing*.

Ciò senza contare che spesso il godimento di uno o più beni non consiste in una mera percezione statica dei frutti o dell'utilità di questi, qual'era configurata nel più risalente significato comunemente attribuito a questo concetto, ma integra una serie di atti ed operazioni economiche tra loro correlati e preordinati al perseguimento di uno scopo, cioè lo svolgimento di un'attività, e precisamente di un'attività economica quale quella enunciata dall'art. 2247. Il che sposta l'accento dal godimento “mero” ad una causa societaria tipica, già nota a partire dalla nozione della «*società particolare*» contemplata dall'art. 1705 del codice civile del 1865, definita come «*quella [società], la quale non ha per oggetto se non certe determinate cose, o il loro uso, ovvero i frutti che se ne possono ritrarre*» (c.d. società esercente un'impresa civile, o *società civile tout court*, che in

aggiunta – ai sensi del successivo art. 1706 – già poteva essere costituita «per l'esercizio di qualche mestiere o professione»: v. *infra*, § 4). Le società civili previste dal codice civile del 1865 e le società commerciali regolate dal codice di commercio del 1882 sono state quindi “unificate” a seguito della grande riforma scaturita dall’emanazione del codice civile del 1942, la cui *Relazione ministeriale*, ai §§ 922 ss., così si è espressa al riguardo: «Come nel libro delle obbligazioni sono stati rifusi in un sistema unitario i contratti civili e commerciali, così nella nuova disciplina delle società risultano coordinate in un sistema unitario le diverse figure di società, eliminando quella soluzione di continuità che sino ad oggi esisteva tra società civili e società commerciali» (§ 922). Ed inoltre: «Nel sistema del nuovo codice la società è una forma di esercizio collettivo di un’attività economica produttiva e normalmente [dunque non esclusivamente: n.d.a.] di un’attività economica organizzata durevolmente ad impresa» (§ 923). La *società semplice* è «un tipo di società, riservato alle attività non commerciali, che non ha caratteristiche positive proprie e sostituisce la società civile del codice del 1865, come il tipo più elementare di società» (§ 927).

In conclusione, la *società semplice* – che è una delle società tipiche del vigente ordinamento societario – ha assorbito i caratteri della società civile, alla cui «disciplina sostanzialmente si adegua» (§ 933), ed ha conseguito la capacità di assumerne gli scopi, ferma la precondizione dell’esercizio di un’attività economica che è coesistente a tutte le società, qualunque tipo rivestano. *Attività economica* che – nelle società – può essere *d’impresa o non d’impresa*; se *d’impresa*, *commerciale o non commerciale*; *lucrativa o non lucrativa*; e può essere *altresì* preordinata a procurare ai soci il *godimento dei beni sociali*, fermo restando in questo caso l’obbligo di regolare i propri rapporti interni secondo le disposizioni in materia di comunione. Gli scopi diversi da quello dell’esercizio dell’impresa, e segnatamente dell’impresa commerciale, sono principalmente perseguiti dalla società semplice, anche e soprattutto quale “erede” della società civile del codice del 1865; ma non può escludersi – giusta la previsione dell’art. 2249, co. 2 (su cui v. *infra*, § 9) – che possano venire assunti anche dalle società commerciali, se i loro soci lo desiderino.

#### 4 Le società tra professionisti. La società tra avvocati

Della legittima esistenza nel nostro ordinamento di “società senza impresa” trovasi ormai indiscutibile conferma anche sulla base di norme di diritto positivo. Da qualche tempo invero – e segnatamente dopo l’abrogazione del divieto di svolgere attività professionali in forma societaria, disposta dall’art. 24, co. 1, l. 7 agosto 1997, n. 266 – la legislazione italiana ha contemplato espressamente le *società tra professionisti*, su cui v. la l. 12 novembre 2011, n. 183, art. 10, con riguardo alle c.d. professioni liberali

(olim professioni protette), come completata dal relativo regolamento di attuazione approvato con d.m. Giustizia 8 febbraio 2013, n. 34, e la l. 14 gennaio 2013, n. 4, con riguardo alle professioni non organizzate; e, fra le suddette società tra professionisti, *in primis* le società tra avvocati (d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, art. 16 ss., emanato in attuazione della direttiva comunitaria 16 febbraio 1998, n. 98/5/CE, ed in esecuzione della legge delega 21 dicembre 1999, n. 526, come modificato dalla l. 31 dicembre 2012, n. 247, la quale ha introdotto nuove regole per la disciplina delle aggregazioni professionali composte da avvocati).

La società tra avvocati contemplata dal citato decreto del 2001 aveva un oggetto sociale esclusivo, consistente nell'esercizio in comune della professione legale dei soci. A cagione di tale carattere di esclusività era stata correttamente posta in evidenza l'inammissibilità dell'adozione di questo modello societario per lo svolgimento di attività interdisciplinari in ambito professionale, cioè la sua inidoneità ad essere impiegato come "società interprofessionale", e perfino per l'assunzione di partecipazioni in altre società.

Si trattava dunque di un *oggetto sociale pacificamente non commerciale*, come lo stesso d.lgs. n. 96/2001, art. 16, co. 3, espressamente riconobbe allorché stabilì che tale società, in caso di dissesto, non fosse soggetta al fallimento (né, per implicito, alle altre procedure concorsuali); che dovesse essere iscritta nel registro delle imprese, ma nella sezione speciale relativa alle società tra professionisti, avendo tale iscrizione una mera funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità-notizia (*ivi*, co. 2); e che dovesse pure essere iscritta in una sezione speciale dell'albo degli avvocati, applicandosi ad essa le norme - legislative, professionali e deontologiche - disciplinanti la professione di avvocato (*ivi*, co. 4).

Taluno ritenne che l'individuazione dell'esercizio della predetta attività professionale quale oggetto sociale di questa particolare forma di società avrebbe attratto l'attività stessa nell'ambito dell'impresa<sup>6</sup>; secondo altro orientamento avrebbe invece dovuto farsi riferimento, nella fattispecie, ad una "combinazione" di prestazioni intellettuali con prestazioni tipicamente imprenditoriali<sup>7</sup>; e ciò sulla scorta della teoria secondo cui l'attività delle società, di qualunque tipo, non potrebbe che consistere in un'attività d'impresa<sup>8</sup>. Una matrice comune, quanto meno negli anni a noi più vicini, di

6 *Ex multis* V. BUONOCORE, *Le società*, nel *Codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000, p. 302.

7 Così A. PAVONE LA ROSA, *Società tra professionisti e artisti*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 99.

8 Cfr., in luogo di molti, E. ZANELLI, *Il volo del calabrone su imprese e società vere e false. A proposito di società semplici, immobiliari, professionali e cooperative*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 744 ss.; e già Id., *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, p. 235 ss.

questi indirizzi dottrinali sembra doversi rinvenire nel pensiero di Oppo<sup>9</sup>, ad avviso del quale la disciplina dell'imprenditore si rende pienamente applicabile all'esercizio della professione intellettuale quando "l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa": ma il chiaro A. aveva piuttosto in mente i casi dell'insegnante che gestisce una scuola privata, del medico che gestisce una clinica, del farmacista e simili, piuttosto che quella dell'avvocato che esercita la sua professione ordinaria mettendosi semplicemente in società con altri avvocati che fanno altrettanto. Dall'intuizione concernente l'esistenza di società che esercitano attività né commerciali né agricole è stato tratto argomento per avvalorare la tesi intelligente e lungimirante – rimasta per lungo tempo sopita, ma ripropostasi negli ultimi anni, con rinnovato vigore, all'attenzione degli studiosi<sup>10</sup> – a mente della quale tra l'impresa commerciale e l'impresa agricola esisterebbe un *tertium genus*, sempre però afferente alla sfera della non-commercialità, rappresentato dall'*impresa civile* la quale, secondo questo orientamento, consiste in attività di servizi non classificabili – a differenza, ad es., del servizio assicurativo – nel comparto industriale, bensì nel "terziario", quali segnatamente le attività di pulizie, giardinaggio, guardianaggio, ottenimento e rinnovo di documenti (passaporto, carta d'identità, patente, ecc.), scuola-guida; a cui potrebbero aggiungersi, in chiave più moderna, quelle di certificazione di qualità (Iso, ecc.), di agenzie di *rating* e simili. Impresa civile che tuttora esiste, ad es., in Francia ove sono esplicitamente previste dalla legge le *s.c.i. (sociétés civiles immobilières)* le quali sono presenti in gran numero nel tessuto economico di quel Paese.

Pur con tutto il rispetto dovuto all'autorevole corrente dottrinale che ha tentato di attrarre l'attività professionale organizzata e svolta in forma societaria nell'ambito dell'impresa, non sembra tuttavia che sia questa la chiave di lettura da annettersi alla normativa in esame. Deve ritenersi, di contro, che l'attività di avvocato, comunque esercitata, sia – e resti – un'attività libero-professionale; e che neppure una struttura più articolata, un insieme di mezzi più consistente ed un grado di organizzazione superiore rispetto a quelli che, almeno nel nostro Paese, tradizionalmente caratterizzano gli studi legali possano... cambiarle i connotati. Questo è altresì il concetto che – pur nella più angusta visione di allora – aveva espresso la stessa *Relazione ministeriale* al codice civile ad illustrazione dell'art. 2238, in cui si asseriva che «*Il Codice fissa il principio che l'esercizio di una professione non costituisce di per sé esercizio di un'impresa, neppure quando l'espletamento dell'attività professionale richieda l'impiego di mezzi materiali e dell'opera di qualche ausiliario*». Concetto che succes-

9 G. OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1987, spec. § 5.

10 V. ex plurimis M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, Torino, 1974, pp. 110 ss. e pp. 165 ss.

sivamente era stato confermato dal “progetto Mirone” recante la delega al Governo per il riordino delle professioni intellettuali (d.d.l. n. 5092 approvato dal Consiglio dei ministri il 3 luglio 1998) il quale – all’art. 2, n. 2, lett. e) – aveva ribadito «*la distinzione delle attività professionali dall’attività di impresa*», la cui equiparazione, come esplicitava sul punto la *Relazione* accompagnatoria, per quanto sostenuta in sede comunitaria, «*è in via di eccezione e a determinati fini e non anche in via sistematica*». E l’attività libero-professionale non è un’attività d’impresa – così come il professionista non è un imprenditore (su cui *funditus* Trib. Milano, 27 maggio 1998 e 12 dicembre 1998) – ancorché la scelta di espletarla attraverso l’impiego del modello societario imponga determinate formalità, altrimenti non dovute, riguardanti ad es. il regime di pubblicità mediante l’iscrizione nel registro delle imprese, a cui peraltro non si riconnettono gli effetti della pubblicità legale, tipica delle imprese commerciali (ed ora anche delle imprese agricole: v. d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, art. 2), bensì semplicemente – come detto – quelli della pubblicità-notizia e della rilevazione statistica.

Restano cioè fermi, riguardo ad essa, i due postulati fondamentali che contraddistinguono qualunque professione liberale, consistenti nella *personalità della prestazione* e nella *responsabilità del professionista* nei confronti del cliente, che non a caso risultavano confermati, rispettivamente, dagli artt. 24 e 26 del cennato d.lgs. n. 96/2001, il quale riservava alla società tra avvocati la qualificazione di “professionista”, capace di ricevere l’affidamento di incarichi professionali (art. 24, co. 1) – sebbene per espletarli dovesse avvalersi dell’opera dei soci in possesso dei requisiti richiesti –, di avere clienti propri (*ivi*, co. 2 e 3) e di vantare come propri i crediti derivanti dalle prestazioni professionali rese dai soci a favore di questi (art. 25, co. 1). E restava soprattutto – come resta – ferma la *natura dell’obbligazione professionale, che è obbligazione di mezzi e non di risultato, quale è invece quella dell’imprenditore*, e che – fino a diversa disposizione della legge – non può essere mutata per il solo fatto che l’esercizio della professione venga posto in essere, anziché da un singolo professionista, da più professionisti in comune, in forma societaria per l’appunto.

Anche nel caso di specie si è quindi in presenza di *una società* – di tipo nuovo ed autonomo, costituente il *quarto tipo delle società di persone* – *che non solo non è commerciale, ma il cui oggetto sociale non consiste neppure in un’attività di impresa*: dunque, ancora e sicuramente, di “società senza impresa”<sup>11</sup>.

La società tra avvocati – sulla cui causa societaria non sembrano certo potersi affacciare i dubbi e le perplessità avanzati con riguardo alle società che ammantano, in realtà, delle comunioni di godimento (v. *infra* §

11 V. ancora G. MARASÀ, *Società tra professionisti e impresa*, in *Riv. not.*, 1997, p. 1345 ss.

6)<sup>12</sup>, sebbene la struttura organizzativa societaria sia stata deliberatamente prescelta e voluta dai costituenti - non fa dunque eccezione a questo principio, che è la legge stessa a fissare allorché descrive quale causa del contratto sociale l'esercizio «*di un'attività economica*» (art. 2247), senza peraltro richiedere necessariamente, come richiede invece la definizione di imprenditore dell'art. 2082, che tale attività economica debba essere preordinata alla produzione o allo scambio di beni o servizi. *Attività economica* il cui requisito essenziale è quello, innanzi riferito, dell'*economicità della gestione*, ossia consiste - come minimo - nell'intento della copertura dei costi con i ricavi (o con i reintegri dei costi) com'è normale nelle società cooperative e soprattutto consortili, che si traduce appunto, come obiettivo perseguito, nel postulato del *pareggio del bilancio*.

Si comprende allora la *ratio* della *duplice iscrizione* prevista per questa società: *nella sezione speciale del registro delle imprese* ad essa specificamente dedicata, da un lato, in considerazione della forma societaria rivestita, senza peraltro che ciò possa autorizzare alcuna presunzione di imprenditorialità della stessa, esattamente come dall'iscrizione di una società semplice nella (diversa) sezione speciale del registro non può in alcun modo inferirsi che l'attività da essa svolta sia necessariamente un'attività d'impresa, ed in particolare d'impresa commerciale; e *nell'albo degli avvocati*, dall'altro, in considerazione dell'attività esercitata, che deve essere esclusivamente quella professionale. Solo parzialmente condivisibile appare dunque l'affermazione - fondata peraltro sull'equivoco della supposta coincidenza fra società tra avvocati e società in nome collettivo - secondo cui la società tra avvocati contemplata dal d.lgs. n. 96/2001 sarebbe una società commerciale di forma, ma civile di oggetto, cioè di sostanza; mentre invece, nella prospettiva dianzi delineata, dovrebbe più propriamente concludersi che *tale società tra avvocati non fosse una società commerciale né di forma né di sostanza*; e che potesse sì qualificarsi come società civile, unicamente però nell'accezione che questa espressione aveva nel nostro ordinamento anteriormente all'emanazione del codice civile del 1942 - e che tuttora ha, ad es., nell'ordinamento francese - ma non in quella di impresa civile esercitata sotto la forma di società di tipo commerciale.

L'art. 10 della legge n. 183/2011, come s'è detto, ha introdotto nel nostro ordinamento le *società tra professionisti*: società non circoscritte alla professione di avvocato, ma aperte all'esercizio di tutte le «*attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico*». Tale norma è stata quindi integrata e completata con il già ricordato regolamento di attuazione approvato con d.m. Giustizia 8 febbraio 2013, n. 34.

Senza poter scendere in questa sede nel dettaglio della cennata disci-

<sup>12</sup> In giurisprudenza, v. Cass., 13 dicembre 1993, n. 12260, 27 marzo 1997, n. 2465, e 28 aprile 1997, n. 3666, con commento di M. CIAN, *Società di mero godimento tra azione di simulazione e Durchgriff*, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 452 ss.

plina, ci si limita ad enunciare i profili salienti. Innanzi tutto *la società tra professionisti*, a differenza della società tra avvocati contemplata dal d.lgs. n. 96/2001, *non costituisce un tipo sociale a se stante*. A tal fine *possono essere utilizzati tutti i tipi sociali* previsti dall'ordinamento: quelli cioè della società semplice, delle società commerciali ordinarie e della società cooperativa (in quest'ultimo caso i soci cooperatori non possono essere meno di tre).

Nella ragione o denominazione sociale, comunque formate, deve comparire la dicitura "società tra professionisti". Inoltre, le società in questione *devono essere iscritte nel registro delle imprese, nella sezione speciale* istituita dal d.lgs. n. 96/2001 originariamente per le società tra avvocati (art. 7 reg.), nonché in una sezione speciale degli albi o dei registri tenuti presso gli ordini o i collegi professionali di appartenenza dei soci professionisti.

Queste società hanno *per oggetto sociale l'esercizio esclusivo dell'attività professionale da parte dei soci*. È tuttavia possibile che esistano *società professionali multidisciplinari* - ossia società tra professionisti esercenti più attività professionali (ad es. tra ingegneri, architetti e geometri) - nel qual caso la società dovrà essere iscritta nell'albo o nel registro tenuto dall'ordine o dal collegio professionale relativo all'attività individuata come prevalente nell'atto costitutivo o nello statuto (art. 8 reg.) ovvero, per le società semplici, nel contratto sociale. *La partecipazione ad una società professionale è tuttavia incompatibile con quella ad altre società tra professionisti*. Il socio che sia stato cancellato dal proprio albo professionale con provvedimento definitivo è *escluso dalla società*.

Nelle società di cui trattasi - ed è questo uno dei motivi che hanno generato le maggiori perplessità circa la legge in esame - a fianco di soci professionisti tenuti ad esercitare in via esclusiva la loro attività professionale e regolarmente iscritti nei rispettivi ordini, albi e collegi, sono *ammessi a partecipare alla compagine sociale anche soci non professionisti*, soltanto però per prestazioni tecniche (ad es., gli incaricati dell'amministrazione di una società tra farmacisti) o per finalità di investimento. Ecco dunque l'ingresso nelle società tra professionisti di *soci capitalisti*, limitatamente, dovrebbe ritenersi, a quelle costituite secondo i tipi della s.p.a., della s.r.l. e delle società in accomandita, semplice e per azioni. In tal caso però *i soci professionisti dovranno avere una duplice maggioranza - per teste e per quote* di partecipazione al capitale sociale - che consenta loro di disporre *dei due terzi dei voti per l'assunzione delle deliberazioni assembleari o delle decisioni dei soci*; il venir meno di tale condizione, se non ripristinata nel termine perentorio di sei mesi, è *causa di scioglimento* della società.

L'incarico professionale può essere conferito alla società; peraltro *l'esecuzione di tale incarico compete soltanto ai soci professionisti* in possesso dei requisiti di legge: professionisti che devono essere quelli designati dai clienti o, in mancanza di designazione espressa, che devono essere indicati per iscritto ai clienti stessi da parte della società prima dell'inizio della

prestazione, in modo che i clienti possano eventualmente esprimere la loro opzione a non essere seguiti da questi. La società ha altresì l'obbligo di informare i clienti di situazioni di *conflitto di interessi*, anche potenziale, con gli stessi che possano essere determinate non solo da questa e dai suoi soci professionisti, ma anche dalla presenza nella compagine sociale dei soci finanziatori (art. 4 reg.). È disposto che i professionisti possano opporre agli altri soci - ed evidentemente, deve ritenersi, agli amministratori ed ai collaboratori tutti della società - il *segreto professionale* circa l'espletamento degli incarichi loro affidati.

Ferma la *responsabilità disciplinare* nella quale ogni singolo socio professionista può incorrere nell'esecuzione dell'incarico, anche sulla società professionale grava la responsabilità per eventuali violazioni delle norme deontologiche e può essere per queste sanzionata in via disciplinare. Ciò anche nel caso in cui le violazioni alle regole di deontologia dei soci professionisti dipendano da direttive loro impartite dalla società (art. 12 reg.).

La legge prevede infine l'obbligo delle società tra professionisti di *stipulare adeguate polizze assicurative* contro la responsabilità civile per i danni che i soci professionisti possano arrecare ai clienti o a terzi nell'esercizio dell'attività professionale.

Si segnala che la *Relazione* illustrativa del suddetto regolamento dell'8 febbraio 2013, n. 34, afferma che «*deve ritenersi che lo svolgimento di pubbliche funzioni, quale quella notarile, non può costituire oggetto di attività in forma societaria*».

Le disposizioni dell'art. 10 della legge n. 183/2011 concernono - come è stato anticipato - le società per l'esercizio delle attività regolamentate nel sistema ordinistico. Un'altra legge - la l. 14 gennaio 2013, n. 34 - è stata invece emanata per disciplinare, sulla base di principi sostanzialmente analoghi, le c.d. *professioni non organizzate*.

Dal momento che la società tra professionisti può rivestire qualunque forma societaria, emerge con ancor maggiore evidenza che *le società non devono considerarsi preordinate in via esclusiva all'esercizio dell'impresa*, potendo senza dubbio esercitare l'impresa, ma potendo altresì esercitare altre attività che d'impresa non sono, quali appunto le attività professionali.

A valle della legge n. 183/2011 è stata emanata la l. 31 dicembre 2012, n. 247, recante la *nuova disciplina* dell'ordinamento della professione forense, il cui art. 5 *ritorna sulle società tra avvocati*, disciplinandola in maggiore sintonia con le previsioni dell'art. 10 della riferita normativa sulle società tra professionisti. Si tratta, in realtà, di una legge di delegazione che ha impegnato il Governo ad adottare "entro sei mesi" dalla sua entrata in vigore - ossia entro il 2 agosto 2013 - un decreto delegato concernente l'esercizio della professione forense in forma societaria.

Le differenze di maggiore rilievo di queste società - che, in qualunque forma costituite, secondo i tipi cioè delle società di persone, di capitali, o

cooperative, devono recare nella ragione o nella denominazione sociale le parole “società tra avvocati” – rispetto alle società tra professionisti in genere consistono nelle statuizioni a mente delle quali *i soci devono essere esclusivamente avvocati iscritti all’albo; che non possono farne parte soci tecnici né soci investitori; che non possono esserne soci i professionisti esercenti altre attività professionali diverse dall’avvocatura, ossia che non possono esistere società tra avvocati multidisciplinari; e che gli amministratori devono essere scelti tra i soci, quindi tra avvocati.* Quanto al resto, molti sono i tratti comuni con le società tra professionisti: dal fatto che un avvocato non può far parte di più d’una di queste società; a quello che l’incarico professionale deve essere svolto nell’osservanza del postulato della *personalità della prestazione* e ferma restando la *responsabilità del professionista* che l’abbia eseguita; all’obbligo di tali società di venire iscritte nell’albo speciale dell’ordine degli avvocati territorialmente competente; al fatto, infine, che la cancellazione, la radiazione e perfino la sospensione (in ciò ravvisandosi un più accentuato rigore rispetto alla disciplina delle società tra professionisti in genere) di un socio dall’albo degli avvocati in cui sia iscritto costituisce causa di *esclusione* del medesimo dalla società a cui partecipi.

La prefata legge delega demanda poi al legislatore delegato di stabilire espressamente «*che l’esercizio della professione forense in forma societaria non costituisce attività d’impresa e che, conseguentemente, la società tra avvocati non è soggetta al fallimento e alle procedure concorsuali diverse da quelle di composizione delle crisi da sovraindebitamento*»; ed inoltre che i redditi prodotti da queste società sono «*redditi di lavoro autonomo anche ai fini previdenziali*». Restano ad esse applicabili, in quanto compatibili – *rectius*, in quanto non divenute incompatibili con la legge delega e con il decreto delegato da questa previsto – le disposizioni del d.lgs. n. 96/2001, richiamate dalla norma dell’art. 5 in esame.

Per completezza informativa occorre riferire che il decreto delegato anzidetto non è stato emanato entro il termine previsto dalla legge delega del 2 agosto 2013, ed anzi non consta esserlo stato neppure successivamente, comportando la *decadenza della delega* contenuta nella legge n. 247/2012 e creando con ciò un “vuoto legislativo” in materia di società tra avvocati che non pare possa essere colmato estendendo *sic et simpliciter* agli avvocati la disciplina delle società professionali in genere che, oltre al resto, colliderebbe sotto non pochi profili con la citata direttiva comunitaria n. 98/5/CE e con la susseguente l. 21 dicembre 1999, n. 526, art. 19.

Va però segnalato che il Consiglio dei ministri, nella seduta del 20 febbraio 2015, aveva licenziato un disegno di legge (c.d. “d.d.l. concorrenza”) – che, per le società tra avvocati, proponeva l’eliminazione del vincolo di appartenenza dei soci ad una sola di tali società; l’ammissibilità di rendere le stesse multidisciplinari; e l’ingresso in esse anche di soci investitori, cioè di mero capitale: con ciò allineando ancor più la disciplina delle nuove

società tra avvocati a quella delle società professionali configurate dalla legge n. 183/2011. Di tale disegno di legge - al momento in cui queste note vengono redatte - è ancora in corso l'*iter* parlamentare.

L'approfondimento di questo importante tema non può ovviamente avvenire in questa sede, nella quale - ove ancora ve ne fosse bisogno - si tende soltanto a confermare, nel concreto, la legittima esistenza di "società senza impresa".

## 5 La qualificazione della cooperativa come società, non più come impresa

Un indice significativo della *non coincidenza fra attività economica e attività d'impresa* con riguardo alle società può ulteriormente trarsi dalla disciplina delle cooperative novellata ai sensi del cennato d.lgs. n. 6/2003, a seguito del quale è stata espunta la dizione "*imprese cooperative*" - che in precedenza compariva nelle rubriche del titolo VI e del capo I del libro V del codice - ed è stata sostituita con «*società cooperative*». Si noti che Bonfante (uno dei massimi studiosi del diritto della cooperazione, autore del fondamentale studio *Imprese cooperative* pubblicato nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1999) ha successivamente reintonolato *La nuova società cooperativa* l'edizione susseguente alla suddetta riforma<sup>13</sup>, senza più affidare al sostantivo "impresa" il carattere essenziale comune a tutte le "società" ricadenti entro l'alveo della mutualità cooperativa.

La *ratio* di questo cambiamento va ricercata nella presa d'atto del legislatore del 2003 che *non tutte le società cooperative sono preordinate all'esercizio di un'impresa*. Tali non sono, in effetti, le c.d. cooperative sociali, o quanto meno una parte di esse, in quanto caratterizzate dal perseguimento di finalità solidaristiche a sostegno di fasce meno fortunate della popolazione, quali le persone disagiate, gli immigrati, i soggetti diversamente abili e simili, a cui possono assimilarsi, in concreto, non poche delle stesse cooperative per il commercio equo e solidale contemplate - al pari delle cooperative sociali - dalla l. 8 novembre 1991, n. 381, le quali curano la vendita, effettuata anche con l'impiego di attività volontaria dei propri soci, di prodotti che esse o loro consorzi acquistano direttamente da produttori operanti in Paesi in via di sviluppo ovvero dalle stesse cooperative sociali, con garanzia del pagamento di un prezzo minimo indipendentemente dalle normali fluttuazioni delle condizioni di mercato (cfr. d.m. Attività produttive 30 dicembre 2005). Tali attività, per vero, ben difficilmente potrebbero essere inquadrate nell'attività d'impresa, e comunque, assai sovente anche sul piano pratico, non integrano neppure

13 G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010.

l'esercizio di un'attività economica, essendo piuttosto connotate da scopi filantropici, se non addirittura di pura erogazione di beni (denaro od altre utilità) o di servizi a favore delle categorie assistite.

In conclusione, sul punto, anche a proposito delle società cooperative – come già si è visto per quelle ordinarie – *non può dirsi essenziale*, cioè indefettibile e comune a tutte, *l'elemento dell'esercizio dell'impresa*; il che costituisce ulteriore conferma, per quanto occorrer possa, della presenza nel nostro tessuto economico di società che non sono imprese, a fianco beninteso di una moltitudine di esse che l'attività imprenditoriale effettivamente svolgono.

## 6 La disciplina applicabile alle società costituite per fini di godimento

Se, come s'è detto in precedenza al § 3, anche *l'attività di godimento* di beni può venire esercitata in forma di società, qual è il significato da annettere alla disposizione dell'art. 2248, a mente della quale «*la comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalle norme*» sulla comunione?

La risposta che a buon diritto sembra potersi fornire è la seguente: *sotto il profilo organizzativo*, al funzionamento della società (e dei suoi organi, se essa sia di capitali, e, nel caso della s.r.l., sia dotata di un sistema di *governance* di stampo capitalistico) ed ai rapporti con i terzi – ivi compreso il regime della responsabilità patrimoniale dei soci – non potrà che presiedere *la disciplina del tipo sociale prescelto*; ma ove si tratti di regolare i *rapporti interni tra i soci* dovrà senz'altro applicarsi *la disciplina propria della comunione*, dettata dagli artt. 1100 ss., assumendo i soci, sotto questo profilo, la qualità sostanziale – e prevalente – di comunisti.

Questa conclusione risulta altresì corroborata da un'ulteriore considerazione. Al tempo dell'emanazione del codice civile del 1942 – e l'art. 2248 non è più stato modificato da allora – per la costituzione delle società, di qualunque tipo, era ancora richiesta la pluralità dei soci; dunque, i soci delle società costituite a fini di godimento di beni pacificamente dovevano – come tuttora devono – regolare i propri rapporti dominicali secondo le disposizioni in tema di comunione. Ma con l'avvento delle società per azioni e a responsabilità limitata unipersonali l'applicazione delle menzionate disposizioni a queste società non è oggettivamente possibile, giacché *l'unico socio tutto può essere tranne che un comunista*.

Di conseguenza, alla società unipersonale avente lo scopo del godimento del bene o dei beni in essa conferiti da parte dell'unico azionista o quotista (ovvero di cui questo sia rimasto il solo socio) e della quale non può eccepirsi la nullità non possono che applicarsi le regole integranti, nel loro complesso, la disciplina del tipo sociale da essa rivestito.

## 7 I tipi societari. Le società irregolari

È opportuno, a questo punto, chiarire la nozione di “tipo” delle società. Per “tipo” si intende la *struttura dell'interna organizzazione corporativa societaria*, quale disciplinata dalla legge, con le specificità da questa rimesse all'autonomia convenzionale dei soci.

Le società si sogliono distinguere – a seconda del tipo – in *società ordinarie* e *società cooperative*. Le società ordinarie sono a loro volta distinte in società *di persone* (società semplice, società tra avvocati, società in nome collettivo e società in accomandita semplice: di tipo non commerciale le prime due e commerciale la terza e la quarta) e in società *di capitali* (società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, tutte di tipo commerciale).

La commercialità, a questo fine, deve intendersi in senso formale. Possono infatti esservi società di tipo commerciale che non esercitano, nella sostanza, un'attività commerciale; così come possono esservi società di tipo non commerciale – si intende fare riferimento segnatamente alle società semplici – le quali possono invece esercitare, nella sostanza, un'attività commerciale (su questa asserzione si rinvia ai successivi §§ 8 e 9).

Le *società commerciali* sono soggette all'*iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese*, con effetto di pubblicità legale. Per le società di capitali tale iscrizione ha *efficacia costitutiva*; più non possono esistere, dopo la riforma del 2003, società di capitali non iscritte nel registro delle imprese (o irregolari, come si sarebbe detto in precedenza), giacché le società di capitali – al pari delle società cooperative – vengono giuridicamente ad esistenza solo con l'iscrizione: mai prima. Così non è, invece, per le società di persone, le quali si definiscono *regolari* se abbiano ottemperato a tale obbligo di iscrizione; mentre si considerano *irregolari* se non vi abbiano ottemperato. Per queste ultime l'irregolarità si riflette, in senso deteriore, sul piano della responsabilità patrimoniale dei soci per le obbligazioni sociali (art. 2297, co. 1); ed inoltre su quello dell'attribuzione della rappresentanza sociale a ciascun socio che agisca per la società (art. 2297, co. 2).

Le *società semplici* e le *società tra avvocati* (ex art. 16 ss., d.lgs. 2 febbraio 2001 n. 96) – in quanto tipi di società non commerciali – sono invece soggette all'iscrizione nelle *sezioni speciali* del medesimo registro delle imprese ad esse rispettivamente dedicato, con mero effetto di pubblicità-notizia e con finalità di rilevazione statistica (a meno che le prime esercitino l'impresa agricola, nel qual caso – giusta la previsione del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, art. 2 – l'iscrizione produce effetti di pubblicità legale). Analogo obbligo di iscrizione nella sezione speciale istituita per le società tra avvocati è ora dettata per tutte le società tra professionisti dall'art. 7 del regolamento di attuazione dell'art. 10, co. 10, l. 12 novembre 2011, n. 183 (approvato con d.m. Giustizia 8 febbraio 2013, n. 34).

Le *società cooperative* - venute meno, con la riforma del 2003, la possibilità di prevedere la responsabilità dei soci cooperatori illimitata o limitata ad un multiplo della quota - sono ormai *tutte del tipo "a responsabilità limitata"* ed ispirano i lineamenti della loro interna organizzazione corporativa, *mutatis mutandis*, al modello della s.p.a.; tuttavia, per quelle con meno di venti soci o con un attivo patrimoniale non superiore ad un milione di euro, l'atto costitutivo può fare riferimento alla disciplina di base prevista per le s.r.l. (art. 2519). In ragione della prevalenza, o meno, degli scambi mutualistici con i propri soci, tali società si distinguono in *cooperative a mutualità prevalente* (art. 2512) o *a mutualità non prevalente*.

Già si è visto che - muovendo dalla lucida intuizione di Santini<sup>14</sup> - *i tipi sociali sono tendenzialmente neutri rispetto al perseguimento dell'oggetto sociale* e dunque suscettibili di venire impiegati per il perseguimento di scopi fra loro diversi e per l'esercizio di molteplici attività. Così, il paradigma societario nella sua accezione più lata è permeabile agli intenti lucrativo e non lucrativo, segnatamente - ove non sia perseguito lo scopo di lucro - a quelli ispirati alla mutualità, sia cooperativa che consortile. La flessibilità dei tipi societari rispetto ai possibili scopi e, più in particolare, alle attività economiche potenzialmente esercitabili dagli enti sociali, inoltre, comporta che non necessariamente le società di tipo commerciale svolgano attività commerciali e quelle di tipo non commerciale - segnatamente le società semplici - svolgano attività non commerciali.

## 8 La società semplice può trovarsi ad esercitare un'attività commerciale

Se un'attività non commerciale (ad es. agricola) per il cui esercizio era stata in origine costituita una società semplice diventasse, con l'andar del tempo, commerciale - perché i prodotti manipolati, conservati, trasformati o commercializzati dalla stessa società non promanassero più, almeno in maggioranza, dai fondi coltivati da questa, ma venissero acquistati prevalentemente presso terzi (art. 2135, co. 3.) - *la società semplice* in questione, quand'anche mantenesse il proprio tipo non commerciale, si troverebbe, foss'anche all'insaputa dei suoi soci-amministratori, ad *esercitare un'attività commerciale*.

La conseguenza sarebbe che, ferme restando le regole del tipo, e fra queste soprattutto il regime della responsabilità incombente ai soci, tale società diverrebbe assoggettata allo statuto dell'imprenditore commerciale: pertanto, se essa dovesse diventare insolvente sarebbe passibile - al

14 G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 151 ss.

pari di ogni altro imprenditore commerciale – di venire *dichiarata fallita* (alla condizione, ovviamente, del superamento dei limiti dimensionali stabiliti dagli artt. 1, co. 2, e 15, ult. co., l.fall.).

Ciò non può, tuttavia, avvenire per quella particolare società non commerciale (e, ancor più, non imprenditoriale) che è la società tra avvocati – prima *species* del più ampio *genus* delle società tra professionisti ad avere ricevuto una disciplina positiva nel nostro ordinamento a norma degli artt. 16 ss., d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 – la quale può avere per oggetto sociale esclusivamente «*l'attività professionale di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio*»; mentre il tipo della società semplice può ora senza dubbio ammantare anche l'attività – sicuramente non d'impresa, e quindi *a fortiori* non commerciale – delle società tra professionisti (l. 12 novembre 2011, n. 183, art. 10, co. 3), la quale è parimenti insuscettibile di assoggettamento al fallimento e alle altre procedure concorsuali.

## 9 Le società commerciali possono esercitare attività non commerciali

Per converso, due o più soggetti i quali intendano esercitare in comune *un'attività non commerciale* – ad es. un'impresa agricola – hanno la facoltà, in virtù dell'autonomia convenzionale riconosciuta loro dalla legge (art. 2249, co. 2), di costituire a tal uopo *anche una società di tipo commerciale* – ad es. una s.p.a. – se in questo modo essi ritengano di poter meglio disciplinare i loro rapporti, o di evitare di mettere a repentaglio l'intero loro patrimonio come avverrebbe nell'ipotesi di assunzione di una responsabilità personale illimitata e solidale conseguente alla partecipazione ad una società semplice, od ancora intendano dotarsi di uno strumento operativo in grado di consentire la raccolta di finanziamenti presso il pubblico – ad es., mediante l'emissione di titoli di debito – o in vista del perseguimento di altri obiettivi che renda per essi preferibile l'adozione del tipo sociale (commerciale) prescelto. Ciò è oggi esplicitamente ammesso dal citato art. 10, co. 3, l. 12 novembre 2011, n. 183, per le *società tra professionisti*, il quale consente che tali società, sicuramente non esercenti un'attività di impresa, e segnatamente di impresa commerciale, possano ormai costituirsi secondo qualsiasi tipo societario – di persone come di capitali, società semplice inclusa, nonché di società cooperativa – presentando dunque, ove venga scelta la forma di una società commerciale, *gli aspetti esteriori della commercialità, ma non certo quello sostanziale*: tipi societari che fungeranno in tal modo da “crisalide” per regolare l'assetto organizzativo interno dell'ente e il regime di responsabilità patrimoniale di questo e dei suoi soci, ma non potranno sostituirsi ai professionisti partecipanti né potranno con ciò superare il principio della *personalità della prestazione professionale* e quello secondo cui l'incarico professionale, anche se conferito alla so-

cietà, può essere espletato unicamente dai soci professionisti in possesso dei requisiti necessari per la sua esecuzione. In tal caso, però, la società così costituita sarebbe *commerciale soltanto di forma, ma non anche di sostanza*: per cui, fermi restando gli obblighi di iscrizione nel registro delle imprese (art. 2200, co. 1) e di tenuta delle scritture contabili (art. 2214), in caso di insolvenza essa non potrebbe venire assoggettata al fallimento o ad altre procedure concorsuali, non essendo, in ragione dell'attività concretamente esercitata, un imprenditore commerciale, bensì, a seconda appunto dell'attività esercitata, un imprenditore agricolo, o - per chi lo ammetta - un imprenditore civile, o addirittura neppure un imprenditore<sup>15</sup>.

Quindi, l'indirizzo impartito dal legislatore (art. 2249, co. 1) di adottare tipi di società commerciali per l'esercizio di attività commerciali è pacificamente derogabile qualora i soci preferiscano scegliere di esercitare un'attività che commerciale non sia mediante uno strumento societario tipicamente commerciale.

## 10 Il rinvio alle leggi speciali

Restano infine salve le disposizioni riguardanti, da un lato, le società cooperative, in considerazione dello scopo mutualistico da cui sono connotate; e, dall'altro, le *disposizioni recate da leggi speciali* allorché prevedano che determinate attività particolarmente rilevanti debbano - o non possano - venire esercitate in forma di società di tipi specifici: ad es. l'attività bancaria deve essere esercitata in forma di società per azioni, a meno che non sia contraddistinta da connotati di mutualità, nel qual caso potrà essere svolta sotto le vesti di banca popolare o di banca di credito cooperativo, disciplinate dal Testo unico bancario; le s.i.m. e le s.g.r. devono essere costituite secondo il tipo della società per azioni; l'attività assicurativa deve essere svolta nelle forme di s.p.a., di società cooperativa, di mutua assicuratrice, di società europea, oltretutto di ente pubblico economico; e, per converso, le società artigiane non possono assumere la forma di società per azioni.

Sempre alle leggi speciali occorre avere riguardo al fine di accertare se per l'esercizio di determinate attività, o addirittura per l'iscrizione delle società che intendano esercitarle, sia necessario l'ottenimento di *particolari autorizzazioni* da parte di Autorità amministrative: ad es. l'autorizzazione preventiva della Banca d'Italia per l'esercizio dell'attività bancaria o dell'attività finanziaria nei confronti del pubblico; o quella, a seconda dei casi, della stessa Banca d'Italia o della CONSOB per l'esercizio dell'attività

<sup>15</sup> Sul punto si rinvia all'insuperato insegnamento di G. OPPO, *Materia agricola e "forma commerciale"*, negli *Scritti in onore di F. Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 83 ss.; ID., *Note preliminari sulla commercialità dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 561 ss.

degli intermediari finanziari; od ancora quella dell'IVASS per l'esercizio dell'attività di assicurazione e riassicurazione; del Ministero dello Sviluppo economico per l'esercizio dell'attività fiduciaria; e così via (e per tutte le suddette attività sono prescritte forme societarie diverse da quelle delle società personali).

Ed ancora da norme speciali – che possono essere sia statuali sia regionali – può evincersi se sussistano *riserve di legge* per l'esercizio di determinate attività: ad es. in molte Regioni la gestione dei mercati generali e dei mercati regionali è sottratta all'iniziativa privata ed è riservata ad enti pubblici, quali i Comuni e i consorzi di Comuni. L'esercizio di particolari attività può poi essere condizionato al rilascio di determinate concessioni o autorizzazioni amministrative: è stata così dichiarata nulla per illiceità dell'oggetto sociale una società che operava in violazione di norme che disponevano limitazioni e controlli nella distribuzione di generi contingentati o sottoposti a vincoli; come pure una società che gestiva un'agenzia di recapiti espressi mediante una concessione ottenuta in frode alla legge; ed un'altra che esercitava un'attività di analisi cliniche di laboratorio in assenza delle prescritte autorizzazioni.

## **11 Oggetto sociale risultante dal contratto e oggetto sociale effettivo**

A conclusione della disamina dell'oggetto sociale concernente qualsiasi tipo di società, non va sottaciuto che possono sussistere – e nella pratica non di rado sussistono – *discrasie fra quello risultante dal contratto sociale* (o dall'atto costitutivo) *e quello desumibile dall'attività concretamente esercitata* dalla società.

Talvolta il contratto sociale enuncia settori di attività in cui la società non opera né all'inizio della propria "vita" né successivamente: potrebbe non operarvi per lungo tempo, come potrebbe non operarvi mai; ma, all'opposto, potrebbe un giorno dedicarsi anche a quel genere di *business*, a fianco di quelli già esercitati od anche in sostituzione di questi. Per vero, non può escludersi che i soci costituenti già ipotizzino, al momento della costituzione della società, un programma di espansione dell'operatività della stessa anche ad altri campi in cui inizialmente sarebbe impossibile o inopportuno che essa intervenisse; ma, trovandosi già pervia la facoltà di iniziare *durante societate* ad operare in un determinato settore non coltivato in precedenza, potrebbe senz'altro estendere la propria attività anche a tale settore qualora gli amministratori – od anche un solo socio-amministratore, in caso di amministrazione disgiuntiva – ritenessero conveniente avventurarvisi (Cass., 27 aprile 1985, n. 2741).

Ed in effetti l'oggetto sociale non deve intendersi limitato ad un unico affare o ad una sola operazione, ovvero ad un unico settore di attività,

ben potendo comprendere - a discrezione dei soci ed alla luce della loro autonomia convenzionale, che in proposito è amplissima - lo svolgimento, attuale od anche meramente potenziale, di *attività in molteplici settori economici*. Molte sono le società, anche di dimensioni rilevanti, che agiscono direttamente - cioè non attraverso la partecipazione in altre società, per lo più controllate o collegate - in diversi campi operativi, quali quelle che, specialmente nella prassi anglo-americana, sono note con il nome di "*conglomerate*". L'importante è che *le attività contemplate nell'oggetto sociale siano* chiaramente ed esattamente *determinate o determinabili*; in altre parole, che la mancanza di chiarezza, pur ammantata da eleganti ma fumose formulazioni lessicali, non lasci intendere che una determinata società "possa fare di tutto", il che comporterebbe una sostanziale indeterminatezza dell'oggetto sociale suscettibile di provocarne la nullità e, con questa, di causare la nullità del contratto di società, del quale l'oggetto sociale è elemento essenziale<sup>16</sup>.

Può peraltro accadere che la società operi - saltuariamente o sistematicamente - in campi di attività non riguardati dal proprio oggetto sociale, quale risultante dal contratto sociale (o dall'atto costitutivo). In tal caso la società opererebbe *ultra vires*, ossia esorbitando dalla sfera di attività definita dalla volontà dei soci; e da ciò conseguirebbe la necessità di compiere un'attenta valutazione circa la delimitazione dei poteri dei suoi amministratori e la validità degli atti compiuti dai suoi rappresentanti con i terzi. Se la società fosse *una s.p.a. o una s.a.p.a., od anche una s.r.l.* avente una *governance* di stampo capitalistico, non vi sarebbe dubbio che *gli atti ultra vires impegnerebbero validamente la società nei confronti dei terzi* che non avessero agito intenzionalmente a danno della stessa; e ciò specialmente dopo l'introduzione dell'art. 2384-bis operata con la "novella" del 1969 - ossia con la legge di recepimento della I direttiva comunitaria in materia societaria (d.p.r. 29 dicembre 1969, n. 1127) - e soprattutto dopo quella del nuovo art. 2384, co. 1, riformulato a seguito della riforma del 2003, che qualifica come «*generale*» *il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori* dallo statuto o dalla deliberazione di nomina (si noti che il legislatore della riforma ha qui impiegato, di certo non a caso, lo stesso aggettivo di cui è menzione nell'art. 2206, co. 2, in tema di poteri dell'istitutore la cui procura non sia stata iscritta, per qualunque motivo, nel registro delle imprese) e che sancisce la *non opponibilità ai terzi delle limitazioni ai medesimi poteri degli amministratori* risultanti dallo statuto o dalle decisioni degli organi competenti - ad es. dell'assemblea all'atto della nomina o del successivo conferimento di tali poteri, ovvero del consiglio d'amministrazione in sede di attribuzione di deleghe - «*anche se*

16 Diversamente nel diritto inglese, ove le c.d. "*unrestricted companies*" s'intendono avere non già un oggetto sociale indeterminato - e dunque nullo, come da noi - bensì illimitato, e come tale considerato lecito dalla *Sect. 31.1 del Companies Act 2006*.

*pubblicate*» (art. 2384, co. 2), con evidente eccezione al principio della presunzione assoluta di conoscenza degli atti iscritti nel registro delle imprese affermato dall'art. 2193, co. 2<sup>17</sup>.

Tuttavia *per le società commerciali personali queste norme non esistono*, ed anzi l'art. 2298, in tema di s.n.c. – a cui rinviano gli artt. 2315 e 2318 in tema di s.a.s. – prevede che gli amministratori che hanno la rappresentanza della società possono compiere *tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale*, fatte salve le limitazioni risultanti dall'atto costitutivo o dalla procura, le quali – secondo la regola generale – sono opponibili alla generalità dei terzi se iscritte nel registro delle imprese, oppure, in difetto di iscrizione, lo sono soltanto nei confronti di quei determinati soggetti a cui siano state portate a conoscenza con mezzi idonei a venire provati. *Nulla autorizza dunque a ritenere che queste società siano rette da un regime analogo a quello stabilito per le società di capitali*, talché i loro rappresentanti possono legittimamente agire entro l'ambito dell'oggetto sociale, e non oltre (salva, beninteso, la facoltà delle suddette società personali di convalidare l'atto *ultra vires* mediante successiva ratifica del medesimo).

Analogamente l'art. 2266, co. 2, in tema di *società semplice*, prevede che «*in mancanza di diversa disposizione del contratto, la rappresentanza spetta a ciascun socio amministratore e si estende a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale*». Intanto non sembrerebbe doversi escludere *a priori* che l'autonomia convenzionale dei soci possa dilatarsi fino al punto di riconoscere efficacia nei confronti della società semplice anche agli atti esorbitanti dall'oggetto sociale compiuti dagli amministratori (ma quale sarebbe l'interesse per i soci di una simile pattuizione?), a condizione beninteso che la relativa previsione venga *portata a conoscenza* dei soggetti ai quali la si voglia rendere opponibile *con mezzi idonei*; altrimenti l'attività esterna della società semplice non potrebbe che rimanere circoscritta entro il perimetro del suo oggetto sociale contrattuale. In tal caso però anche l'oggetto sociale dovrebbe essere portato a conoscenza dei terzi – *rectius*, di determinati terzi – con mezzi idonei, giacché, quand'anche il contratto sociale che lo contenga fosse iscritto nella sezione speciale del registro delle imprese, non potrebbero certo invocarsi per esso le regole di pubblicità legale, quale segnatamente quella della presunzione assoluta di conoscenza degli atti iscritti da parte di qualunque soggetto, avendo tale iscrizione, come detto, un mero effetto di pubblicità-notizia e di rilevazione a scopi statistici (eccezion fatta per le società semplici esercenti un'impresa agricola, giacché per queste – giusta la disposizione dell'art. 2, d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228 – l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle

17 Per l'opponibilità alle società di capitali degli atti esorbitanti l'oggetto sociale compiuti dagli amministratori, suscettibili dunque di impegnare validamente le società stesse, v. Cass., 3 febbraio 2014, n. 2320; e F. BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale e poteri di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 924 ss., spec. p. 937 ss.

imprese ha la stessa efficacia di pubblicità legale che sussiste per le società commerciali, quanto meno di forma, iscritte nella sezione ordinaria).

Ciò, *a fortiori*, per le società semplici il cui contratto sociale non fosse formato per iscritto, e quindi non potesse materialmente venire registrato neppure nella sezione speciale del registro, nonché per le s.n.c. e le s.a.s. “irregolari” in quanto non iscritte nel registro delle imprese. Sulla situazione delle *società personali irregolari* al considerato riguardo la giurisprudenza ha stabilito che *un atto non espressamente contemplato nell’oggetto sociale* – ma che potrebbe implicitamente ricomprendersi – *sia fonte di obbligazione direttamente in capo alla rappresentata*, salvo che questa provi l’esorbitanza dell’operato dell’amministratore dai suoi compiti gestionali, ed altresì provi, alla stregua delle generali regole sulla tutela dell’affidamento incolpevole, recepite dagli artt. 2297, co. 2, e 2298, la conoscenza di detta esorbitanza da parte del creditore. In mancanza di una *disclosure* di tali società circa il loro oggetto sociale, come potrebbe pretendersi che i terzi siano in grado di apprezzarne l’estensione, così da discernere se i loro amministratori muniti di poteri di rappresentanza compiano atti rientranti nell’oggetto sociale o che esorbitino da esso? Pretesa impossibile, evidentemente, suscettibile dunque – in assenza di specifiche informazioni delle considerate società rivolte ad alcuni, ben individuati soggetti – di accreditare tutti gli atti compiuti dai loro amministratori con poteri di rappresentanza nei confronti di terzi, non cognitivi della consistenza dell’oggetto sociale, del requisito dell’inerenza all’oggetto sociale stesso.

Secondo una corrente di pensiero, al fine di esonerarsi dall’obbligazione nei confronti dei terzi per gli atti esorbitanti dal proprio oggetto sociale, *le società semplici non esercenti attività agricola* dovrebbero dimostrare non solo l’estraneità di tali atti rispetto al loro oggetto sociale – o comunque rispetto ai poteri dei loro rappresentanti che li abbiano posti in essere –, ma altresì che tale estraneità fosse riconoscibile dai terzi: ipotesi in pratica assai difficile. Peraltro l’appartenenza o l’estraneità dell’atto all’oggetto sociale dovrebbe poter essere apprezzata dal terzo astrattamente, giacché se l’atto potesse essere considerato in astratto rientrante nell’oggetto sociale, ovvero come utile al suo svolgimento, allora sarebbe inattaccabile nei confronti del terzo. Ad avviso di Ferri<sup>18</sup>, l’oggetto sociale, nelle società personali, «costituisce il limite massimo del potere di rappresentanza degli organi sociali [*rectius: degli amministratori, non potendosi in questi tipi societari configurare la sussistenza di organi in senso tecnico: n.d.a.*] ... opponibile ai terzi a prescindere da qualsiasi pubblicità» (in senso conforme Cass., 3 giugno 1991, n. 6240; Cass., 10 aprile 1999, n. 3514).

Tuttavia, ad avviso di una perspicua corrente interpretativa, *nelle so-*

18 G. FERRI, *Delle società*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 405 s.

cietà di persone l'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti dagli amministratori-rappresentanti non sarebbe comunque causa di nullità (o, per altri, di inefficacia) dei medesimi in virtù di un "effetto di irraggiamento" delle regole contenute negli artt. 2384 e 2384-bis, al tempo vigenti, sull'intero sistema del diritto societario, atteso che – pur mantenendo senza dubbio vigore l'art. 2298 – «la diversità di disciplina tra società di capitali e di persone non si fonderebbe su effettive ragioni»<sup>19</sup>, da cui deriverebbe «che anche per le società di persone la tutela dell'affidamento dei terzi impo[rrebbe] una concezione più sfumata dei limiti al potere di rappresentanza degli amministratori derivanti dall'oggetto sociale» (Cass., 18 febbraio 2000, n. 1817). In sostanza, secondo il riferito orientamento giurisprudenziale, il difetto di rappresentanza del socio-amministratore che agisca in nome di una società personale, derivante dall'estraneità all'oggetto sociale dell'atto compiuto, non sarebbe opponibile dalla società al terzo, salvo che la società provi che questo fosse a conoscenza dell'esorbitanza dell'atto stesso rispetto ai compiti gestionali di quel socio-amministratore. *La suddetta estraneità costituirebbe* invece unicamente *giusta causa di revoca degli amministratori che li abbiano posti in essere ovvero*, verificandosi il presupposto del danno da questi provocato alla società per depauperamento patrimoniale della stessa, *motivo di esperimento dell'azione di responsabilità* nei loro confronti. In definitiva, a tale riguardo, la capacità negoziale della società non potrebbe intendersi limitata a cagione di un oggetto sociale contrattuale più circoscritto di quello effettivo<sup>20</sup>, ma sarebbe destinata a rimanere piena anche nell'eventualità che la società – e per essa il proprio amministratore – esorbitasse dall'ambito dell'attività assegnatole dal contratto e perfino allorché tradisse il proprio scopo<sup>21</sup>.

## 12 Le attività accessorie

Nella definizione dell'oggetto sociale indicato nel contratto sociale (o nell'atto costitutivo), *a fianco dell'attività o delle attività principali, possono figurare altre attività accessorie*. A titolo meramente esemplificativo, e senza pretesa di esaustività, è frequente rinvenire clausole del seguente tenore: «*Per il conseguimento dell'oggetto sociale, la società potrà com-*

19 Così Cass., 14 maggio 1999, n. 4774, con commento di G. DI CHIO, *Opponibilità ai terzi dei limiti ai poteri degli amministratori di società personali*, in *Società*, 1999, p. 1326 ss.

20 F. DI SABATO, *op. cit.*, pp. 11 e 49 s.; G. CASELLI, *Oggetto sociale ed atti ultra vires*, Padova, 1970, p. 103.

21 V. BUONOCORE, *Società in nome collettivo, nel Codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 157 s.

riere ogni operazione mobiliare, immobiliare, commerciale e finanziaria, ivi segnatamente compresi il rilascio di garanzie reali e personali, anche a favore di terzi; l'assunzione, la dismissione e la gestione medio tempore di partecipazioni; l'acquisto, la vendita, la permuta e la gestione medio tempore di beni immobili; l'attuazione di operazioni di leasing finalizzate alla commercializzazione dei propri prodotti»; od ancora: «Al fine di sopperire alle proprie necessità finanziarie, la società potrà ricevere finanziamenti dai propri soci e, nel rispetto delle condizioni di legge, effettuarne la restituzione, senza peraltro compiere professionalmente servizi di investimento né operazioni od attività finanziarie nei confronti del pubblico contemplate dal decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (T.U. delle leggi bancarie e creditizie), e dal decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U. dell'intermediazione finanziaria)»; e così via.

Clausole del genere di quelle testé riportate non valgono a consentire alla società il compimento di qualsiasi operazione tra quelle da esse previste, ma soltanto il compimento delle operazioni che possano ravvisarsi connesse - o, appunto, *accessorie* - alle attività rientranti nell'oggetto sociale. Così, nel caso della prima clausola, la società non potrà prestare garanzie a favore di terzi in assoluto, diventando di fatto una finanziaria, ma potrà farlo unicamente per agevolare la conclusione di un negozio giuridico rientrante nel proprio oggetto sociale, che in assenza di quella garanzia non potrebbe avvenire (Cass., 9 novembre 1979, n. 5770; Cass., 3 giugno 1991, n. 6240, cit.); oppure non potrà porre in essere qualsiasi operazione di locazione finanziaria, diventando di fatto una società di *leasing*, ma potrà compiere singole operazioni di *leasing* c.d. operativo per assistere un cliente che intenda acquistare un macchinario o un impianto o un qualsiasi altro bene strumentale prodotto dalla stessa (ad es. un automezzo, od anche un immobile ad uso industriale o commerciale o destinato ad accoglierne gli uffici), ma che non disponga della totalità dei mezzi finanziari occorrenti per perfezionarne l'acquisto con un pagamento immediato. Autorevole dottrina è tuttavia propensa ad ammettere che non tutte le attività accessorie debbano sempre e necessariamente essere indicate nell'oggetto sociale, quali ad es. le donazioni, considerate possibili se mirate al perseguimento dell'attività principale della società<sup>22</sup>.

Al di fuori di queste ipotesi di stretta correlazione dell'attività accessoria rispetto all'attività svolta in via principale, la società - e per essa i suoi amministratori - agirebbe esorbitando dal proprio oggetto sociale. Ed analogamente agirebbe ponendo in essere servizi di investimento o attività finanziarie lato sensu nei confronti del pubblico - anziché del ristretto novero dei propri soci - ossia per il mercato, che non solo comporterebbe

22 F. DI SABATO, *op. cit.*, p. 50; e, con specifico riferimento alle società di capitali, E. GLIOZZI, *Atti estranei all'oggetto sociale nelle società per azioni*, Milano, 1970, p. 113 ss.

l'agire in eccedenza dei limiti dell'oggetto sociale, ma (cosa ben più grave) ne determinerebbe altresì la violazione di disposizioni normative cogenti quale, nella specie, quella secondo cui per il compimento dei suddetti servizi o attività nei confronti del pubblico è necessario ricevere un'autorizzazione che potrà essere rilasciata dalle competenti Autorità soltanto a seguito di un procedimento di controllo preventivo sancito dalla legge.

È significativo in proposito ricordare la già riferita norma dell'art. 2361, co. 1 - per quanto dettata a proposito delle s.p.a. - a mente della quale: «*L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nello statuto, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dallo statuto*». Non appare, invero, esservi dubbio che questa norma spieghi effetto non soltanto per le s.p.a. - per le quali, come si ripete, è stata dettata - ma anche per le s.r.l. e per le stesse società di persone, non sembrando lecito *modificarne surrettiziamente l'oggetto sociale* al di fuori dell'espressione della volontà dei soci, ossia *mediante la mera assunzione di una o più partecipazioni in altre imprese* esercenti attività diverse da quella o da quelle ricomprese nell'oggetto sociale, con ciò spostando, di fatto, il baricentro degli interessi economici (e della posizione di rischio) di una determinata società. Il che sta dunque a significare che anche l'assunzione di partecipazioni, allorché non rientri nell'oggetto sociale principale - che renderebbe quella società una *holding* - ma integri soltanto un'attività accessoria, intanto può essere legittimamente compiuta da una società (di ogni tipo) in quanto sia sottesa al perseguimento delle attività considerate "principali" dal proprio atto costitutivo o statuto, cioè caratterizzanti il proprio *core business*.

### 13 La forma

Come anticipato al precedente § 2, sovente la legge dispone che il contratto di società debba presentare determinati requisiti formali.

Ciò non solo per quanto attiene alle *società di capitali e cooperative*, per le quali la legge dispone che esso debba essere redatto in forma solenne, cioè per atto pubblico (art. 2328, co. 2, per le s.p.a., a cui rinvia l'art. 2454 per le s.a.p.a.; art. 2463-bis, co. 2, per le s.r.l.; e art. 2521, co. 1, per le società cooperative) a pena di nullità (art. 2332, co. 1, n. 1, a cui rinviano rispettivamente le disposizioni dettate per gli altri tipi sociali anzidetti); ma anche per quanto attiene alle *società personali commerciali*, per le quali è richiesta, come minimo, la forma della *scrittura privata a firme autenticate* (art. 2296, co. 1, per le s.n.c., a cui rinvia l'art. 2315 per le s.a.s.). Il requisito del deposito dell'atto costitutivo delle società personali commerciali con le sottoscrizioni dei contraenti autenticate da un notaio - ovvero, in alternativa, del deposito di copia autentica dell'atto - è condizione neces-

saria per la richiesta di iscrizione dell'atto stesso nella sezione ordinaria del registro delle imprese con efficacia di pubblicità legale giacché, in mancanza di questo requisito idoneo a certificare la partecipazione dei soci costituenti alla formazione dell'atto costitutivo e la loro incondizionata adesione alle clausole che vi sono contenute, il medesimo non potrebbe essere ricevuto dal conservatore del registro delle imprese territorialmente competente (d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581, art. 11, co. 4).

Ovviamente nulla impedisce che anche le società personali commerciali - se i loro soci lo desiderino - possano venire costituite per atto pubblico (art. 2296, co. 1 e 3, per le s.n.c., implicitamente richiamato dal già ricordato art. 2315 per le s.a.s.).

Il contratto sociale delle società semplici, invece, *non è soggetto a forme speciali*, «salve quelle richieste dalla natura dei beni conferiti» (art. 2251). Ciò significa che se per il trasferimento di determinati beni - e il conferimento è un particolare modo di trasferimento di beni, il cui corrispettivo non è costituito da una somma di denaro, come ad es. nella compravendita, bensì da una quota di partecipazione alla società conferitaria) - siano previste forme speciali, queste devono essere rispettate anche nel caso in cui il trasferimento di detti beni venga operato a favore di una società semplice. Un esempio significativo è rappresentato dal conferimento di beni immobili e di diritti reali immobiliari, per il quale la legge prescrive l'obbligo della forma scritta *ad substantiam*, sotto pena di nullità (art. 1350, co. 1, nn. 1, 2 e 4).

Tuttavia, in caso di conferimenti - e, più in generale, di trasferimenti - immobiliari, la mera forma scritta è prescritta al fine della validità del contratto *inter partes*; ma non è sufficiente per rendere il contratto stesso opponibile ai terzi. Per questo è necessario che la scrittura privata comportante il trasferimento - anche mediante conferimento - di beni immobili o di diritti reali immobiliari riporti in calce le sottoscrizioni dei contraenti autenticate da un notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò legittimato, ovvero copia autentica della stessa se l'originale si trovi depositato negli atti di un notaio o in un pubblico archivio, poiché solo a questa condizione il trasferimento potrà essere accettato per *l'iscrizione in un pubblico registro* (nella specie, nel pubblico registro immobiliare). Ciò senza considerare che gli artt. 7 e 18, co. 4, del citato d.p.r. n. 581/1995 dispongono che anche le società semplici - qualsiasi siano i beni o i servizi ad esse conferiti, ed anche quando i conferimenti dei soci consistano, al limite, nella sola assunzione da parte loro della responsabilità patrimoniale illimitata per le obbligazioni sociali - debbano chiedere l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese con funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità-notizia (che per quelle esercenti attività agricola ha addirittura funzione di pubblicità legale ex art. 1, co. 2, d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228): iscrizione per la quale, come detto, il prefato art. 18, co. 7, del d.p.r. n. 581/1995, rinviando al precedente art. 11, dispone che la relativa richiesta

debba essere corredata da copia originale dell'atto con le sottoscrizioni autenticate - o da copia autentica del medesimo, se depositato negli atti di un notaio - ovvero, in caso di contratto verbale, che la domanda di iscrizione sia sottoscritta da tutti i soci (*ivi*, art. 18, co. 6). Di conseguenza, a prescindere dal disposto dell'art. 2251, ben si comprende perché anche i contratti di società semplice, indipendentemente dalla natura dei conferimenti, vengano usualmente perfezionati in forma di scrittura privata a firme autenticate; sebbene valga ripetere anche per le società di questo tipo quanto già riferito per le altre società di persone - quelle commerciali - e cioè che nulla osti alla loro costituzione addirittura in forma di atto pubblico, qualora i loro soci lo preferiscano.

Secondo le regole generali in tema di contratti, *le modifiche del contratto sociale* - altresì detto, per le società ad autonomia patrimoniale più evoluta di quella della società semplice, atto costitutivo - *devono essere apportate nella stessa forma* in cui sia stato formato il contratto originario.

#### **14 Società occulte o di fatto, palesi con soci occulti, apparenti, occasionali**

Possono inoltre sussistere società relativamente alle quali il contratto sociale non venga esteriorizzato: si tratta delle c.d. *società occulte o di fatto*, la dimostrazione della cui esistenza suole essere affidata alla concorrenza di tre fattori concomitanti quali: a) l'apporto, da parte dei soci, di capitali - pecuniari o in natura - o di altre utilità suscettibili di valutazione economica; b) la partecipazione ai profitti dell'attività svolta in comune; c) *l'affectio societatis*, consistente nel comportamento concludente dei soci di agire come tali - *uti socii*, appunto - cioè essenzialmente, in concreto, di partecipare al finanziamento dell'attività, all'assunzione delle decisioni imprenditoriali, all'attività gestoria nei confronti di clienti, fornitori, banche ed altri soggetti con cui occorra entrare in contatto per il compimento degli affari, mossi dall'intento della divisione degli utili o della fruizione di altri eventuali benefici derivanti da tale attività. Anche le società occulte o di fatto *condividono la medesima disciplina delle società irregolari* - da cui peraltro divergono - essenzialmente mutuata da quella della società semplice, segnatamente sotto il profilo della responsabilità patrimoniale dei soci, con l'unica eccezione, deteriore per costoro, di non poter mai rendere opponibili ai terzi eventuali patti limitativi della responsabilità di taluno di essi.

Una variazione sul tema della società occulta è rappresentata dalla *società palese con soci occulti*: società, dunque, di cui esiste un contratto in base al quale essa assume un determinato modello organizzativo (tipo), che può anche risultare regolarmente iscritta nel registro delle imprese, la cui effettiva compagine sociale è tuttavia più estesa di quella risultan-

te dal contratto stesso o da sue successive modificazioni. Si tratta cioè di società aventi, in aggiunta rispetto ai soci dichiarati, degli altri soci non esteriorizzati, la cui presenza è rilevabile mediante la ricognizione di quegli stessi tre elementi, testé riferiti, che concorrono ad individuare i soci della società occulta. Il *socio occulto* di società palese – qualunque ne sia il tipo – risponde sempre illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni sociali; e resta esposto nei confronti dei suoi creditori particolari allo stesso modo di un socio di società semplice, con l'unica differenza *in peius* di non poter opporre ai terzi eventuali patti limitativi di responsabilità convenuti in proprio favore, neppure se portati a conoscenza dei terzi con mezzi idonei.

Diametralmente opposta è la figura della *società apparente*, attraverso la quale, nella massima parte dei casi, un imprenditore individuale – che tale resta nella sostanza – cerca di evitare di dover rispondere con tutto il suo patrimonio in caso di dissesto della sua impresa. Una volta che si dovesse riuscire a dimostrare che la società è un soggetto meramente apparente (in inglese *dummy company*, o società simulata, o società-schermo) mirato ad alleviare surrettiziamente il regime di responsabilità dell'effettivo soggetto economico dell'impresa – *ex art. 2740, co. 1* – il patrimonio sociale risponderebbe per le obbligazioni contratte nei confronti dei terzi secondo le regole del tipo (ovvero, qualora il contratto sociale non venga per qualsiasi motivo esteriorizzato o sottoposto a pubblicità legale, secondo la disciplina delle società irregolari o di fatto); mentre sia colui che ne è l'effettivo ed unico *dominus* sia coloro che hanno agito in modo da ingenerare nei terzi di buona fede il ragionevole affidamento di essere soci di una società, ancorché inesistente, verrebbero ad assumere nei confronti di quanti abbiano conseguito dei crediti nell'ambito dell'esercizio degli affari gestiti dall'ente (apparentemente) sociale una responsabilità illimitata e solidale con il patrimonio a questo imputabile e tra loro stessi. Peraltro questa figura, non infrequente in passato, è ora superata dal mantenimento della responsabilità limitata dell'unico socio delle società di capitali (s.p.a. e s.r.l.) unipersonali, tale divenuto fin dalla costituzione od anche successivamente, alla duplice condizione dell'ottemperanza al regime di pubblicità legale specificamente previsto e dell'integrale versamento del capitale sociale sottoscritto (artt. 2325, co. 2, e 2462, co. 2).

Come è stato in precedenza riferito, l'attività indicata nell'oggetto sociale può impingere in un unico settore merceologico (ad es. l'industria farmaceutica) o in più settori, come pure può consistere in un unico affare (ad es., la costruzione di una sola casa per la vendita degli appartamenti di cui consta): si sarà, in questo secondo caso, in presenza di una *societas unius negotii*, per la quale il compimento dell'affare comporterà il conseguimento dell'oggetto sociale, causa di scioglimento della società stessa.

Una corrente dottrinale<sup>23</sup> ha revocato in dubbio che possa riconoscersi la natura di società a quelle costituite per il compimento di un solo atto, dette anche *società occasionali*. Ciò tuttavia non può ravvisarsi con riguardo a quelle società mirate al compimento di un unico affare per il cui perseguimento occorra compiere una pluralità di atti, cioè appunto un'attività, che per la precisione deve essere "economica" nel senso dianzi precisato.

23 G. FERRI, ora nel *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2016, p. 178 s.

# La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale

Mariella Lamicela  
(Ricercatrice confermata di Diritto privato  
nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

**Abstract** The article examines the case-law processed by different degree courts denying legal significance to many investment contracts, as the interests those relative agreements should satisfy are considered unworthy of legal protection. The script highlights the limits of this case-law approach and proposes alternative legal solutions to prevent legal force to investments contracts of the same kind of those examined by the case-law treated.

**Sommario** 1. Le sollecitazioni della giurisprudenza di merito e di legittimità. – 2. L'atipicità dei contratti di investimento *For you e My way* e l'autonomia del giudizio di meritevolezza. – 3. I parametri di accertamento della meritevolezza di tutela giuridica degli interessi perseguiti mediante il contratto atipico. Osservazioni critiche. – 4. La funzione normativa del giudizio di meritevolezza: la causa dello scambio nella negoziazione di strumenti finanziari derivati e nelle complesse operazioni negoziali *For you e My way*. – 5. Conclusioni.

**Keywords** Contratto. Causa. Invalidità.

## 1 Le sollecitazioni della giurisprudenza di merito e di legittimità

Si è da qualche tempo affermato un nuovo indirizzo giurisprudenziale rivolto ad una decisa rivalutazione del giudizio di meritevolezza degli interessi che le parti intendono realizzare mediante la conclusione di contratti non riconducibili ad alcuno degli schemi negoziali nominati e disciplinati dal Codice Civile<sup>1</sup>. L'ambito sul quale maggiormente si è concentrata l'attenzione

<sup>1</sup> Alle recenti pronunce di legittimità relative all'immeritevolezza degli interessi perseguiti mediante la stipula di contratti atipici denominati *For you e My way*, cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19559; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950; Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3949, si aggiungono diverse sentenze di merito, cfr. Trib. Brindisi, Sez. Fall. 21 maggio 2005, 8 luglio 2008, 4 giugno 2009; Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giur. It.*, 2008, p. 134 ss., con nota di G. LIACE; Trib. Cagliari, 8 gennaio 2014, reperibili anche in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè.

ne delle Corti è quello rappresentato dai contratti rivolti alla prestazione di servizi di investimento, in relazione ai quali negli ultimi decenni, come è noto, l'autonomia privata ha dato prova di illimitata capacità creativa.

A dispetto dunque di quanti, numerosi e autorevoli, hanno con vari argomenti sostenuto la sostanziale irrilevanza normativa dell'art. 1322, co. 2, c.c.<sup>2</sup>, tale disposizione torna prepotentemente alla ribalta, in controtendenza anche rispetto all'orientamento giurisprudenziale prevalente in passato, il quale, disapplicandone i contenuti o, alternativamente, sostenendo la loro coincidenza con quelli disposti dall'art. 1343 c.c. in relazione al giudizio di liceità della causa contrattuale, ha a lungo avallato l'idea di una sua irrimediabile marginalità all'interno dell'ordinamento civilistico repubblicano<sup>3</sup>.

Il ricorso all'applicazione dell'art. 1322, co. 2, c.c. da parte delle tante pronunce di merito e di legittimità che hanno dato vita a tale nuovo indirizzo sembra dunque smentire in modo netto l'opinione della sua sostanziale inutilità o addirittura dell'opportunità di una sua formale abrogazione<sup>4</sup>. La necessità, ripetutamente invocata, di sottoporre l'accordo tra le parti, ove esso non corrisponda ad alcuno degli schemi contrattuali tipici disciplinati dal Codice Civile, alla verifica della ricorrenza delle "potenzialità" formali utili a riconoscerne la rilevanza giuridica, avvalora piuttosto l'idea che il giudizio di meritevolezza sugli interessi da realizzare mediante la conclusione di un contratto innominato assolvga una funzione di indispensabile filtro contro un accesso indiscriminato degli atti di volontà dei privati all'apparato di tutele apprestate dall'ordinamento giuridico nei confronti

2 Cfr. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 29 (nt. 1); G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1954, p. 203 ss.; G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.* 1971, II, p. 81 ss.; Id., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.* 1979, I, p. 1 ss.; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, (voce) in *Digesto delle disc. priv.*, Sez. Civ., XI, Torino, 1994, p. 332; Id., *Mertevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 799 ss.; V. ROPPO, *Il Contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di P. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, pp. 424-425; M. GAZZARRA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 55 ss.

3 Hanno evidenziato nel tempo l'esiguità del numero delle pronunce espressamente rivolte ad accertare la meritevolezza degli interessi negoziali ex art. 1322, co. 2, c.c., oltre che la frequente assimilazione del giudizio di meritevolezza a quello di liceità ex art. 1343 c.c., tra i tanti, F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, pp. 55-56; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, *op. cit.*, p. 329 ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e Impr.* 1987, p. 423 ss.

4 È noto che all'indomani del crollo del regime fascista, il d.l. lgt. 14 settembre 1944, n. 287 dispose l'abrogazione, nell'ambito del Codice Civile, di una serie di norme palesemente connotate dall'ideologia fascista, senza che tuttavia tra codeste vi fosse l'art. 1322, co. 2, c.c., benché il significato inizialmente attribuito a tale norma ed espressamente condiviso dalla Relazione ministeriale al Codice Civile fosse ampiamente evocativo dell'ideologia fascista. Cfr. A. GUARNIERI, *op. ult. cit.*, p. 325 ss. Sull'inutilità di una eventuale abrogazione dell'art. 1322, co. 2, c.c., cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 61.

delle più varie espressioni dell'autonomia negoziale<sup>5</sup>, godendo altresì di un'irriducibile autonomia rispetto al giudizio di liceità, tanto più lampante quanto più lo schema negoziale atipico risulti all'evidenza scervo da profili di contrarietà a norme imperative o ai principi dell'ordine pubblico e del buon costume<sup>6</sup>.

Un'attenta analisi degli argomenti cui prima i giudici di merito e poi anche i giudici di legittimità hanno fatto ricorso per sostenere la fondatezza delle loro decisioni mostra tuttavia non poche debolezze e ambiguità, sia con riferimento ai contenuti sostanziali di alcuni parametri prescelti al fine di accertare che gli interessi perseguiti dalle parti contraenti siano meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, sia, più in generale, rispetto alla distinzione, spesso tutt'altro che rigorosa, tra i parametri cui fare ricorso per procedere alla valutazione *ex art.* 1322, co. 2, c.c. e quelli che invece dovrebbero essere azionati per verificare la liceità di un atto di autonomia privata. Debolezze e ambiguità che agevolmente potrebbero incoraggiare i fautori di una piena e incondizionata libertà espressiva dell'autonomia privata a denunciare che l'unico risultato realizzato perseguito attraverso la rivalutazione normativa dell'art. 1322, co. 2, c.c. ad opera della giurisprudenza sia quello da sempre paventato di accreditare la legittimità di ingerenze eteronome sulla conformazione

5 Obbligato in proposito il rinvio alle riflessioni del più convinto assertore di tale funzione E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 172 ss.

6 Tra i primi a sostenere l'autonomia del giudizio di meritevolezza degli interessi *ex art.* 1322, co. 2, c.c. rispetto al giudizio di liceità della causa *ex art.* 1343 c.c., cfr. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 220 ss. Gli argomenti sostenuti in dottrina a favore della diversità funzionale degli accertamenti da condurre sul profilo causale del contratto, rispettivamente *ex art.* 1322, co. 2, c.c. ed *ex art.* 1343 c.c., non sono affatto coincidenti. A quanti hanno esaltato la funzione responsabilizzante assolta dal controllo di meritevolezza degli interessi negozialmente perseguiti nei confronti dei soggetti contraenti, chiamati per questa via alla «solidarietà al sistema economico» intesa come «tributo individuale agli "interessi generali della produzione"», cfr. F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 171; o hanno ritenuto opportuno valorizzare il concetto di «utilità sociale» disposto dall'art. 41, co. 2, Cost. quale parametro di riferimento per valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante la stipula del contratto, cfr. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano 1975, p. 92 ss.; si sono contrapposti coloro i quali hanno attribuito indubbia rilevanza e autonomia normativa all'art. 1322, co. 2, c.c., ma al contempo hanno suggerito l'adozione di criteri decisamente più formali per procedere allo stesso giudizio. Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 52 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. di Dir. Civ. e Comm.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2002, p. 101 ss.; M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 430 ss.; G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e illiceità del contratto atipico*, in *Contr. e Impr.*, 2004, p. 545 ss. Più recente ma, come si vedrà, dotato di crescente credito in giurisprudenza, è l'indirizzo dottrinario che invece fa coincidere il giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322, co. 2, c.c. con la verifica della congruità del rapporto tra prestazione e controprestazione negoziale. Cfr. R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 145 ss.; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e Impr.*, 1985, p. 309 ss.; Id., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali: corso di diritto civile*, Padova, 2003, p. 224 ss.

causale dei contratti<sup>7</sup>, oggi con specifico riferimento ai contratti di investimento finanziario<sup>8</sup>, domani nei confronti di qualsiasi altro atto negoziale non tipizzato posto in essere dall'autonomia privata.

Può essere utile, allora, soffermarsi brevemente sull'analisi dei più rilevanti passaggi argomentativi proposti dai giudici in alcune delle pronunce citate, per evidenziarne le incertezze e verificare se, al di là delle censure formulabili rispetto ai contenuti di questo o quel *decisum*, esistano comunque o siano piuttosto da escludere senza appello margini formali per sostenere, nel caso di contratti innominati, la necessità funzionale di un duplice controllo normativo degli atti di autonomia privata: il primo finalizzato ad accertare che il relativo atto sia potenzialmente degno di accedere alla dimensione del giuridicamente rilevante, il secondo rivolto invece ad escludere che lo stesso atto sia concretamente diretto a realizzare finalità contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

## 2 L'atipicità dei contratti di investimento *For you e My way* e l'autonomia del giudizio di meritevolezza

In tutte le più recenti decisioni di legittimità formulate in relazione alla rilevanza giuridica dei contratti di investimento finanziario denominati *For you e My way* ex art. 1322, co. 2, c.c. si prendono le mosse dal condivisibile presupposto che tale tipologia di accordi<sup>9</sup>, al di là di qualsivoglia sterile formalismo, rappresenti un'operazione negoziale unitaria articolata in un complesso di scambi tra loro indissolubilmente connessi<sup>10</sup>. La conclusione

7 Cfr. G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, cit., p. 88 ss.

8 Sui contenuti caratterizzanti tale tipologia contrattuale e sulla centralità della nozione di "strumento finanziario" ex artt. 1, co. 2 e 5 e 21 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, testo unico dell'intermediazione finanziaria (di seguito t.u.f.), al fine di qualificare come "tipico" o al contrario come "atipico" il contratto concluso tra un investitore ed un intermediario in vista della realizzazione di un investimento finanziario, Cfr. G. LA ROCCA, *Lo «strumento finanziario» in Cassazione*, nota a Cass., 3 febbraio 2012, n. 1584, in *Foro It.*, 2012, c. 2430 ss.

9 Le denominazioni attribuite alle relative proposte di investimento finanziario sono invero le più fantasiose e non si esauriscono in quelle, decisamente più frequenti, enunciate nel testo. In Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, si assume ad esempio come del tutto simile il contratto denominato "Visione Europa", oggetto della decisione sottoposta al giudizio di legittimità di Cass., 03 aprile 2014, n. 7776.

10 Secondo Cass., 10 novembre 2015, n. 22950 ricorrerebbe «non, quindi, un mero collegamento negoziale, perché le singole operazioni previste per raggiungere lo scopo finale dell'investimento non hanno alcuna autonomia concettuale, giuridica o pratica, ciascuna di esse richiedendo, per mantenere la struttura e la funzione dell'insieme, la contestuale stipula delle altre». Nello stesso senso, cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19559; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900. Ma si vedano anche in precedenza Cass., 03 febbraio 2012, n. 1584 e Cass., 03 aprile 2014, n. 7776. Sulla distinzione praticata in giurisprudenza tra "contratti collegati", "contratti misti" e "contratti complessi", cfr. Cass., 22 marzo 2013, n. 7255. In

di siffatti contratti comporta infatti un particolare intreccio di interessi in virtù del quale l'erogazione di un mutuo da parte della banca risulta vincolato all'acquisto, da parte della stessa banca e su mandato del mutuatario, di prodotti finanziari emessi dall'istituto finanziatore, sui quali viene altresì costituito un diritto di pegno a garanzia della piena restituzione della somma mutuata e del pagamento dei relativi interessi da parte del cliente/investitore, il quale, dal canto suo, dovrebbe trarre vantaggio dallo scarto atteso tra l'ammontare dell'onere finanziario previsto a suo carico ed il rendimento dei prodotti finanziari acquistati mediante l'impiego del denaro oggetto del mutuo. Sicché, mentre la chiara finalizzazione del complesso programma negoziale alla realizzazione di un investimento finanziario consente di escludere che l'operazione appena descritta possa rientrare nella fattispecie del semplice "servizio accessorio" ex art. 1, co. 6, lett. c), t.u.f.<sup>11</sup>, la rilevata irriducibile interdipendenza delle singole operazioni di scambio previste conduce al riconoscimento della ricorrenza di un contratto atipico, rispetto al quale si rende necessario procedere al giudizio di meritevolezza disposto dall'art. 1322, co. 2, c.c., senza nulla concedere all'ipotesi che il trattamento normativo dello stesso regolamento contrattuale possa invece ricavarsi dalla meccanica scomposizione dei suoi contenuti in una pluralità di operazioni di scambio tipiche, come tali da considerarsi già riconosciute meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico<sup>12</sup>.

dottrina, cfr. R. CLARIZIA, *Contratti innominati*, (voce), in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, p. 3; C.M. BIANCA, *Il Contratto*, Milano, 2000, p. 478 ss.

**11** L'art. 1, co. 6, lett. c) t.u.f. qualifica come servizio accessorio «la concessione di finanziamenti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a strumenti finanziari, nella quale interviene il soggetto che concede il finanziamento». Nega la sussumibilità del piano finanziario oggetto dei contratti di cui si tratta nella fattispecie disposta dall'art. 1, co. 6, lett. c), t.u.f., Cass., 3 febbraio 2012, n. 1584. Precisa a riguardo che vanno considerati come servizi di investimento solo «le operazioni preordinate all'assunzione da parte del risparmiatore di una specifica decisione di investimento» mentre «un servizio accessorio può comprendere esclusivamente operazioni che, pur attinenti al mercato finanziario, sono prive di una diretta incidenza su decisioni di investimento», G. LA ROCCA, *op. cit.*, c. 2433. Ritiene al contrario che il modello contrattuale rappresentato dal contratto *My way* rientri «senza alcuna difficoltà nella definizione di cui all'art. 1, co. 6, lett. g), t. u. f.», E. SABATELLI, *Validità del prodotto finanziario My Way e tutela dell'investitore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, p. 365.

**12** Cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19559; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900. Spostando così l'attenzione dal profilo della disciplina degli effetti a quello della funzione assoluta dall'atto negoziale, appare sostanzialmente aggirata la nota obiezione secondo la quale, al di là delle declamazioni teoriche, il nostro ordinamento non conoscerebbe la categoria del contratto atipico, essendo dagli interpreti costantemente risolta la questione del trattamento da riservare a regolamenti contrattuali privi di un'espressa menzione da parte dell'ordinamento mediante la loro riconduzione alla disciplina di uno o più schemi tipici. Cfr. R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, II, p. 785 ss. e anche R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da R. Sacco e G. De Nova,

La solidità degli argomenti utilizzati dai giudici di legittimità per riconoscere l'atipicità dei contratti di investimento finanziario *For you e My way* subisce tuttavia una prima incrinatura non appena diviene necessario determinare la funzione normativa del giudizio di meritevolezza e la sua specificità rispetto al controllo di liceità della causa contrattuale. Nei casi in cui il tema è espressamente affrontato, si ritiene, per un verso, che l'accertamento da condurre, piuttosto che interessare «l'area del proibito», alla stregua del giudizio di liceità, sia finalizzato ad escludere la «agiuridicità» ovvero l'irrilevanza giuridica dell'atto di volontà, intesa come assenza «di una ragione giustificativa plausibile del vincolo», utile viceversa quest'ultima a conferire allo stesso atto potenziale dignità giuridica<sup>13</sup>. Quando poi, però, si precisa che la rilevanza giuridica dell'atto negoziale può essere riconosciuta solo in virtù della sua accertata conformità al sistema giuridico vigente e ai suoi valori costituzionali<sup>14</sup>, le ragioni della distinzione tra la

II, Torino, p. 444 ss. La presa di posizione della Corte, d'altronde, si fonda sull'assunto della piena riconducibilità degli schemi contrattuali oggetto d'indagine alla categoria per così dire "aperta" del contratto d'investimento, alla cui disciplina il t.u.f. dedica ampia attenzione, in funzione palesemente protettiva nei confronti dell'investitore. Sul punto cfr. G. VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6/2016, p. 855. Osservazioni critiche sull'opzione interpretativa adottata dalla Suprema Corte a proposito della natura complessa ma unitaria dell'operazione negoziale esaminata sono espresse da E. SABATELLI, *op. cit.*, p. 356 ss. Più in generale, con riguardo alle questioni teoriche relative al rapporto tra la nozione di atipicità contrattuale, la nozione di contratto misto, quella di contratto complesso e infine quella di collegamento negoziale, cfr. G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, p. 38 ss. e p. 158 ss.; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 108 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti*, Torino, 2014, p. 217 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.* 2003, I, p. 93 ss.

**13** Cfr. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950; Cass., 15 febbraio. 2016, n. 2900. Tra quanti da tempo sostengono l'autonomo statuto normativo dell'art. 1322, co. 2, c.c., vi è chi, pur rifuggendo dall'assimilazione del giudizio di meritevolezza alla verifica di una non meglio definita nozione di utilità sociale, ne riconosce l'autonomia funzionale rispetto al controllo di liceità e ne identifica il contenuto nella verifica della «idoneità dell'assetto privato a derogare lo schema della tipicità legale», sia dal punto di vista del rispetto delle regole relative al «procedimento di creazione dello strumento contrattuale», sia dal punto di vista «dell'intenzione giuridicizzante delle parti». Cfr., F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 66 ss. Attribuisce invece al controllo disposto dall'art. 1322, co 2, c.c. sui contratti atipici il compito di accertare che l'atto negoziale «realizzi uno scambio economicamente apprezzabile, assicurando la rispondenza dell'operazione alle regole del mercato», G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e illiceità del contratto atipico*, cit., p. 552. Individua nell'area delle «operazioni di autonomia non proibite e tuttavia non immediatamente coercibili in giudizio», collocabile «tra la bizzarra immagine dei patti che soddisfano interessi insensati e la corposa realtà degli interessi proibiti», l'ambito operativo del controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti mediante la conclusione di contratti atipici, U. BRECCIA, *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 1999, p. 106.

**14** Cfr. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950. In dottrina, ritiene che per effettuare il controllo ex art. 1322, co. 2, c.c., ovvero per rilevare la «attitudine dello schema contrattuale atipico ad assumere, come tale, giuridica rilevanza» si debba procedere «d'obbligo ed in via esclusiva» al raffronto con i principi contenuti nella Carta costituzionale, M. COSTANZA,

valutazione richiesta *ex art.* 1322, co. 2, c.c. e il giudizio di liceità *ex art.* 1343 c.c. sembrano, per altro verso, inesorabilmente svaporare.

Le considerazioni della Suprema Corte non sembrano contrastare con l'efficacia che ci si aspetterebbe i rischi da sempre denunciati come altrettanti deterrenti alla piena e autonoma valorizzazione normativa del giudizio da condurre *ex art.* 1322, co. 2, c.c. anche sotto il profilo della più puntuale determinazione dei parametri da adottare per verificare se gli interessi ispiratori dei contratti di investimento finanziario di cui si tratta siano o meno meritevoli di tutela. Tre sembra siano gli indici più frequentemente richiamati nelle diverse pronunce della Suprema Corte a riguardo. Il primo è quello della censurabilità dell'accordo per lo squilibrio dell'assetto di interessi espresso dal contratto di investimento finanziario di cui si tratta; squilibrio desumibile, secondo le parole della Corte, dal «prepotere della finanziatrice...consistente nella concessione ad essa della facoltà di unilaterale e discrezionale determinazione della composizione dei fondi» e dal conseguente trasferimento a carico della controparte della totalità del «rischio d'impresa» connesso alla stipula del contratto, a fronte dell'accettazione da parte dell'investitore della complessa operazione economica prospettata sulla base della sua presentazione quale prodotto a basso rischio mirato alla realizzazione di finalità previdenziali<sup>15</sup>. Il secondo indice è quello della contrarietà ai precetti costituzionali, con particolare riferimento ai principi ispiratori degli artt. 47 e 38 Cost., la cui lettura congiunta sembrerebbe rivelare la tutela e l'incoraggiamento normativo rispettivamente del risparmio e della previdenza, realizzata anche in forma privata. Qui, come si vedrà più avanti, non pare priva di importanti ricadute la circostanza che l'affermazione di tale contrasto appaia il più delle volte associato al rilievo dello «squilibrio abnorme tra le controprestazioni»<sup>16</sup>, o alla «enorme alterazione dell'equilibrio contrattuale realizzato con il modello contrattuale *For you*»<sup>17</sup>. Infine, il terzo indice, che a primo acchito si mostra come il più rispettoso degli steccati formali entro i quali dovrebbero svolgersi i controlli normativi sulla legittimità degli atti di autonomia privata<sup>18</sup>, si risolve nel rilievo dell'immeritevolezza

*Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 430. La stessa Autrice si esprime però criticamente sui richiami all'art. 1322, co. 2, c.c. contenuti in Cass., 10 novembre 2015, n. 22950 e in Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900. Cfr. M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*, in *Le società*, 6/2016, p. 733.

15 Cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19559.

16 Cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19559.

17 Cfr. Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3949.

18 Cfr. A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto «atipico»*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1989, p. 233 ss.; V. ROPPO, *op. cit.*, p. 365 ss.

per l'assenza di causa, considerata l'inammissibile unilateralità dell'alea che connoterebbe il contratto di investimento atipico di cui si tratta<sup>19</sup>.

### 3 I parametri di accertamento della meritevolezza di tutela giuridica degli interessi perseguiti mediante il contratto atipico. Osservazioni critiche

Nessuno dei tre parametri indicati - l'equilibrio del regolamento contrattuale, la conformità ai principi costituzionali e l'assenza di causa per l'inammissibilità dell'alea unilaterale disposta dal contratto - appare immune da rilievi critici. Cominciando dal primo, occorre ricordare innanzitutto come l'idea che la rivalutazione normativa del giudizio di meritevolezza possa passare per la sua ridefinizione, anche alla luce dei valori della Carta costituzionale, quale indispensabile filtro a garanzia della congruità degli atti di autonomia privata, sia stata sostenuta in dottrina, oltre e prima che in giurisprudenza<sup>20</sup>. La circostanza, tuttavia, non attribuisce maggiore attendibilità alle tesi formulate dai giudici di legittimità con specifico riferimento ai contratti di investimento finanziario *For you e My way*. Non solo in quanto sono da condividere le preoccupazioni da più parti espresse sugli effetti destabilizzanti che l'ammissione di un simile controllo contentutistico dell'esercizio dell'autonomia contrattuale potrebbe sortire, sia sul fronte "microeconomico" dell'affidamento nella certezza giuridica della singola operazione contrattuale<sup>21</sup>, sia sul fronte macroeconomico, rappresentato, nello specifico, dalla stabilità e dall'ordinato sviluppo dei mercati finanziari<sup>22</sup>. Ma anche perché la scelta di utilizzare la proporzionalità tra

19 Cfr. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950. Tale argomento risulta particolarmente ricorrente nella giurisprudenza di merito. Cfr. Trib. Brindisi, 08 luglio 2008; Trib. Brindisi, 04 giugno 2009; Trib. Salerno, 12 aprile 2007; Trib. Cagliari, 08 gennaio 2014.

20 R. LANZILLO, *op. cit.*, (nt. 6); R. ROLLI, *op. cit.*, (nt. 6).

21 Cfr. V. VELLUZZI, «*For you*»: *c'è «spazio» per il contratto immeritevole di tutela?*, in *Contratti*, 10/2006, p. 892.

22 Cfr. A. TUCCI, *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso MyWay, in Banca, borsa tit. cred.*, 3/2015, p. 378. Riferendosi a casi che, come si vedrà, sollevano problematiche per molto aspetti analoghe, osserva puntualmente che «l'insistere sulla *vis* monopolizzante di una nullità che sta fagocitando tutti gli altri rimedi non introduce ad un *quid* sistematicamente neutro o indifferente», soprattutto se si considera «che il problema sollevato dal derivato sconveniente o pregiudizievole non è limitabile alla sorte del singolo contratto ma all'incidenza che il rimedio giudizialmente comminato ha sulla *contrattazione*», S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza della tutela ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Persone e mercato*, 2015, p. 29. Più in generale, contestano l'indirizzo dottrinario che ritiene legittimo procedere, attraverso gli accertamenti richiesti dall'ordinamento in merito alla rilevanza giuridica della causa contrattuale, ad un controllo sulla congruità del rapporto tra controprestazioni dedotte in contratto A. DI MAJO, *La causa negoziale*, (voce), in *Enc. Giur.*, Roma, p. 8; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, *op. cit.*, p. 25

le prestazioni dovute e le aspettative di vantaggio attese dalle parti quale parametro di misurazione della meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. oltre che pericolosa<sup>23</sup>, pare contraddittoria, seppure sottotraccia, i principi di diritto elaborati dalle Sezioni Unite della stessa Corte nel 2007<sup>24</sup>, proprio in relazione al trattamento da riservare alla violazione degli obblighi di condotta negoziale sanciti nei confronti degli intermediari finanziari dal d.lgs. 58/1998 (t.u.f.) e dai Regolamenti Consob che si sono succeduti nel tempo in materia<sup>25</sup>. Sembra cioè che la condivisione del succitato indirizzo interpretativo induca i giudici di legittimità a cedere alla diffusa tentazione, decisamente stigmatizzata dalle Sezioni Unite, di trasformare il problema attinente alla valutazione delle condotte soggettive tenute da una parte contraente, nel problema dell'oggettiva ricorrenza dei requisiti necessari a garantire che, in seguito alla sua stipulazione, il contratto abbia accesso alla dimensione del giuridicamente rilevante. Una conferma in questo senso emerge dall'esame di molti dei casi considerati dalla Suprema Corte, all'esito del quale risulta piuttosto evidente come il dato fattuale in relazione al quale sono sorte molte delle controversie oggetto delle decisioni sottoposte al giudizio di legittimità, sia stato più il comportamento poco trasparente se non palesemente decettivo che, secondo le insindacabili ricostruzioni proposte dai giudici del merito, sarebbe stato tenuto dagli istituti di intermediazione finanziaria nella presentazione della complessa operazione di investimento oggetto dei contratti del tipo *For you* o *May way*, che non l'oggettiva conformazione dell'assetto di interessi divisato dalle parti.

Si potrebbe obiettare che in molti dei giudizi di legittimità pronunciati dalla Corte di Cassazione e presi in considerazione in questa sede tale cedimento risulti formalmente condizionato dai motivi dei ricorsi, ovvero

ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, op. cit., p. 431; A. GENTILI, op. cit., p. 234; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 19; M. BARCELLONA, *Della causa - Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, p. 392 ss.

23 Per una più articolata riflessione sulle ragioni che dovrebbero indurre ad escludere che il giudizio di meritevolezza richieda una valutazione sull'equilibrio contrattuale tra controprestazioni, si consentito il rinvio a M. LAMICELA, *Difetto di corrispettività e causa del contratto: le ragioni di una distinzione necessaria*, in *Jus Civile*, 5/2016, p. 341 ss.

24 Cfr. Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725. A riguardo, tra gli innumerevoli commenti, cfr. A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 4/2008, p. 393 ss.; D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, p. 403 ss.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 1/2008, p. 1 ss.

25 Cfr. Regolamento Intermediari, adottato dalla Consob con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007, sostitutivo del precedente Regolamento di attuazione del d.lgs. 58/1998, adottato dalla Consob con delibera n. 11522 del 1 luglio 1998.

dall'impossibilità, per evidenti ragioni procedurali, di percorrere la via alternativa - nei casi in specie certamente più appropriata - del riconoscimento dell'invalidità per dolo determinante<sup>26</sup>. La necessità di superare simili strettoie formali avrebbe allora imposto di anteporre all'azionamento dei rimedi sanzionatori che le Sezioni Unite affermano debbano seguire all'accertamento di condotte degli intermediari non conformi alle norme di settore, la verifica della meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. dell'assetto atipico di interessi diviso dalle parti. La forzatura normativa che ne discende, tuttavia, non solo sembra avere come effetto l'aggiramento di fatto dei *dicta* delle Sezioni Unite, ma appare per di più perpetrata mediante un'interpretazione del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. fortemente evocativo della necessità, già sostenuta in passato, di funzionalizzare l'esercizio dell'autonomia privata alla realizzazione di un'utilità sociale, la cui cifra in questo caso risiederebbe nell'equilibrata determinazione del rapporto tra prestazione e controprestazione negoziale<sup>27</sup>.

A metro dell'accertamento della meritevolezza vengono invocati principi fondamentali quali «la buona fede, la tutela del contraente debole e la parità formale nelle asimmetrie economiche sostanziali», che il legislatore avrebbe sotteso come altrettanti significati inespressi alle disposizioni normative di volta in volta introdotte nell'ordinamento<sup>28</sup>; mentre, più in particolare, a spiegare il mancato riconoscimento di tutela al modello contrattuale esaminato viene ripetutamente evocata la sua contrarietà agli artt. 38 e 47 Cost<sup>29</sup>.

26 Svolge considerazioni analoghe a proposito dell'altrettanto recente indirizzo giurisprudenziale rivolto a dichiarare la nullità di contratti di investimento finanziario in derivati per difetto di causa in concreto, S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 26. Ma sul punto si rinvia anche alle considerazioni di M. BARCELLONA, *op. cit.*, pp. 496-497; G. VERSACE, *op. cit.*, p. 857.

27 Rinviene all'interno del nostro ordinamento la presenza di un principio di proporzionalità che ben potrebbe ispirare il giudizio di meritevolezza ex art. 1322, 2 co., c.c. cui sottoporre gli atti dell'autonomia privata, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss. Obietta tuttavia che la dimostrazione dell'esistenza di un simile principio «non appare fondato su solide basi di diritto positivo», A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 235, nt. 286.

28 Cfr. Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, che in proposito si rifà a Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26642.

29 Invero il riferimento agli artt. 38 e 47 Cost. potrebbe anche evocare la ricorrenza di una «nullità virtuale di protezione ex art. 1418, 1° comma c.c.», attraverso la quale verrebbe sancita la coincidenza della finalità di protezione del singolo investitore con la tutela della correttezza quale regola indefettibile del mercato. Interessanti spunti a riguardo in S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 30. L'*iter* argomentativo seguito dai giudici di legittimità, tuttavia, forse nel tentativo di continuare a non smentire platealmente i principi di diritto formulati dalle Sezioni Unite nel 2007, sembra collegare la violazione dei precetti costituzionali ricavabili dagli artt. 38 e 47 Cost. più all'oggettivo squilibrio tra le prestazioni che connoterebbe la causa concreta del contratto, che non al mancato rispetto degli obblighi di comportamento sanciti dalla legge nei riguardi degli intermediari finanziari. Nella giurisprudenza di meri-

Ma, se, per un verso, proprio la vaghezza dei contenuti attribuibili ai principi fondamentali che si ritiene ispirino l'attività legislativa viene spesso additata come volano della piena discrezionalità del giudice nell'esercizio del controllo sugli atti di autonomia privata richiestogli dall'ordinamento<sup>30</sup>, per altro verso, il riferimento alla violazione di precetti costituzionali, condivisibile o meno che sia, sospinge inesorabilmente il giudizio di meritevolezza verso quello di liceità, connotandolo peraltro con contenuti a quest'ultimo tradizionalmente estranei. Anche il secondo indice solitamente richiamato al fine di negare che gli interessi alla cui realizzazione sia diretto il contratto di investimento finanziario *For you o My way*, ovvero la contrarietà a norme e principi di rango costituzionale, mostra dunque non poche debolezze, sia in relazione alla strutturale vaghezza dei suoi contenuti, a maggior ragione se associati al perseguimento di un non meglio definito ideale di "giustizia" contrattuale, sia con riferimento alla idoneità del suo utilizzo al fine di distinguere il giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, da quello di liceità ex art. 1343 c.c.

Rimane da valutare la consistenza dell'ultimo indice di accertamento dell'immeritevolezza degli interessi negoziali perseguiti dalle parti cui l'orientamento giurisprudenziale che si analizza mostra di fare frequentemente richiamo, cioè quello relativo alla verifica dell'effettiva ricorrenza del requisito essenziale della causa, intesa quale causa concreta del contratto, ovvero «scopo pratico del negozio, sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato»<sup>31</sup>. Il ricorso a tale indice ha spesso condotto a constatare l'immeritevolezza dei contratti denominati *For you o My way*, in ragione della strutturale incompatibilità rilevata tra il carattere unilaterale dell'alea che essi disporrebbero a carico del solo investitore e la necessaria bilateralità dell'incertezza circa l'*an* e il *quantum* dei vantaggi ricavabili dall'esecuzione del contratto, che invece dovrebbe tipicamente connotare la causa di un contratto aleatorio<sup>32</sup>.

to, attribuisce agli obblighi di condotta disposti a carico dell'intermediario dalla disciplina speciale dei contratti di intermediazione finanziaria, oltre che una funzione protettiva rispetto alla libera e consapevole formazione della volontà dell'investitore, anche un «ruolo attivo di conformazione del rapporto», definendo così «un modello ottimale ed efficiente di scambio di mercato», Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *Danno e Resp.*, 2/2006, p. 182 ss., con nota di G. LIACE, p. 189 ss.

30 Cfr. L. MENGONI, *op. cit.*, p. 5; U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 199; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2015, p. 14 ss.

31 Cfr. Cass., 08 maggio 2006, n. 10490; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941. In dottrina, sulla nozione di causa concreta, per tutti, cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 452 ss.

32 Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Salerno, 12 aprile 2007; Trib. Brindisi, 04 giugno 2009; Trib. Cagliari, 08 gennaio 2014. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass.,

A riguardo, si può innanzitutto osservare, che, sul piano formale, l'assenza di causa prodotta dalla riscontrata incoerenza tra l'unilateralità dell'alea ed i connotati strutturali del contratto aleatorio potrebbe deporre anche a favore di un'ipotesi di nullità per mancanza di uno dei requisiti essenziali del contratto *ex art. 1418, co. 2, c.c.* Si può altresì ricordare che quanti hanno autorevolmente identificato il giudizio da condurre *ex art. 1322, co. 2, c.c.* nell'accertamento dell'effettiva ricorrenza del requisito causale, ovvero della concreta idoneità dell'assetto di interessi diviso dalle parti a realizzare la funzione oggettivamente attribuibile all'atto negoziale<sup>33</sup>, hanno comunque mostrato di propendere per un deciso ridimensionamento della reale autonomia di tale giudizio da quello di liceità della causa, da condurre *ex art. 1343 c.c.* In ossequio all'asserita impossibilità di distinguere la dimensione della rilevanza giuridica da quella della liceità di un atto negoziale atipico, infatti, la valutazione di meritevolezza che, secondo tale indirizzo dottrinale, si ritiene debba interessare i contratti atipici si risolve nella verifica della "interna congruenza" tra lo scopo che oggettivamente il contratto mostra di voler realizzare e le norme che l'ordinamento, attraverso la disciplina dei contratti tipici rivolti alla realizzazione di analoghe finalità, richiede siano inderogabilmente rispettate<sup>34</sup>. Sicché, per quanto si sostenga correttamente che l'eventuale rilievo di una incongruenza del tipo sopra segnalata integri l'ipotesi dell'assenza di causa piuttosto che quella della causa illecita, tale difetto sembra decisamente assuma i tratti di una particolare articolazione della contrarietà a norme imperative<sup>35</sup>.

Ai rilievi circa gli effetti che il parametro dell'assenza o, se si vuole, dell'insensatezza della causa sortirebbe sulla valorizzazione dell'autonomia dell'accertamento disposto dall'*art. 1322, co. 2, c.c.* sugli atti di autonomia privata, possono poi aggiungersene altri, più di merito, in ordine alla stigmatizzazione della pretesa unilateralità dell'alea contrattuale. Non si vuole con ciò contestare la tesi dell'essenziale bilateralità dell'alea nei con-

10 novembre 2015, n. 22950; *contra*, cfr. Cass., 25 novembre 2002, n. 16568; Cass., 22 luglio 2015, n. 15370. Tratto comune caratterizzante tutte le figure tipiche di contratti aleatori sarebbe che «è l'alea che rende *ab initio* «incerte» le posizioni dei contraenti, quanto alle loro previsioni di lucro o di danno, ed è lo scioglimento di essa che determina l'incidenza soggettiva del vantaggio o del danno». Cfr. R. NICCOLÒ, *Alea*, (voce), in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 1031.

33 In questo senso, cfr. A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto «atipico»*, cit., pp. 234-235.

34 A. Gentili, *op. ult. cit.*, p. 240.

35 La questione dell'accertamento della meritevolezza degli interessi perseguiti mediante il contratto atipico è emblematicamente risolta nella seguente alternativa: "o il contratto atipico contrasta con qualche norma imperativa riferibile al pezzo corrispondente di contratto tipico o, è necessariamente valido, non potendo il giudice concedergli o negargli tutela in base a propri parametri di opportunità". Cfr. Gentili, *op. ult. cit.*, p. 241.

tratti la cui causa sia strutturalmente connotata da tale elemento di incertezza<sup>36</sup>. Piuttosto, si ritiene di dover revocare in dubbio la correttezza dello stesso richiamo all'aleatorietà nella qualificazione del complesso modello contrattuale oggetto delle pronunce esaminate<sup>37</sup>. I contratti denominati *For you* o *My way*, come è connotato a qualsiasi altro contratto di investimento finanziario<sup>38</sup>, presentano senz'altro profili di notevole incertezza in ordine al vantaggio concretamente conseguibile da parte dell'investitore<sup>39</sup>, ma siffatta incertezza, lungi dal caratterizzare l'*an* o il *quantum* di una delle prestazioni dedotte in contratto, incidendo per questa via sulla conformazione del loro sinallagma, sembra configurarsi come un semplice rischio economico più o meno consapevolmente accettato dall'investitore al momento del perfezionamento del vincolo negoziale. Il rischio di uno scarto negativo tra quanto dovuto e quanto atteso dal contraente investitore, dunque, dovrebbe intendersi più come la rappresentazione plastica dell'alea normale del contratto, che non come l'indice della sua aleatorietà<sup>40</sup>. Sembra in altri termini che si scambi l'indubbia sproporzione tra l'entità del rischio economico negozialmente assunto dall'una e dall'altra parte contraente per l'unilateralità, che si pretenderebbe giuridicamente rilevante, del rischio posto dal complesso regolamento contrattuale a carico dell'investitore, attribuendo così al dato dell'aleatorietà un significato del tutto atecnico<sup>41</sup>. Che la categoria dell'aleatorietà sia richiamata in modo piuttosto pretestuoso, d'altronde, emerge anche dalla circostanza per la quale tutte le volte in cui risulti necessario chiarire la natura e la consistenza del suddetto rischio, più che ad una incertezza strutturale sulla venuta ad esistenza della prestazione attesa e sulle sue dimensioni, si faccia costantemente riferimento al dato, invero certo sin dal momento del perfezionamento dell'accordo, dello squilibrio tra prestazione e controprestazione<sup>42</sup>.

36 Tale tesi è invero ampiamente condivisa. Cfr. R. NICCOLÒ, *op. cit.*, p. 1031. Più di recente, cfr. U. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003, p. 155 ss.

37 Esprimono analoghe perplessità sul punto M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 733; E. SABATELLI, *op. cit.*, p. 363; G. VERSACE, *op. cit.*, p. 857; V. VELLUZZI, *op. cit.*, p. 892.

38 In questi termini si esprime Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900.

39 Tale tipologia di contratti è anche ricondotta alla categoria dei «negozi ad alea normale illimitata». Cfr. G. DI GIANDOMENICO, *il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 302 ss.; E. SABATELLI, *op. cit.*, p. 364.

40 Puntuali considerazioni sulla distinzione tra i concetti di rischio economico e di rischio giuridico o alea negoziale in G. DI GIANDOMENICO, *op. cit.*, p. 293 ss.; G. CAPALDO, *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 296 ss.

41 Sul punto, illuminante già R. NICCOLÒ, *op. cit.*, p. 1029.

42 Non a caso Trib. Torino, 08 maggio 2009, seppure seguendo un indirizzo minoritario, riconosce la meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. di un contratto *My way*, sottolineando

Il percorso argomentativo seguito in molte delle pronunce di merito e di legittimità finora considerate rivela così la sua totale circolarità, mostrando di ruotare intorno ad un unico perno, che, al di là dei frettolosi richiami ai precetti costituzionali o ai rilievi circa l'assenza di una causa in concreto, coincide con l'idea della congruità dello scambio quale parametro prioritario di accertamento della meritevolezza degli interessi dedotti in contratto.

#### **4 La funzione normativa del giudizio di meritevolezza: la causa dello scambio nella negoziazione di strumenti finanziari derivati e nelle complesse operazioni negoziali *For you e My way***

Si è riconosciuto che nella stragrande maggioranza dei casi la dichiarazione di immeritevolezza *ex art.* 1322, co. 2, c.c. dei contratti di investimento finanziario denominati *For you* o *My way* sia stata imposta da ragioni procedurali, ovvero, quasi per paradosso, dalla necessità "sostanziale" di evitare che valutazioni condotte su un piano rigorosamente formale producessero l'effetto di esporre una molteplicità di risparmiatori al rischio di rimanere privi di adeguate tutele contro le condotte negoziali sin troppo superficiali, se non palesemente ingannevoli, degli intermediari con i quali avevano contrattato avventate operazioni di investimento finanziario<sup>43</sup>. Poiché tuttavia si è anche ritenuto piuttosto azzardato l'indirizzo giurisprudenziale consolidatosi per questa via, pare utile soffermarsi brevemente non più tanto sui limiti dell'argomentare giudiziale, quanto sulla funzione e sulle conseguenti potenzialità normative del giudizio cui l'art. 1322, co. 2, c.c. richiede di sottoporre le espressioni atipiche dell'autonomia contrattuale.

Come primo passo in questa direzione, si ritiene opportuno provare a sgomberare il campo da alcuni equivoci che a lungo hanno condizionato il dibattito in materia. Uno di questi sembra possa individuarsi nell'idea che

come la relativa valutazione non possa essere fatta *ex post* sulla base del risultato economico concretamente conseguito, ma debba essere condotta *ex ante*, sulla base della struttura negoziale astratta posta in essere dalle parti. Precisa che «la realizzazione e la conservazione dell'equilibrio contrattuale non si pone davvero come un fine primario dell'ordinamento», ancora R. NICCOLÒ, *op. cit.*, p. 1026.

**43** Un'ulteriore conferma in questo senso deriva d'altra parte dalla constatazione che nei casi in cui in sede giudiziale sia stata contestata la nullità di tali contratti per la mancata indicazione negoziale del diritto di recesso dell'investitore *ex art.* 30, co. 7, d.lgs. n. 58/1998 t. u. f. gli interpreti hanno sistematicamente omesso di rilevare l'immeritevolezza della causa, limitandosi a dichiarare l'invalidità testualmente disposta dalla norma del t.u.f. a garanzia di un'accettazione pienamente consapevole del vincolo negoziale da parte dell'investitore. Cfr. Cass., 03 febbraio 2012, n. 1584; Cass., 03 aprile 2014, n. 7776.

l'unico modo per riconoscere un autonomo significato normativo all'art. 1322, co. 2, c.c., senza per questo attribuirvi l'ingombrante funzione di strumento di direzione e controllo degli assetti negoziali divisati dai contraenti nell'esercizio della loro autonomia privata<sup>44</sup>, sia quello di caratterizzare la verifica della rilevanza giuridica dell'atto negoziale, da attuare prima e indipendentemente dall'accertamento della sua liceità, in termini rigorosamente formali, affidandosi a criteri quali il rispetto delle norme procedurali dettate per il riconoscimento di un'efficacia vincolante alle manifestazioni atipiche di volontà negoziale<sup>45</sup> o la congruenza tra la ragione giustificativa del regolamento contrattuale atipico e le indicazioni inderogabili ricavabili dalle norme sui tipi contrattuali rivolti al perseguimento di finalità analoghe<sup>46</sup>. Non solo infatti un simile approccio rischia di disperdere la pretesa specificità funzionale del precetto analizzato, rendendo ardua la distinzione tra accertamento di meritevolezza e accertamento di liceità del contratto. Ma soprattutto esso mostra di disconoscere l'inevitabile funzionalità degli ordinamenti giuridici moderni alla garanzia di un modello di organizzazione dei rapporti economici storicamente dato, in ragione della quale la distinzione tra controllo di meritevolezza e controllo di liceità ben può riflettere l'esigenza di un duplice procedimento selettivo degli accordi tra privati cui riconoscere tutela giuridica. Il primo rivolto ad accertare la coerenza dell'atto di autonomia privata alla logica motrice di quello stesso modello di organizzazione dei rapporti economici, che trova nel mercato la sua massima espressione, mentre il secondo rivolto ad escludere che, dietro quella potenziale coerenza, si celi il concreto perseguimento di finalità contrastanti con le regole che sanciscono le modalità ed i limiti entro i quali ammettere che siano attivate interazioni economiche di tipo mer-

44 È nota a riguardo la diffusa e duratura diffidenza suscitata dall'interpretazione dell'art. 1322, co. 2, c.c. quale strumento di controllo degli atti dell'autonomia privata alla stregua del parametro dell'utilità sociale, proposta da E. BETTI, *op. cit.*, p. 248 ss. e accolta dalla Relazione al Codice. Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, nn. 603 e 613.

45 Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 62 ss.

46 Cfr. A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto «atipico»*, cit., p. 234 ss. Una variante di tale approccio formale all'interpretazione dell'art. 1322, co. 2, c.c. propone di procedere all'accertamento che esso richiede di effettuare sugli atti di autonomia privata verificando che l'interesse concretamente perseguito mediante il contratto atipico corrisponda a finalità comunque considerabili degne di tutela perché assimilabili a quelle ispiratrici degli schemi tipizzati dall'ordinamento giuridico. Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 852. Gli stessi autori, d'altra parte, riconoscono che una simile funzione antielusiva sia in realtà già assolta dall'art. 1344 c.c., ma, a fronte delle difficoltà che interessano l'applicazione di tale ultima disposizione, ritengono comunque apprezzabile «la speditezza che si ottiene attraverso la formula dell'art. 1322, che commina la nullità sulla base della semplice conformità oggettiva tra interesse contrattuale e interesse dequalificato dalla norma», *ivi*, p. 853.

cantile<sup>47</sup>. In questa diversa prospettiva, è comprensibile la resistenza alla prospettiva che gli atti negoziali frutto del libero esercizio dell'autonomia privata, in applicazione dell'art. 1322, co. 2, c.c., subiscano un controllo di "utilità sociale", ove un simile parametro di valutazione si colori di tratti marcatamente illiberali o sia intriso di finalità solidaristiche o comunque, in ragione della sua strutturale vaghezza, affidi la determinazione dei suoi contenuti normativi di volta in volta alla discrezionalità del singolo interprete<sup>48</sup>. Meno comprensibile, viceversa, appare l'astratta diffidenza verso l'idea che il controllo cui sottoporre i contratti atipici integri un giudizio di merito degli interessi che si intendono perseguire mediante la stipula del singolo accordo, ove l'oggetto del relativo accertamento sia rigorosamente limitato alla sostanziale coerenza dell'assetto di interessi negozialmente espresso alla logica della ragione utilitaria sul quale si regge il sistema di composizione e riproduzione dell'ordine sociale rappresentato dal mercato<sup>49</sup>. In questo caso si ritiene infatti che la nozione di utilità sociale cesserebbe di fungere da indistinto veicolo di valori e principi cui attingere da parte dell'interprete in base alle proprie personali convinzioni e inclinazioni, per divenire prezioso strumento di garanzia formale del modello di organizzazione delle relazioni economiche socialmente condiviso.

Perché il giudizio di meritevolezza possa assolvere correttamente tale funzione normativa, tuttavia, occorre procedere ancora a qualche precisazione. Non sembra in particolare utile un ricorso indiscriminato a tale meccanismo normativo di valutazione degli atti di autonomia privata, seppure, soprattutto in un momento di grave precarietà economica come quello che attualmente viviamo, il suo azionamento possa apparire il modo più rapido ed efficace di rispondere a fondamentali esigenze di protezione espresse da una moltitudine di risparmiatori più o meno piccoli coinvolti in operazioni di investimento finanziario ad alto rischio<sup>50</sup>. Al contrario, ciò potrebbe rivelarsi del tutto controproducente, creando un condivisibile senso di smarrimento circa i reali margini entro i quali sia ammissibile e addirittura auspicabile un'interferenza sull'esercizio dell'autonomia privata

47 Cfr. P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 279 ss.

48 Sempre utile in proposito la lettura delle puntuali considerazioni di P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 209 ss. Tra i più lucidi interpreti delle preoccupazioni esposte nel testo, come già rilevato, si veda G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, cit., p. 88 ss.

49 Cfr. M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 153 ss.

50 Per questa ragione, seppure formulata nell'ambito di una riflessione per molti aspetti condivisibile sull'attuale riscoperta della funzione normativa assoluta dall'art. 1322, co. 2, c.c., non pare felice l'osservazione secondo la quale «il rimedio più acconcio è quello che ripristina *prima e meglio* la razionalità negoziale perduta, non quello concettualmente meno grezzo o più sofisticato». Cfr., S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 34.

del tipo di quella integrata dal controllo disposto ex art. 1322, co. 2, c.c.<sup>51</sup>.

A questo proposito, pur non essendo possibile in questa sede entrare nel merito del dibattito circa la rilevanza giuridica da riservare ad un'altra tipologia di contratti di investimento finanziario e cioè quelli nei quali oggetto di negoziazione tra il cliente e l'intermediario siano strumenti finanziari derivati<sup>52</sup>, giova segnalare, all'interno dello stesso dibattito, un orientamento interpretativo che si ritiene senz'altro utile ad una più puntuale delimitazione della funzione normativa attribuibile all'art. 1322, co. 2, c.c.

Secondo tale orientamento, il problema del trattamento giuridico da riservare ai contratti di investimento finanziario in derivati, ove in particolare riguardino derivati c. d. speculativi<sup>53</sup>, andrebbe risolto negando che

51 Sul punto, si rinvia nuovamente alle puntuali considerazioni di N. IRTI, *op. cit.*, p. 11 ss.

52 Il d.lgs. n. 58/98 t.u.f. elenca all'art. 1, co. 2, una molteplicità di strumenti finanziari, tra i quali *futures* e *interest rate swap*, che il successivo co. 3 fa confluire nella categoria degli «strumenti finanziari derivati». Lo stesso testo normativo dispone all'art. 23, co. 5, che «Nell'ambito della prestazione di servizi o attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati (...) non si applica l'art. 1933 del Codice Civile», lasciando però all'interprete il compito di stabilire se da tale disposizione si debba ricavare la natura di scommesse legalmente «autorizzate» dei derivati. In dottrina si precisa che i derivati possono essere finalizzati o alla copertura di un rischio preesistente nella sfera giuridica del contraente che ne fa richiesta o possono invece essere finalizzati alla creazione artificiale di un rischio ed alla contestuale offerta di protezione da quello stesso rischio. In questa prospettiva, i contratti che creano strumenti finanziari derivati sono stati definiti «a causa variabile». Cfr. M. COS-SU, P. SPADA, *Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente - Divagazioni del giurista sul mercato finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 4/2010, p. 410. Individua le caratteristiche funzionali essenziali dei c.d. «derivati» nella circostanza che oggetto del contratto sia la negoziazione di un rischio e la sua conseguente monetizzazione e nell'ulteriore circostanza che il rischio monetizzato possa essere estraneo alla sfera giuridica di entrambi i contraenti, E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in *Swap tra banche e clienti*, a cura di D. Maffei, Milano, 2014, p. 112.

53 Per derivato c.d. speculativo si intende quel tipo di strumento finanziario che appare finalizzato al conseguimento o alla correlativa perdita di attribuzioni patrimoniali in base alla monetizzazione di un rischio cui diversamente le parti sarebbero del tutto indifferenti, non incidendo tale rischio sulla sfera giuridica di alcuna di loro. Si è visto *infra*, nt. 52, che a tale tipologia di derivati si contrappone quella dei derivati c.d. di copertura. Vi è chi ritiene tale distinzione dirimente ai fini della dichiarazione di inidoneità del relativo contratto a produrre effetti giuridicamente vincolanti, in quanto solo nel secondo caso, quantomeno dal punto di vista del giudizio ex art. 1322, co. 2, c.c., rimanendo lo scambio tra bisogno di protezione e servizio di copertura ancorato a dati certi e calcolabili, il contratto potrebbe superare il controllo sulla sua intrinseca rilevanza giuridica. Cfr. E. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 118 ss. Altri, tuttavia, ritengono, al contrario, che tale distinzione non possa in alcun modo condizionare il profilo causale del contratto avente ad oggetto simili strumenti finanziari e di conseguenza l'accertamento circa la loro meritevolezza. Cfr. D. MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, in *Swap tra banche e clienti*, cit., p. 29; R. DI RAIMO, *Come prima e più di prima - (Il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)*, in *Swap tra banche e clienti*, cit., p. 48; M. SEMERARO, *Copertura e speculazione: funzioni e disfunzioni dell'interest rate swap*, in *Riv. dir. banc.*, 10/2013, p. 10 ss.

essi siano meritevoli di tutela giuridica, in quanto più che integrare un'ipotesi di scambio di valori determinati dalla quantificazione del rapporto tra la domanda e l'offerta di mercato del dato servizio di investimento, realizzerebbero uno scambio solo «apparente», ovvero un'attribuzione di ricchezza «irrazionale», perché determinata nel suo valore da «meri umori speculativi», stante l'inesistenza di un nesso tra il bisogno, in sé assente del bene, e l'offerta, in sé illimitata, dello stesso<sup>54</sup>.

Sembra, dunque, che il criterio adottato per considerare un interesse negoziale meritevole o meno di tutela sia rappresentato proprio dal rinvio alla razionalità mercantile ovvero alla logica utilitaristica, che storicamente ha animato e continua ad animare le dinamiche di mercato e la loro espansione<sup>55</sup>, realizzando così l'obiettivo metodologico di un accertamento sugli atti di volontà dei privati che, per quanto condotto alla stregua di un criterio inevitabilmente sostantivo, non tradisca la matrice pur sempre formalistica del rapporto tra autonomia privata e precetto legale<sup>56</sup>. L'azionamento del criterio della razionalità mercantile consentirebbe in altri termini di impedire l'accesso alla dimensione del giuridicamente rilevante ad atti di volontà disposti in contrasto con la logica stessa di funzionamento del mercato, così come oggettivamente formalizzata dai principi liberali sui quali si regge il diritto privato della modernità<sup>57</sup>; e ciò in un momento preliminare alla verifica, altrimenti necessaria, della ricorrenza di eventuali difformità dei contenuti regolamentari di quegli stessi atti alle indicazioni

54 Cfr. E. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 125. Tra le decisioni che hanno negato tutela giuridica alle pretese creditorie degli intermediari finanziari derivanti da contratti relativi a derivati finanziari cfr. Trib. Milano, 24 novembre 1993; Trib. Milano, 26 maggio 1994; Trib. Lanciaio, 6 dicembre 2005; Trib. Bergamo, 4 maggio 2006; Trib. Bari, 5 gennaio 2012; Trib. Monza, 17 luglio 2012; App. Milano, 18 settembre 2013. Tra le decisioni secondo le quali viceversa contratti di investimento finanziario appartenenti alla stessa tipologia devono essere considerati dotati di una causa degna di tutela, cfr. Trib. Milano, 11 maggio 1995; Trib. Milano, 20 maggio 1997; Trib. Torino, 10 aprile 1998; Trib. Torino, 27 gennaio 2000; Trib. Milano, 3 aprile 2004.

55 Cfr. E. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 127.

56 Si potrebbe certamente obiettare che anche il riferimento alla razionalità mercantile non esclude un certo grado di discrezionalità nella determinazione dei significati normativi cui essa darebbe forma, sostenendo che, proprio in una prospettiva rigorosamente formale, anche il bisogno di incursione nella dimensione dell'imponderabile possa divenire oggetto di uno scambio di mercato. Sembra che in questa direzione muovano, anche se con accenti diversi, le riflessioni di F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano 2011, p. 101 ss.; E. GIRINO, *I contratti derivati*, Milano 2010, p. 267; F. BOCCHICCHIO, *I contratti in strumenti derivati e la disciplina del mercato mobiliare tra regolamentazione dell'attività di impresa e valutazione dell'intento soggettivo*, in *Giur. comm.*, 1996, p. 602 ss. Non può però omettersi di segnalare la carica autodistruttiva di una simile prospettiva, data la totale incertezza e la conseguente improduttività di ogni attribuzione che si fondi sull'incalcolabilità che strutturalmente connota la dimensione dell'imponderabile.

57 Cfr. M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 183 ss.

normative offerte dall'ordinamento circa le concrete modalità ed i limiti di attivazione delle dinamiche mercantili da parte dei privati.

Ebbene, pare si tratti di un'efficace esemplificazione della specifica funzione normativa del giudizio disposto dall'art. 1322, co. 2, c.c. in relazioni agli atti di autonomia privata, ovvero di una preziosa dimostrazione dell'argine che il suo corretto azionamento può rappresentare contro la deriva irrazionale che sembra interessare in modo sempre più diffuso l'esercizio dell'autonomia privata nei mercati finanziari<sup>58</sup>.

Giova altresì precisare, tuttavia, che, se l'applicazione dell'orientamento interpretativo appena descritto può rivelarsi del tutto pertinente in relazione alla negoziazione di derivati finanziari, in quanto produttiva di attribuzioni patrimoniali la cui misura appaia del tutto arbitraria e la cui effettiva solvibilità presenti un elevato grado di incertezza<sup>59</sup>, non pare che si possa giungere ad analoghe conclusioni riguardo ai contratti di investimento finanziario denominati *For you o My way*. In queste ipotesi negoziali infatti il rischio relativo all'*an* e al *quantum* del vantaggio economico atteso, pur condizionando in modo evidente il profilo causale del contratto, non pare qualitativamente comparabile al tipo di rischio che connota la negoziazione di strumenti finanziari derivati. Diversamente opinando, dovrebbe dimostrarsi, anche con riferimento ai contratti *For you o My way*, la ricorrenza di una "sconnessione" strutturale tra la misura, individuale e sociale, del bisogno espresso dai clienti contraenti ed il costo della specifica operazione economica negoziata. A tal fine, come già osservato, non basta né far notare la dubbia redditività - spesso rilevata *ex post* - degli strumenti finanziari oggetto di quei contratti; né ancora segnalare il forte sospetto della ricorrenza di un conflitto di interessi in capo all'intermediario finanziario o la scarsissima trasparenza dei relativi regolamenti contrattuali. Nessuno di tali rilievi, infatti, consente di dedurre la ricorrenza di contratti integranti uno scambio di risorse che, in quanto sfuggente alla logica utilitaristica del calcolo economico, si possa dire immeritevole di tutela. Non già perché, giova ribadirlo, si disconosca la censurabilità dell'approfittamento, da parte di spregiudicati intermediari finanziari, della sprovvedutezza dei clienti coinvolti in simili operazione di investimento; ma perché in relazione al tipo di problema rappresentato

58 È appena il caso di ricordare come invece in passato, forse con qualche ragione, l'ambito di operatività del giudizio di meritevolezza sia stato ritenuto del tutto marginale. Cfr. A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 236.

59 Cfr. E. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 123. Mentre secondo l'opinione dottrinale appena esposta il giudizio di immeritevolezza in ordine ai contratti derivati andrebbe enunciato alla luce della loro atipicità, essendo solo apparente la loro assimilabilità allo schema del gioco o della scommessa, altri Autori invece riconoscono ai contratti in parola la natura di scommesse autorizzate, ma ritengono che ciò non li esenti dello stesso controllo di validità. Cfr. R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 73 ss.; M. SEMERARO, *op. cit.*, p. 13 ss.

da simili condotte, come è noto, l'ordinamento offre soluzioni normative diverse e non interscambiabili. Soluzioni che sono rappresentate di volta in volta dalla disciplina dell'annullabilità per errore essenziale e riconoscibile (art. 1428 c.c.) o per dolo (art. 1439 c.c.) e, in alcuni casi estremi, dalla disciplina della rescissione del contratto per lesione (art. 1448 c.c.)<sup>60</sup>. Si potrebbe invece rilevare una particolare ipotesi di "disattivazione" della razionalità economica dello scambio, negando rilevanza giuridica agli interessi negozialmente perseguiti dalle parti, solo nel caso in cui si riuscisse ad accertare, più che lo sbilanciamento del rapporto tra controprestazioni, la genetica preordinazione del regolamento contrattuale alla produzione di attribuzioni patrimoniali assolutamente prive di contropartita<sup>61</sup>.

## 5 Conclusioni

Alla luce delle considerazioni appena svolte, pare si possa ormai riconoscere con una certa sicurezza che, quantomeno nel caso delle complesse operazioni di investimento finanziario fin qui esaminate, risulti alquanto inappropriato richiamare l'indagine che l'art. 1322, co. 2, c.c. dispone con riguardo agli interessi da realizzare mediante la conclusione di patti atipici o, ancora, affidarsi alla «causa in concreto» del contratto per osservare «l'inidoneità dell'assetto di interessi effettivamente realizzato ad assolvere alla funzione - previdenziale e non di investimento (n.d.r.) - dalle parti concordemente perseguita»<sup>62</sup>.

Come già altrove si è tentato di precisare<sup>63</sup>, per cogliere i tratti caratterizzanti la causa contrattuale, la ricostruzione della reale intenzione dei contraenti sarà certamente indispensabile a comprendere il peso specificamente attribuito a ciascuna delle prestazioni scambiate e, quindi, la reale fisionomia della scambio da realizzare<sup>64</sup>, o, se si vuole, la sua "causa

60 Per tutti, cfr. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, op. cit., p. 543 ss. D'altronde, a fronte della massiccia mole di obblighi di informazione e cura dell'interesse della controparte disposta dalla disciplina di settore a carico dei soggetti autorizzati a prestare servizi di investimento, l'ostacolo formale dell'onere probatorio connesso all'azionamento della disciplina dell'annullabilità e della rescissione potrebbe essere agevolmente superato rinviando proprio all'oggettiva evidenza del macroscopico squilibrio tra controprestazioni.

61 A riguardo, cfr. M. BARCELLONA, op. cit., pp. 501-502.

62 Cfr. A. TUCCI, *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso My Way*, cit., p. 380. Sull'uso improprio del riferimento alla "causa in concreto", sempre più diffuso in giurisprudenza cfr. V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in Riv. dir. civ., 4/2013, p. 457 ss.

63 A riguardo, sia consentito rinviare nuovamente a M. LAMICELA, op. cit., p. 343.

64 Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1996, p. 245.

concreta”, ma cesserà di assolvere tale funzione “euristica” ogni volta che l’indagine, avventurandosi oltre l’oggettiva apprezzabilità di quanto le parti negoziali hanno effettivamente inteso realizzare attraverso la conclusione del contratto, si spingerà sul terreno strutturalmente imponderabile delle specifiche motivazioni soggettive<sup>65</sup>.

Nel ricorrere all’art. 1322, co. 2, c.c. al fine di valutare se il profilo causale di contratti del tipo *For you* o *My way* sia rivolto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico, al contrario, l’orientamento giurisprudenziale di cui si è riferito pare non curarsi nemmeno del rischio di un simile sconfinamento. Non tanto per aver ritenuto l’espreso riferimento al perseguimento di finalità previdenziali decisivo nella determinazione del concreto profilo causale del contratto, quanto per aver ricavato da siffatto rilievo l’indimostrata conclusione che la causa del contratto, nella sua accezione di “causa concreta” fosse immeritevole di tutela giuridica, stante «l’enorme alterazione dell’equilibrio contrattuale» tra controprestazioni disposto dal relativo regolamento contrattuale e la conseguente impossibilità che l’operazione di investimento concordata realizzasse effettivamente le dichiarate finalità previdenziali<sup>66</sup>.

Un peso decisivo nell’elaborazione di quest’indirizzo interpretativo, lo si è ricordato, può senz’altro averlo giocato la rigorosa distinzione, richiamata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte in relazione alla disciplina del contratto, tra sanzioni applicabili alla violazione di norme statuenti regole di condotta e sanzioni applicabili invece alla violazione di norme statuenti regole di validità; richiamo elaborato proprio con riferimento alla materia della violazione degli obblighi di informazione che la disciplina speciale del contratto di investimento finanziario detta a carico dei soggetti autorizzati all’esercizio di servizi di investimento finanziario. I giudici di legittimità hanno probabilmente voluto evitare decisioni che integrassero uno sconfessamento palese dei *dicta* delle Sezioni Unite, ma lo hanno fatto al prezzo di una evidente forzatura della funzione normativa attribuibile al requisito causale del contratto e al giudizio di meritevolezza, cui lo stesso contratto deve essere sottoposto nel caso della sua atipicità.

Forse, allora, tanto valeva “osare” un più esplicito disallineamento dall’indirizzo interpretativo espresso dalle Sezioni Unite, proponendone, anche in considerazione delle crescenti insidie alla stabilità e allo sviluppo delle dinamiche di mercato provenienti dal dilagare degli abusi nella negoziazione di strumenti finanziari, un necessario affinamento<sup>67</sup>. Si sarebbe

65 Sul punto si rinvia ancora alle lucide considerazioni di V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo?..*, cit., p. 971.

66 Cfr. Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900.

67 Non pare d’altronde che le c.d. sentenze gemelle non lasciassero margini in tal senso. Sul punto, seppure con accenti diversi, pare convergano le puntuali considerazioni sia di F.

potuto cioè negare qualsiasi efficacia giuridica ai contratti di investimento finanziario finora considerati, azionando nel caso in specie, se non le norme relative all'annullabilità per vizi del consenso, un diverso meccanismo di invalidazione, non meno connotato dal punto di vista "politico" della direzione da imprimere alla regolazione del mercato finanziario rispetto a quello rappresentato dal giudizio di meritevolezza, ma quantomeno dotato nel caso in specie di un ben più solido supporto formale. Stante l'ingente mole di obblighi di informazione che la disciplina di settore dispone con riferimento a tutte le fasi della dinamica contrattuale tra cliente e intermediario, nonché la previsione dell'art. 21, co. 1, lett. a), t.u.f., ai sensi del quale i servizi di investimento devono essere prestati dai soggetti abilitati «con diligenza, correttezza e trasparenza *per servire al meglio l'interesse dei clienti e l'integrità dei mercati*» - il corsivo è di chi scrive - si sarebbe potuto in altri termini giungere a riconoscere legittimità all'indirizzo interpretativo che ricava dalla normativa appena menzionata l'elevazione implicita dei parametri di condotta enunciati a fondamentali principi di ordine pubblico economico. Sicché la loro violazione, nell'ambito della conclusione di un contratto avente ad oggetto servizi di investimento finanziario, incidendo non già solo sul piano delle successive modalità di adempimento delle obbligazioni contrattuali ma sulla stessa conformazione delle clausole contrattuali, ben avrebbe potuto condurre ad una dichiarazione di nullità ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c. c.<sup>68</sup>.

GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 8 ss.; sia di A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 397 ss.

68 In considerazione del particolare "contesto di mercato" nel quale si stipulano contratti relativi a servizi di investimento, sostiene questo indirizzo interpretativo con argomentazioni ampie e articolate, G. LA ROCCA, *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2009, p. 107 ss. In proposito si veda anche D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, cit., p. 405 ss.

## Sciogliere l'individuo nell'ordine economico L'abuso del diritto nell'esperienza tedesca

Sonia Haberl

(Ricercatrice di Diritto privato comparato  
nell'Università di Ferrara, Italia)

Alessandro Somma

(Professore ordinario di Diritto privato comparato  
nell'Università di Ferrara, Italia)

**Abstract** L'articolo descrive le problematiche collegate all'abuso del diritto nell'ordinamento tedesco, partendo da riflessioni generali inserite nel contesto dell'ordine economico sottostante, per poi dedicarsi all'analisi delle elaborazioni dottrinali e degli orientamenti giurisprudenziali in tema di *Rechtsmissbrauch*. Il lavoro mette in luce come il *Reichsgericht* prima e il *Bundesgerichtshof* poi siano profondamente influenzati dalle teorie formulate nel corso degli anni Trenta da Wolfgang Siebert, acceso sostenitore del nazismo e ritenuto il principale fautore della teoria dell'abuso del diritto nella versione tuttora prevalente. Quest'ultima si contraddistingue per l'elaborazione, a partire dalle pronunce del *Bundesgerichtshof*, di diversi "casi esemplificativi" (*Fallgruppen*), quali il cd. *venire contra factum proprium*, la *Verwirkung*, l'acquisto e frustrazione sleale di una posizione giuridica e l'assenza di un interesse legittimo. A tal proposito il lavoro riporta i principali sviluppi giurisprudenziali concludendo per una visione del *Rechtsmissbrauch* quale istituto finalizzato a trasformare in chiave ordoliberal la concorrenza in strumento di direzione politica dei comportamenti individuali in ambito economico.

**Sommario** 1. Dalla funzionalizzazione all'abuso del diritto. – 2. Il divieto di atti emulativi. – 3. L'abuso del diritto nella giurisprudenza del *Reichsgericht*. – 4. Il dibattito dottrinale e la sua influenza sulla giurisprudenza. – 5. Abuso del diritto e ordine giuridico nazista. – 6. Gli orientamenti del *Bundesgerichtshof*: *venire contra factum proprium* e *Verwirkung*. – 7. (Segue) Acquisto e frustrazione sleale di una posizione giuridica e assenza di un interesse legittimo. – 8. Abuso del diritto, ordoliberalismo ed economia sociale di mercato.

**Keywords** *Rechtsmissbrauch*. Abuso del diritto. Divieto di atti emulativi. *Schikaneverbot*. Economia sociale di mercato. Ordoliberalismo. *Verwirkung*, *venire contra factum proprium*. Acquisto e frustrazione sleale di una posizione giuridica. Assenza di interesse legittimo.

Sebbene il lavoro rappresenti il frutto di riflessioni comuni, i parr. 1, 5 e 8 sono di Alessandro Somma, mentre i parr. 2-4 e 6-7 di Sonja Haberl.

## 1 Dalla funzionalizzazione all'abuso del diritto

Con la transizione dalla società borghese alla società industriale, le promesse formulate dall'ordine proprietario, che la proprietà fosse veicolo di emancipazione, si rivelarono nella loro essenza di pie illusioni. La società borghese era nata a partire dal patto per cui il sovrano accentrava il potere politico, assicurando in cambio all'individuo l'esclusiva titolarità del potere economico e dunque il riconoscimento di una libertà innata da esprimere nell'appropriazione dei beni<sup>1</sup>. Per contro la società industriale, plasmata a immagine e somiglianza del sistema di fabbrica, metteva in luce la sua natura fortemente classista: l'appropriazione dei beni, che la tradizione liberale ammetteva come conseguenza della loro trasformazione attraverso il lavoro, costituiva la prerogativa di una ristretta cerchia di individui nell'ambito di strutture incapaci di produrre mobilità sociale.

Peraltro la società industriale non era minacciata unicamente dal conflitto tra la classe proprietaria e la classe cui la proprietà dei beni produttivi era irrimediabilmente preclusa: il conflitto alla base dell'incipiente questione sociale, ovvero della questione operaia "contenuta in embrione nel contratto di lavoro"<sup>2</sup>. La richiesta di una mano visibile cui affidare il compito di sostenere l'ordine proprietario, cioè, non discendeva solamente dal bisogno di pace sociale e dunque di cooperazione tra produttori. A essere minacciato era anche il funzionamento del meccanismo concorrenziale, il libero incontro di domanda e offerta alla base dell'ordine proprietario, messo a rischio dalla volontà di costituire cartelli, e più in generale dai molti fallimenti del mercato che la mano invisibile non riusciva certo a prevenire o a risolvere. Era insomma indispensabile individuare e percorrere una terza via tra il liberalismo tradizionale, quello della mano invisibile, e i tentativi di superare l'ordine proprietario intrapresi dal nascente movimento operaio.

La terza via poteva assumere molte sembianze: prendere la forma del solidarismo o del funzionalismo, o eventualmente del socialismo della cattedra. I solidaristi chiarirono che il loro credo era incentrato sull'autodeterminazione e sulla relativa "lotta per lo sviluppo individuale". E tuttavia occorreva promuovere "l'associazione di azioni individuali" nella misura utile a "mantenere l'individuo in uno stato di durevole prosperità e sicurezza"<sup>3</sup>. Nello stesso senso i funzionalisti riconoscevano spazi entro cui "sviluppare la propria individualità", ma solo se l'esercizio del relativo

1 *Exposé des motifs de la loi relative à la Propriété par le conseiller d'état Portalis*, in *Code civil des Français*, vol. 4, Paris, 1804, p. 31.

2 G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato* (1906), Milano, 1980, p. 208 e 212.

3 L. BOURGEOIS, *Solidarité*, 3. ed., Paris, 1902, p. 61 s.

potere assolveva al dovere di contribuire all'equilibrio tra le diverse componenti dell'organismo sociale<sup>4</sup>.

Dal canto loro i socialisti della cattedra sottolinearono il nesso tra elaborazione della terza via e crisi della distinzione tra il diritto pubblico dello "Stato onnipotente" e il diritto privato per "l'individuo sciolto da ogni comunità". La crisi avrebbe prodotto un nuovo momento di sintesi tra le due impostazioni, per cui il diritto pubblico sarebbe stato infine penetrato dall'individualismo, e il diritto privato da "una goccia di olio sociale": solo in tal modo l'organismo sociale avrebbe evitato conflitti destabilizzanti, come quelli originati dalla divisione in classi<sup>5</sup>.

Tutto ciò produsse modificazioni sostanziali nel modo di intendere le costruzioni privatistiche, quelle che il patto fondativo della società borghese voleva incentrato sul tema dell'assolutezza dei diritti individuali, ora osservati in prospettiva relazionale e in quanto tali necessariamente relativizzati.

Tra i primi fautori della terza via la commistione tra individualismo e prospettiva superindividuale poteva assumere coloriture differenti, e tuttavia essa indicava una tendenza irreversibile. L'organicismo tipico delle costruzioni pubblicistiche, quelle da cui l'individuo si difendeva rinchiudendosi nella cittadella del diritto privato, sarebbe infine divenuto pervasivo, intaccando l'idea dell'assolutezza delle costruzioni tradizionalmente utilizzate per il funzionamento del mercato. L'ordine proprietario si avviava insomma a divenire terreno nel quale i diritti erano riconosciuti e tutelati solo nella misura in cui il loro esercizio realizzava finalità sistemiche, quelle di cui l'ordine si rendeva interprete.

È a partire dalla conclusione del primo conflitto mondiale che la nuova prospettiva venne assunta in modo consapevole: quel conflitto aveva abbattuto definitivamente l'individualismo, esattamente come la Rivoluzione francese aveva abbattuto il feudalesimo, rendendo ineludibile la costruzione di un ordine capace di conciliare "gli opposti interessi tra il capitale e il lavoro"<sup>6</sup>. Il tutto accelerò e consolidò alcune costruzioni che avevano preso corpo nel decennio precedente a completamento dell'approccio funzionalista e dunque dell'idea di diritti funzionalizzati<sup>7</sup>. Costruzioni come in particolare l'abuso del diritto, elaborata in area francese proprio per amplificare il punto di vista relazionale nell'analisi dei diritti: per affermare

4 L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé* (1911), 2. ed., Paris, 1920, pp. 26 s. e 37.

5 O. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889, p. 9 ss.

6 N. STOLFI, *La rivoluzione francese e la guerra mondiale in rapporto alle trasformazioni del diritto*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1922, I, p. 386 ss.

7 L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé*, cit., p. 51: "la conception de la liberté-fonction remplace la notion de liberté-droit".

che essi sono “concessi dai pubblici poteri” e che in quanto tali “hanno una missione sociale da compiere, contro la quale non possono insorgere”<sup>8</sup>.

Anche in area tedesca si è evidentemente discusso di abuso del diritto (*Rechtsmissbrauch*), e a monte di funzionalizzazione dei diritti nell’ambito di un ordine economico bisognoso di una mano visibile incaricata di assicurarne l’equilibrio e lo sviluppo. Anzi, proprio in area tedesca questi temi hanno conosciuto uno sviluppo particolare, dovuto alle modalità con cui si è realizzato il processo di modernizzazione, diverso dal percorso intrapreso in altre aree perché non si è accompagnato allo sviluppo della democrazia: la modernizzazione tedesca costituisce il punto di arrivo di un percorso governato da un potere politico autoritario, se non totalitario<sup>9</sup>.

In questo lavoro metteremo in luce le vicende che hanno segnato quel percorso e condotto a elaborazioni dottrinali e orientamenti giurisprudenziali che, se per un verso sono riferiti al tema dell’abuso del diritto, sono per molti altri riconducibili a un vero e proprio dato caratteristico dell’esperienza tedesca: l’attitudine autoritaria nel modo tedesco di presidiare l’ordine economico. Un’attitudine che evidentemente ha conosciuto momenti drammatici, come quelli relativi all’epoca nazista, quando la democrazia è stata sacrificata alle necessità sistemiche dell’ordine economico. Ma che continua a integrare un dato caratteristico, se non altro per i notevoli momenti di continuità tra le vicende della prima e della seconda metà del Novecento, che anche il tema dell’abuso del diritto consentiranno di evidenziare.

## 2 Il divieto di atti emulativi

La questione riguardante l’inserimento di un divieto generale di abuso del diritto nel Codice Civile tedesco del 1896 fu oggetto di accese discussioni durante i lavori preparatori.

Sulla scia della Prima commissione, al riguardo contraria, la cosiddetta Commissione preliminare presso l’Ufficio imperiale della giustizia (*Vorkommission des Reichsjustizamtes*) motivò il suo rifiuto con il timore che un simile divieto avrebbe condotto a decisioni fondate su un senso giustizia “oscuro” e “puramente soggettivo”. Considerazioni simili furono svolte nell’ambito della Seconda commissione a proposito dell’*exceptio doli generalis*, azione riconosciuta nel diritto comune come rimedio generale disponibile al convenuto per opporsi all’esercizio fraudolento o sleale dell’altrui

8 L. JOSSE RAND, *Cours de droit civil positif français*, vol. 1, Paris, 1938, p. 118. In precedenza ID., *De l’abus des droits*, Paris, 1905.

9 È questo il senso della teoria del “percorso eccezionale” (*Sonderweg*): cfr. A. SOMMA, *I giuristi e l’Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazional-socialista*, Frankfurt M., 2005, p. 4 ss.

diritto. Vi fu chi propose di codificarla nella Parte generale del Codice, in una disposizione dal seguente tenore: “una pretesa giuridica può essere legittimamente respinta dal soggetto nei cui confronti viene fatta valere, quando l’esercizio della medesima, a seconda delle circostanze del caso, risulti lesiva dei buoni costumi”. Prevalse però l’orientamento negativo, anche qui ispirato dal timore che si sarebbe altrimenti sponsorizzata una “confusione tra diritto e morale”<sup>10</sup>.

Infine si trovò un accordo per un divieto di atti emulativi (*Schikaneverbot*), inizialmente relativo al solo diritto di proprietà, poi trasformato in principio generale contenuto nella Parte generale del Codice civile tedesco: “è inammissibile l’esercizio del diritto se può avere soltanto lo scopo di provocare danno ad altri” (par. 226). Il divieto si ricollega alla teoria generale della *aemulatio* che Samuel Stryk sviluppò sulla base dell’*Usus modernus pandectarum*: teoria che, diversamente dalle precedenti elaborazioni, non era più limitata alle ipotesi di rapporti di vicinato, ma riguardava l’insieme delle azioni compiute dal titolare del diritto in assenza di interesse proprio, ovvero all’unico scopo di arrecare danni ad altri<sup>11</sup>.

L’elemento soggettivo dell’intento di nuocere rappresentò un presupposto anche del primo divieto di atti emulativi codificato in area tedesca, quello contenuto nell’*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794, dove si prevedeva il risarcimento del danno subito da chi “tra più modalità possibili di esercizio del diritto abbia scelto quella che è dannosa per l’altro, con l’intenzione di danneggiarlo” (par. 37 I tit. 6)<sup>12</sup>. Le difficoltà probatorie legate a questo presupposto portarono la giurisprudenza a rompere con il tenore letterale del divieto e ad affermare la responsabilità dell’agente anche nel caso in cui “l’elemento soggettivo non può essere comprovato”<sup>13</sup>. L’orientamento non ebbe però influenza alcuna nell’individuazione poi accolta dal Codice civile tedesco, nel cui vigore non venne più significativamente proposto dalle corti.

Insomma, quando fu approvato, il divieto di atti emulativi venne salutato come il veicolo di trasformazioni epocali, in particolare come una spinta verso la socializzazione del diritto e dunque verso il superamento dei paradigmi individualisti ereditati dalla tradizione pandettista<sup>14</sup>. Tuttavia le difficoltà legate alla prova dell’*animus nocendi*, prova sostanzialmente

10 Per tutti H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre - Ergebnis nationalsozialistischer Rechtsdenkens?*, Berlin, 1995, p. 95 ss.

11 S. STRYK, *De iure aemulatione* (1678), in Id., *Dissertationes iuridicae de selectis utriusque iuris materiis*, vol. 3, Frankfurt Oder, 1690, p. 52 ss.

12 Altri divieti erano contenuti nella disciplina della proprietà, ai parr. 27 e 28 I Tit. 8.

13 *Preussisches Obertribunal*, 7 giugno 1852, in *Striethorst Archiv*, 5, 1852, p. 282 ss.

14 Ad es. R. SALEILLES, *Introduction à l’étude du droit civil allemand*, Paris, 1904.

impossibile<sup>15</sup>, condannarono il divieto a risultare del tutto trascurabile dal punto di vista pratico, perché sostanzialmente non applicato. Ciò non toglie, però, che il principio posto alla base del divieto non abbia attecchito nell'esperienza giuridica tedesca, essendo esso espressione di quanto abbiamo indicato come un vero e proprio dato di sistema: lo sviluppo di istituti del diritto privato in linea con il proposito di edificare un ordine del mercato incentrato sul tema della funzionalizzazione delle libertà economiche. Il tutto, come vedremo, con il fondamentale contributo della clausola di buona fede, quindi del più noto tra gli strumenti tecnico giuridici utilizzati per ottenere la conformazione dei comportamenti economicamente rilevanti.

### 3 L'abuso del diritto nella giurisprudenza del *Reichsgericht*

Il destino del divieto di atti emulativi apparve segnato fin dai primissimi anni dall'entrata in vigore del Codice civile tedesco, quando la Corte civile di ultima istanza decise di ovviare alla situazione riattivando l'istituto dell'*exceptio doli generalis*. Già nella seconda metà dell'Ottocento il *Reichsgericht* aveva fatto ricorso all'istituto, richiamandosi lapidariamente al suo ancoraggio nella tradizione romanistica<sup>16</sup>. Nella prima metà del Novecento si assistette a un rafforzamento di questa linea interpretativa, che pure conviveva con una relativa incertezza circa il suo fondamento normativo.

In una sentenza del 1904, i giudici, riconosciuto che "il Codice civile tedesco era privo di una disposizione generale" chiaramente fondativa dell'*exceptio doli generalis*, si rivolsero a una previsione tratta dalla disciplina dell'illecito extracontrattuale: quella contenente il divieto di recare un danno ad altri "intenzionalmente in modo contrario ai buoni costumi" (par. 826)<sup>17</sup>. La previsione divenne il "canale di legittimazione" per reprimere una serie di tipici comportamenti emulativi<sup>18</sup>, consentendo nel contempo di non mettere in discussione la connotazione soggettiva della

15 Per tutti B. VON FELDMANN, *Sub Par.* 226, in *BGB - Münchener Kommentar*, vol. 1, München, 1993, n. 1.

16 Cfr. RG, 13 gennaio 1885, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 13, 1885, p. 32 ss.; RG, 9 novembre 1886, *ivi*, 18, 1887, p. 238 ss.; RG, 31 dicembre 1887, *ivi*, 20, 1888, p. 93 ss. e RG, 3 maggio 1888, *ivi*, 21, 1888, p. 243 ss.

17 RG, 30 maggio 1904, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 58, 1905, p. 35 ss.

18 F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in M. Rotondi (a cura di), *L'abus de droit*, Padova, 1979, p. 371.

fattispecie richiamata dal requisito dell'intenzionalità<sup>19</sup>. In tal modo, però, si continuava a non avanzare verso un divieto generale di esercizio del diritto anche solo oggettivamente contrario al buon costume.

Il tutto mentre i tentativi di ampliare per via giurisprudenziale lo stretto ambito di applicazione del par. 226 BGB continuavano a essere timidi e isolati. L'orientamento concettualistico e formalistico dell'epoca, del resto, non permetteva interpretazioni più libere della disposizione, o almeno letture capaci di evitarle la scarsa fortuna a cui fu condannata. Vi fu per la verità qualcuno intento a cantare fuori dal coro, sostenendo che "di sicuro non nuocerebbe se in futuro non prendessimo più tanto sul serio il presupposto dello scopo esclusivo di provocare danni ad altri". Quel qualcuno, però, avrebbe più avanti constatato che il divieto di atti emulativi di certo "non aveva soddisfatto le aspettative poste in essa"<sup>20</sup>.

In una nota sentenza del 1909, di frequente citazione ancora oggi per la particolarità della vicenda, il *Reichsgericht* fece direttamente ricorso al divieto di atti emulativi per risolvere il caso in cui un padre aveva vietato al figlio, con il quale aveva rotto ogni relazione, di accedere nel parco del suo castello e dunque di visitare la tomba della madre<sup>21</sup>. Si tratta di una delle rare decisioni in cui il tribunale, accedendo a una sua interpretazione ampia, applicò il par. 226 BGB<sup>22</sup>: "precepto di etica sociale in misura limitata" in quanto concernente non la sola provocazione di un "danno materiale, bensì anche la violazione di valori e interessi ideali". Il tutto in attuazione di un principio fondamentale (*Rechtsgrundsatz*) di cui il giudice deve tenere conto d'ufficio, tanto è vero che il figlio non aveva chiesto di ricorrere alla disposizione utilizzata dalla corte per risolvere la controversia, come invece richiesto dalla prevalente dottrina dell'epoca<sup>23</sup>.

È così che il *Reichsgericht* giunse ad affermare un divieto di atti emulativi nella sua veste di limite "anche del diritto di proprietà quale diritto

19 Cfr. RG, 9 dicembre 1905, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 62, 1906, p. 19 ss. e RG, 27 maggio 1911, *ivi*, 76, 1911, p. 319 ss., ove si ritenne comunque sufficiente il *dolus eventualis*.

20 V. rispettivamente J.W. HEDEMANN, *Zivilistische Rundschau 1908/09*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, 1910, p. 151. e Id., *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Staat und Recht*, Tübingen, 1933, p. 7.

21 RG, 3 dicembre 1909, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 72, 1910, p. 251 ss. In dottrina da ultimo M.J. PILS, *Das Schikaneverbot im Spiegel zweier höchstgerichtlicher Entscheidungen zum deutschen und englischen Recht um 1900 - Ein Gebot der sozialen Ethik oder gefährliche uncertainty in the law?*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Germanistische Abteilung*, 2010, p. 338 ss.

22 Stesso schema in RG, 6 giugno 1905, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 61, 1906, p. 94 ss.; RG, 10 dicembre 1912, *ivi*, 65, 1907, p. 10 ss.; RG, 27 giugno 1919, *ivi*, 96, 1919, p. 184 ss. e RG, 24 gennaio 1924, *ivi*, 120, 1928, p. 47.

23 Per cui era necessaria un'eccezione della parte interessata: ad es. G. PLANCK, *Sub Par. 226*, in *BGB - Plancks Kommentar*, vol. 1, Berlin, 1898, p. 276.

assoluto”, cui in effetti il padre si era appellato. Con ciò urtando la suscettibilità di molti autori, i quali lamentarono fra l’altro la mancanza di considerazioni approfondite riguardanti l’*animus nocendi*, se non altro in quanto il padre, a giustificazione del suo rifiuto, lamentava la sofferenza di problemi di cuore che l’eventuale visita del figlio avrebbe acuito, mettendo a rischio la sua salute<sup>24</sup>. I giudici si erano invece limitati a generici rinvii a quanto stabilito nel precedente grado di giudizio, dal quale sarebbe “emerso senza alcun dubbio come il divieto di visita posto dal convenuto fosse esclusivamente finalizzato ad arrecare danno all’attore”.

Qualche anno dopo la giurisprudenza sembrò assumere il punto di vista della dottrina, stabilendo che “è da escludersi l’atto emulativo qualora un interesse legittimo sia anche soltanto la concausa del comportamento” al vaglio della corte<sup>25</sup>. Nel complesso, poi, furono di gran lunga prevalenti, le sentenze che, se non altro nell’esito finale, seguirono l’indirizzo giurisprudenziale già emerso nella sentenza del 1904: negarono cioè un’applicazione diretta del par. 226 BGB e ricorsero al principio generale dell’*exceptio doli*.

Da un’analisi di queste decisioni emerge tuttavia la mancanza di un fondamento concettuale stabile, essendo varie le motivazioni sui cui esse poggiano. Con l’intenzione di sottolineare l’esistenza di un principio generale, l’eccezione di dolo generale venne infatti rinvenuta nell’insieme di disposizioni assai eterogenee tra di loro<sup>26</sup>. In particolare, oltre al par. 826, si richiamano i parr. 133, 157, 242 BGB: il primo concernente l’interpretazione della dichiarazione di volontà secondo criteri soggettivi, il secondo e il terzo relativi rispettivamente all’interpretazione di buona fede del contratto e all’esecuzione di buona fede della prestazione obbligatoria. Le disposizioni richiamate sarebbero “espressione particolare di un principio generale”, i cui confini teorici “non sono tracciabili”, motivo per cui esso deve rimanere “oggetto di libera valutazione da parte del giudice”<sup>27</sup>.

L’orientamento appena tracciato conobbe un primo ridimensionamento in una sentenza del 1915. In essa i giudici negarono l’esistenza di una *exceptio doli* slegata dal tenore di disposizioni legislative ed “eccepibile a qualsiasi esercizio ingiusto del diritto”, sottolineando allo stesso tempo

24 Per tutti K. LARENZ E M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. ed., München, 2004, p. 283.

25 RG, 8 gennaio 1920, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 98, 1920, p. 15 ss.

26 Ad es. RG, 17 settembre 1904, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 58, 1905, p. 428 ss.; RG, 8 ottobre 1909, *ivi*, 71, 1909, p. 435 ss. e RG, 26 maggio 1914, *ivi*, 85, 1915, p. 108 ss.

27 RG, 26 maggio 1914, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 85, 1915, p. 108 ss.

che l'eccezione trovava un suo fondamento nel par. 826 BGB<sup>28</sup>. Numerose sentenze successive percorsero questa linea, confermando la necessità di ancorare l'eccezione di dolo generale al diritto oggettivo esistente, e riconoscendo i parr. 242 e 826 BGB come fondamenti per la costruzione<sup>29</sup>.

In queste decisioni il riferimento a disposizioni legislative diverse, anche se limitato ai parr. 242 e 826 BGB, è ancora una volta riscontro di una ritrosia a identificare una "sovrastuttura metodologica" (*methodischer Überbau*) idonea a contenere e articolare la lotta contro l'abuso del diritto di quel periodo. Nel corso del tempo la casistica elaborata dal *Reichsgericht* permise tuttavia l'individuazione di diverse fattispecie particolarmente tipiche di "esercizio inammissibile del diritto", tra cui il principio del *venire contra factum proprium*, quello del *dolo agit* o la nota *Verwirkung*: figure sulle quali torneremo fra breve.

Negli anni trenta del Novecento, poi, scontato ormai il tramonto di quanto si era appalesato come un troppo "angusto" divieto di atti emulativi, la clausola della buona fede di cui al par. 242 BGB assunse la veste di cardine attorno al quale far ruotare tutte le costruzioni giurisprudenziali degli anni successivi: giurisprudenza caratterizzata, come si vedrà, da una "cospicua inammissibilità dell'esercizio del diritto"<sup>30</sup>.

#### 4 Il dibattito dottrinale e la sua influenza sulla giurisprudenza

Anche la dottrina che al principio del Novecento si dedicò alla funzione e alla portata del divieto di atti emulativi, lo valutò alla stregua di un mero "cartello etico decorativo" (*moralisches Dekorationsschild*)<sup>31</sup>, giacché ci si era orientati verso una stretta concezione del par. 226 BGB. I dibattiti, di conseguenza, si incentrarono prima sul par. 826, e poi sul par. 242 BGB.

Le prime ricerche tedesche dedicate al tema dell'abuso del diritto sono in parziale ritardo su quelle confezionate in Francia: risalgono agli anni trenta del secolo scorso. Tra esse spicca, per l'influenza tutt'altro che trascurabile sugli orientamenti giurisprudenziali successivi, l'opera di Wolfgang Siebert, all'epoca giovane professore di diritto privato e di diritto del lavoro presso l'Università di Kiel.

Non diversamente da altri autori e dal *Reichsgericht*, anche Siebert

28 RG, 3 febbraio 1915, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 86, 1915, p. 195 ss.

29 Ad es. RG, 17 marzo 1932, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 135, 1932, p. 376 ss.

30 H. MERZ, *Vom Schikaneverbot zum Rechtsmissbrauch*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1977, p. 168.

31 K. HUBER, *Über den Rechtsmissbrauch*, Bern, 1909.

discusse del divieto di atti emulativi come di un precetto con un ruolo del tutto trascurabile, “consumato” da clausole generali più ampie. Il punto di partenza per le sue riflessioni in merito a una teoria generale sull’abuso del diritto furono infatti i parr. 242 e 826 BGB. Entrambi furono da lui considerati limiti generali all’esercizio del diritto, da intendersi, più precisamente, come limiti interni comportanti una “relatività del contenuto del diritto” (*Relativität des Rechtsinhalts*) e, nel caso fossero stati oltrepassati dal suo titolare, un “agire senza diritto” (*Handeln ohne Recht*)<sup>32</sup>. Mentre però la delimitazione dell’ambito di applicazione delle due norme nella giurisprudenza del *Reichsgericht* rimase piuttosto vaga, Siebert giunse a una sua demarcazione alquanto netta. Mosse dall’idea di “relazione eccezionale” tra i soggetti interessati (*Sonderbeziehung*)<sup>33</sup>, per poi precisare che la clausola di buona fede, in quanto “criterio oggettivo omnicomprensivo”, operava all’interno della relazione, laddove il par. 826 BGB, con una connotazione soggettiva, operava invece al di fuori di essa. Con la precisazione che l’elemento soggettivo si realizzava comunque se “la fattispecie esterna del comportamento è talmente grave da rendere insostenibile il tener conto di un’eventuale fattispecie interna scriminante”<sup>34</sup>.

Fu così che Siebert giunse a elaborare quella “sistematicità delle clausole generali” (*Generalklauselsystematik*) che diventò lo schema di riferimento per la dottrina e la giurisprudenza. Già nel 1935 il *Reichsgericht*, per la prima volta dopo il 1900, fece riferimento a una concezione dottrinale per fornire le basi al suo orientamento in tema di abuso del diritto<sup>35</sup>, e successivamente la utilizzò come punto di riferimento costante della sua prassi.

Il tutto non coinvolse il solo piano terminologico, ovvero non si risolse nella sostituzione dei riferimenti all’*exceptio doli generalis* con altri riferimenti, come quelli, di cui diremo meglio fra breve, all’“esercizio del diritto inammissibile” (*Unzulässigkeit der Rechtsausübung*). Sulla scia delle riflessioni di Siebert, i giudici iniziarono in primo luogo ad abbandonare il par. 826 BGB come norma centrale nella lotta contro l’abuso del diritto, e

32 W. SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (Parr. 226, 242, 826 BGB), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (Par. 1 UWG)*, Marburg, 1934, p. 87 ss.

33 Su questo tipo di relazione, comportante l’esistenza di un qualche “contatto sociale”, ad es. A. TEICHMANN, *Sub Par. 242*, in *BGB-Soergel, Kommentar*, vol. 2, Stuttgart, 1990, n. 33 ss.

34 W. SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, cit., p. 116.

35 RG, 22 gennaio 1935, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 146, 1935, p. 385 ss.

a utilizzare, in sua vece, la clausola di buona fede<sup>36</sup>. Pertanto, l'ambito di applicazione del par. 242 BGB finiva per non essere più limitato al diritto delle obbligazioni, risultando esteso a tutti i casi in cui vi era "un qualsiasi rapporto giuridico tra le parti" nel senso di una *Sonderbeziehung*<sup>37</sup>. Si coinvolgevano cioè il diritto di famiglia, il diritto dei beni<sup>38</sup> e financo il diritto pubblico: la norma doveva valere, come affermato da Siebert, nei confronti di "ogni diritto imperativo"<sup>39</sup>.

Allo stesso tempo, il tribunale si allontanò dall'idea, in precedenza sostenuta da gran parte della dottrina, di considerare il par. 242 BGB un'eccezione, e spesso iniziò a intervenire d'ufficio. Tutto ciò, come abbiamo detto, portò il par. 826 BGB a giocare un ruolo sempre più di second'ordine, limitato alle ipotesi prive di una *Sonderbeziehung*. Anche perché tale norma, nonostante la sua applicazione fosse accompagnata dalla rinuncia all'*animus nocendi* e al danno cagionato, mantenne in qualche modo la sua connotazione soggettiva<sup>40</sup>. E questa sua natura di disposizione più "stretta" rispetto al par. 242 BGB, caratterizzato invece dal riferimento a criteri meramente oggettivi, ben spiega a sua volta il continuo spostamento del baricentro applicativo verso la clausola di buona fede che, in fin dei conti, portò a poteri di intervento da parte del giudice quasi illimitati.

Per la dottrina del dopoguerra le riflessioni di Siebert rappresentarono<sup>41</sup>, e rappresentano tutt'ora<sup>42</sup>, un punto di riferimento centrale: senza aver mai veramente messo in discussione i fondamenti delle sue elaborazioni, essa seguì quasi incondizionatamente la teoria dei limiti interni, l'idea del par. 242 BGB quale disposizione di cui tener conto d'ufficio, nonché la sua connotazione oggettivistica. Del resto lo stesso Siebert continuò a fornire, attraverso i suoi contributi in un noto commentario al par. 242

36 Ad es. RG del 30 luglio 1936, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 152, 1937, p. 150 ss. e RG, 22 gennaio 1938, in *Juristische Wochenschrift*, 1938, p. 1023 ss.

37 RG, 24 marzo 1939, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 160, 1939, p. 348 ss.

38 Molto discussi, a tal proposito, i casi del "rapporto comunitario di vicinato" (*nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis*): ad es. RG, 16 giugno 1936, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 155, 1937, p. 154 ss.

39 W. SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, cit., p. 123 s. Ad es. RG, 16 giugno 1936, cit. e RG, 24 marzo 1939, cit.

40 RG, 16 giugno 1936, cit.

41 Ad es. A. BÖHLE-STAMMSCHRÄDER, *Sub Par. 242*, in *BGB-Erman Kommentar*, Köln, 1952, n. 7 s. e F. Wieacker, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Par. 242 BGB*, Tübingen, 1956, pp. 26 e 46.

42 Per tutti H. HEINRICHS, *Sub Par. 242*, in *BGB-Palandt Kommentar*, 60. ed., München, 2001, n. 38.

BGB, il suo contributo al tema<sup>43</sup>. In questo modo si rivelò fondamentale per la costruzione di una “sistematicità interna” (*Binnensystematik*) del par. 242 BGB, basata sull’individuazione di diversi “gruppi di casi” tipici (*Fallgruppen*) concernenti un “esercizio inammissibile del diritto”, ancora oggi fondamentale nelle discussioni in tema di abuso del diritto.

## 5 Abuso del diritto e ordine giuridico nazista

Wolfgang Siebert, come abbiamo detto il principale fautore della teoria dell’abuso del diritto nella versione tuttora prevalente, è stato un acceso sostenitore del nazismo, in prima fila nel cosiddetto rinnovamento del diritto secondo i dettami della dittatura<sup>44</sup>. Non fu certo l’unico giurista di regime a mantenere posizioni di potere dopo la conclusione del secondo conflitto mondiale<sup>45</sup>. Si trovò in buona compagnia, circondato da molti tra coloro i quali si erano occupati di edificare l’ordine economico nazista, non a caso assunto a punto di riferimento per l’ordine economico della Repubblica di Bonn: sul punto torneremo nella conclusione di questo lavoro.

Siebert fu un esponente di primo piano della *Kieler Schule*, la scuola di diritto nazista tra i cui esponenti si annoverano Karl Larenz e Franz Wieacker, oltre che membro dell’Accademia del diritto tedesco (*Akademie für Deutsches Recht*), cui il potere politico conferì l’incarico di supportare le riforme legislative nei più disparati settori dell’ordinamento, diritto dell’economia in testa<sup>46</sup>. In quell’ambito si lavorò tra l’altro al *Volksgesetzbuch*, il “Codice civile popolare” che avrebbe dovuto sostituire il *Bürgerliches Gesetzbuch*, letteralmente “Codice civile borghese”, i cui lavori furono però interrotti al principio degli anni quaranta<sup>47</sup>. Ebbene, proprio al tema dell’abuso del diritto l’articolato, pur ampiamente incompleto, dedica notevole spazio, il tutto sulla base di costruzioni che appaiono decisamente influenzate da Siebert.

Di questa influenza troviamo riscontro innanzi tutto nell’attrazione della figura entro l’orbita della buona fede, come evidenziato dalle disposizioni in tema di “abuso del diritto e limiti all’esercizio del diritto” (*Rechts-*

43 W. SIEBERT, *Sub Par. 242*, in *BGB-Soergel Kommentar*, 9. ed., Stuttgart, 1959, n. 24 ss.

44 Per tutti H.-P. HAFERKAMP, *Wolfgang Siebert*, in *Neue Deutsche Biographie*, vol. 24, Berlin, 2010, p. 325.

45 Già I. MÜLLER, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München, 1989.

46 Per tutti H. HATTENHAUER, *Die Akademie für Deutsches Recht*, in *Juristische Schulung*, 1986, p. 680 ss.

47 Ad es. M. STOLLEIS, *Voce Volksgesetzbuch*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 5, Berlin, 1998, col. 990 ss.

*mißbrauch und Grenzen der Rechtsausübung*), collocate in apertura dell'articolato tra le "regole fondamentali per il Codice popolare" (*Grundregeln für das Volksgesetzbuch*). Lì si premette che "chiunque, nell'adempimento dei suoi doveri e nell'esercizio dei suoi diritti, deve rispettare la buona fede e il buon costume", e che "deve tenere doverosamente conto dei legittimi interessi del membro della comunità di popolo partecipante al traffico giuridico, ovunque preferendo il benessere della comunità alla propria utilità". Segue la precisazione che "l'abuso del diritto non riceve tutela giuridica" e che "è abusivo ogni esercizio del diritto che contrasta con la buona fede o il buon costume". Il tutto completato da una esemplificazione di questi assunti: "abusa di un diritto in particolare chi insiste nel richiedere il letterale adempimento di una obbligazione divenuta senza senso o senza scopo, chi fa valere una pretesa così tardi da porsi in contrasto in modo insopportabile con un suo precedente comportamento, chi in sede di esecuzione agisce con una durezza tale da essere confliggente grossolanamente con il sano sentimento popolare"<sup>48</sup>.

Il nazismo, come l'esperienza fascista in genere, è stata perversione delle libertà politiche, al servizio della quale si è posto anche l'istituto dell'abuso del diritto, ad esempio per allineare il diritto delle persone e della famiglia alla politica razziale del regime e in particolare alla sua ispirazione antisemita<sup>49</sup>. Peraltro fu tipico dell'esperienza fascista aver sacrificato le libertà politiche in funzione di una riforma delle libertà economiche, che la mano visibile dello Stato doveva presidiare al fine di prevenire e fronteggiare i fallimenti del mercato<sup>50</sup>. Era, questo, il senso di una dottrina che fu chiamata ordoliberalismo per sottolinearne l'essenza: una commistione tra istanze liberatorie e istanze ordinatorie nel senso precisato da una scuola di giuristi ed economisti che contribuì a definire le linee dell'economia nazista<sup>51</sup>.

In fin dei conti le formule elaborate dalla Pandettistica offrivano spunti per sviluppare entrambe le istanze, come si evince in particolare dalla tradizionale definizione di diritto soggettivo come "signoria della volontà

48 Cfr. i punti 18, 19 e 20 delle *Grundregeln für das Volksgesetzbuch des Grossdeutschen Reiches* (maggio 1941), in W. SCHUBERT (a cura di), *Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien*, Berlin e New York, 1988, p. 46.

49 Esempi in G. DAHM, *Deutsches Recht*, Hamburg, 1944, p. 357.

50 Su questo rinviamo ad A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, p. 49 ss.

51 F. BÖHM, W. EUCKEN e H. GROßMANN-DOERTH, *Unsere Aufgabe*, in F. BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart e Berlin, 1937, p. I ss.

concessa dall'ordinamento giuridico"<sup>52</sup>. Era sufficiente porre l'accento su quest'ultimo aspetto per produrre costruzioni capaci di superare l'assolutezza del diritto nello stesso senso auspicato dalla letteratura italiana di epoca fascista. Anche quest'ultima non metteva in discussione l'esistenza del diritto soggettivo, ma attribuiva ai pubblici poteri il compito di ridurlo a funzione<sup>53</sup>, ovvero di definirne il contenuto sulla base di valutazioni concernenti quanto si ritiene essere il motore del sistema economico: il coordinamento delle attività umane attraverso interventi incisivi e non il loro abbandono alle discrete cure della mano invisibile.

Da quanto appena riferito si comprende la veste retorica utilizzata dalla letteratura di epoca nazista per affrontare il tema dell'abuso del diritto, considerato alla luce di una caratteristica attribuita al diritto germanico, capace di differenziarlo dal diritto romano: se il secondo era divenuto lo strumento per esaltare la signoria dell'individuo e dunque il profilo dei diritti del singolo, il primo poneva invece l'accento sui doveri di questo nei confronti della collettività, cui sacrificare l'interesse individuale<sup>54</sup>. Di qui l'assenza di una disposizione generale inclusa nel *Bürgerliches Gesetzbuch*, che tuttavia si sarebbe potuta ricavare dalle molte disposizioni che costituiscono una sua applicazione: prime fra tutte quelle, contenute anche in provvedimenti speciali di diritto civile e amministrativo, che disciplinano l'uso della proprietà produttiva e di quella abitativa<sup>55</sup>.

Va da sé che, tra gli abusi del diritto colpiti dalla disciplina della proprietà produttiva, rientrano anche i comportamenti che alimentano la "lotta di classe": quindi le serrate, gli scioperi e i boicottaggi. Ma l'intero ordine economico è complessivamente governato dal principio per cui le condotte individuali sono riconosciute nella misura in cui perseguono finalità di ordine superindividuale, ovvero se contribuiscono al benessere collettivo: solo a queste condizioni un diritto astrattamente riconosciuto può essere concretamente esercitato<sup>56</sup>.

Non è un caso se gli studiosi che elaborarono queste posizioni, e più in generale alimentarono il punto di vista ordoliberalista sulla disciplina del mercato, attraversarono indenni il crollo del nazismo e restarono protagonisti anche negli anni successivi la fine del secondo conflitto mondiale. Non è un caso giacché l'ordoliberalismo, in quanto teoria indifferente alle

52 B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8. ed. a cura di T. Kipp, vol. 1, Frankfurt M., 1901, p. 131.

53 F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, 1947, p. 93 (il lavoro si fonda su una relazione pronunciata dall'autore nel 1942).

54 Cfr. A. SOMMA, *Da Roma a Washington*, in P.G. MONATERI, T. GIARO e A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005, p. 194 ss.

55 Ad es. F. WIEACKER, *Bodenrecht*, Hamburg, 1938, p. 47 ss.

56 Cfr. K. LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, vol. 1, 1937, p. 85 ss. e vol. 2, Hamburg, 1936, p. 43.

sorti della democrazia, ben può convivere con essa, alla sola condizione di contemplare un utilizzo del principio di concorrenza come strumento di direzione politica dell'ordine economico<sup>57</sup>. E questo è esattamente ciò che è avvenuto e avviene tutt'ora anche grazie alla disciplina dell'abuso del diritto: ne parleremo in conclusione, dopo aver passato in rassegna la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, il vertice della giustizia civile nella Repubblica di Bonn prima, e nella Germania unita poi.

## 6 Gli orientamenti del *Bundesgerichtshof*: venire contra factum poprium e *Verwirkung*

Anche la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, sostanzialmente sulle orme di quella del *Reichsgericht*, fu profondamente influenzata dalle teorie formulate nel corso degli anni Trenta. Ciò emerse fin da subito, quando in una sentenza dei primissimi anni Cinquanta la Corte, con significativi richiami alla dottrina francese, fece diretto riferimento all'idea della "relatività del diritto" sostenuta da Siebert. E lo fece per affermare che "l'esercizio inammissibile del diritto è un agire senza o contro il diritto", e che "il contenuto di ogni diritto è limitato dai buoni costumi e dalla buona fede"<sup>58</sup>.

A questo orientamento giurisprudenziale, in linea con una diffusa propensione dell'ordinamento tedesco al suo sviluppo per via giurisprudenziale (*richterliche Rechtsfortbildung*), non furono risparmiate critiche da parte della dottrina. Alcuni autori formulavano condanne definitive, rimproverando a Siebert di aver pervertito il sistema di tutela dei diritti individuali: lo vedremo fra breve. Altri autori puntavano più semplicemente a ricondurre il principio dell'inammissibilità del diritto a schemi ancorabili alla tradizione etico sociale e tecnico giuridica (*sozialethische und fachjuristische Tradition*). Fu questa la prospettiva scelta da un autore come Franz Wieacker, prima tra i principali esponenti della Scuola di Kiel e poi impegnato a prevenire che le corti decidessero secondo "un'equità del tutto arbitraria" (*willkürliches Billigkeitsstreben*)<sup>59</sup>.

Per evitare questa deriva, Wieacker volle tipizzare la buona fede sulla base delle principali funzioni da essa svolte (*Funktionsschichten*), individuando tra esse una funzione suppletiva, a concretizzare ulteriormente le

57 Già L. MIKSCH, *Möglichkeiten und Grenzen der gebundenen Konkurrenz*, in G. SCHMÖLDERS (a cura di), *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese*, Berlin, 1942, p. 102 ss.

58 BGH, 12 luglio 1951, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 3, 1951, p. 94 ss.: "la proposizione valevole per il diritto francese per cui *le droit cesse où l'abus commence* vale anche per il diritto tedesco".

59 F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung*, cit., p. 27.

diverse categorie già individuate da Siebert<sup>60</sup>. Ancora oggi, sia in sede teorica sia in sede giurisprudenziale, si fa ampiamente riferimento a questa individuazione e concretizzazione, anche se non si è affermata, al riguardo, né una suddivisione, né una terminologia uniforme<sup>61</sup>.

A tal proposito, tre le ipotesi individuate dalle corti e poi elaborate in dottrina, rientra il divieto del *venire contra factum proprium*. Inteso dal *Reichsgericht* come il vero principio fondante l'*exceptio doli*<sup>62</sup>, l'ipotesi dell'esercizio di un diritto in contrasto con un precedente comportamento del suo titolare rappresenta una delle fattispecie centrali in cui generalmente viene ravvisato un abuso del diritto. Ciò a condizione che sia stato ingenerato un legittimo affidamento della controparte<sup>63</sup>, o che vi siano state "altre particolari circostanze" da cui ricavare indizi di un esercizio del diritto contrario a buona fede<sup>64</sup>, e sempre che la controparte, in virtù dell'affidamento, sia stata indotta a tenere un comportamento svantaggioso: di norma effettuando disposizioni patrimoniali, ma anche evitando di farlo, come nel caso in cui ometta di concludere un'assicurazione sulla vecchiaia nell'erronea convinzione che avrebbe percepito la pensione<sup>65</sup>, o di intervenire per interrompere una prescrizione<sup>66</sup>.

Sulla base di questi presupposti la Cassazione civile tedesca ha sostenuto una violazione del par. 242 BGB nel caso in cui la parte, intenzionata a trattenere la prestazione della controparte, si era appellata comunque alla nullità del contratto per sottrarsi alla propria obbligazione<sup>67</sup>. E lo stesso dicasi per il caso del dipendente che, dopo essersi dimesso, sostiene l'inefficacia del licenziamento e chiede la continuazione del rapporto lavorativo<sup>68</sup>. O per l'ipotesi in cui il locatore receda dal contratto di locazione in ragione di "necessità proprie" (*Eigenbedarf*), non sopravvenute ma note

60 Anche per Wieacker le riflessioni di Siebert rappresentarono un punto di riferimento essenziale: *Zur rechtstheoretischen Präzisierung*, cit., pp. 26, 27, 46.

61 H. HEINRICHS, *Sub Par. 242*, cit., n. 42.

62 RG del 30 maggio 1904, cit.

63 Ad es. BGH, 22 maggio 1985, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 94, 1985, p. 344 ss.

64 BGH, 5 giugno 1997, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 3377 ss.

65 BGH, 3 febbraio 1982, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1986, p. 732 ss.

66 BGH, 8 giugno 1978, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, p. 1975 ss e BGH, 10 maggio 1983, *ivi*, 1983, p. 2075 ss.

67 BGH, 20 gennaio 1954, in *Der Betrieb*, 1954, p. 150 ss.

68 BGH, 29 novembre 1965, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 44, 1966, p. 271 ss. e BGH, 8 novembre 1999, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 1329 ss.

nel momento della conclusione del contratto<sup>69</sup>.

In parte considerato un esempio applicativo tipico del divieto di *venire contra factum poprium*<sup>70</sup>, e in parte considerata un'ipotesi a esso vicina<sup>71</sup>, viene poi in rilievo l'istituto della *Verwirkung*. Quest'ultima è intesa come inerzia nell'esercizio di un proprio diritto, o nella reazione alla sua violazione, per un determinato periodo di tempo (cd. *Zeitmoment*)<sup>72</sup>, tale da provocare nella controparte l'affidamento legittimo che il diritto non verrà più esercitato<sup>73</sup>. Presupposto, quest'ultimo, escluso ad esempio nel caso in cui il debitore non conceda le informazioni necessarie in merito all'esistenza e all'entità della pretesa, causando così l'inerzia dell'avente diritto<sup>74</sup>, o avrebbe dovuto riconoscere che l'avente diritto non era a conoscenza della sua pretesa<sup>75</sup>.

La Cassazione civile tedesca ha ripetutamente affermato che il mero trascorrere del tempo non porta automaticamente a soddisfare l'ulteriore presupposto che condiziona la *Verwirkung*: l'aver tenuto un comportamento svantaggioso, ovvero, di norma, aver effettuato disposizioni patrimoniali tali da comportare uno "svantaggio irragionevole" (cd. *Umstandsmoment*)<sup>76</sup>. Presupposto soddisfatto, per esempio, laddove la

69 Ad esempio BGH, 21 gennaio 2009, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, p. 1139 ss.; BGH, 13 aprile 2010, in *Wohnungswirtschaft und Mietrecht*, 2010, p. 575 ss.; BGH, 6 luglio 2010, *ivi*, 2010, p. 512 ss. e BGH, 20 marzo 2013, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, p. 1596 ss. Recentissima, ma negando un abuso del diritto, BGH, 4 febbraio 2015, *ivi*, 2015, p. 1087 ss.

70 Per tutti H. HEINRICHS, *Sub Par.* 242, cit., n. 87 e A. TEICHMANN, *Sub Par.* 242, cit., n. 332.

71 K. LARENZ E M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 289. V. anche P. ROTH, *Sub Par.* 242, in *BGB-Münchener Kommentar*, vol. 2, München, 2003, n. 297, che discorre di uno sviluppo autonomo della *Verwirkung*.

72 L'elemento temporale non è precisamente determinabile, ma condizionato, tra l'altro, dal tipo di diritto considerato, dal grado di intensità dell'affidamento ingenerato, oltre che dalle circostanze del singolo caso: ad es. H. HEINRICHS, *Sub Par.* 242, cit., n. 93. Sulla delimitazione tra prescrizione (*Verjährung*) e *Verwirkung* - la prima *Einrede*, e quindi da tenere in considerazione solo nel caso in cui il soggetto se ne avvalga, la seconda *Einwendung* e quindi da considerare d'ufficio - v. ad es. A. TEICHMANN, *Sub Par.* 242, cit., n. 332 ss.

73 Ad es. BGH, 16 marzo 2007, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, p. 2183 ss. Quest'ultimo presupposto esclude la *Verwirkung* in merito a tutti quei diritti di cui la controparte non è l'unica a poter disporre, diritti, quindi, che tutelano la collettività, come ad esempio quelli riguardanti la concorrenza sleale: BGH, 7 novembre 2002, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2003, p. 628 ss.

74 BGH, 27 giugno 1957, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 25, 1958, p. 47 ss.

75 BGH, 5 settembre 1999, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 140 ss. Recentemente anche BAG, 22 febbraio 2012, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2012, p. 1629 ss.

76 Da ultimo BGH, 23 gennaio 2014, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2014, 1230. Ma vedi già BGH, 20 luglio 2010, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, p. 212 ss. e BGH, 14 gennaio 2010, in *Baurecht*, 2010, p. 618 ss.

controparte rinunci a una possibile traslazione verso terzi dell'importo controverso<sup>77</sup>, ovvero quando, di fronte alla richiesta successiva e tardiva di prestazioni alimentari, si vede costretta ad affrontare difficoltà economiche che si sarebbero altrimenti evitate<sup>78</sup>.

## 7 (Segue) Acquisto e frustrazione sleale di una posizione giuridica e assenza di un interesse legittimo

Alle due ipotesi cui abbiamo fatto finora riferimento, si aggiungono ulteriori *Fallgruppen* che fungono da segnavia per la giurisprudenza nell'individuazione di un abuso del diritto nel caso concreto. Mentre l'eccezione dell'"acquisto sleale della propria posizione giuridica" (*unredlicher Erwerb der eigenen Rechtsstellung*), sviluppata sulla base dell'*exceptio doli preteriti* del diritto comune, riguarda la rivendicazione di un diritto da parte di un soggetto che l'ha acquisito in modo contrario alla legge o al contratto<sup>79</sup>, quella della "frustrazione sleale di una posizione giuridica" (*unredliche Vereitelung einer Rechtsstellung*) riguarda il caso speculare, ovvero quello in cui il soggetto impedisce che la controparte possa acquisire determinati diritti.

Entrambe le ipotesi comprendono anche le azioni contrarie a buona fede che conducono alla creazione di presupposti tali da permettere l'esercizio di diritti all'interno di un rapporto regolarmente instaurato, così come le azioni anch'esse contrarie a buona fede che mirano a impedire l'esercizio di diritti esistenti sulla base di un rapporto regolarmente instauratosi. Sono le ipotesi in cui, ad esempio, non si possono far valere la mancata notifica da parte da chi l'ha ostacolata attraverso la rimozione della cassetta delle lettere<sup>80</sup>, oppure determinati vizi di forma da parte di chi ha impedito la conclusione del contratto nella forma dovuta<sup>81</sup>.

Con riferimento alla validità di un contratto viziato nella forma, il *Bun-*

77 BGH, 22 maggio 1997, in *Versicherungsrecht*, 1997, p. 1004 ss.

78 BGH, 13 gennaio 1988, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 103, 1988, p. 63 ss.

79 BGH, 6 ottobre 1971, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 57, 1972, p. 108 ss. Il comportamento del soggetto, dovendo essere causale per l'acquisto del diritto, non impedisce l'avanzamento delle pretese nel caso in cui l'acquisizione sarebbe avvenuta anche senza un comportamento contrario a buona fede: cfr. A. TEICHMANN, *Sub Par.* 242, cit., n. 281.

80 BGH, 3 novembre 1976, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 67, 1977, p. 271 ss. Anche BGH, 27 ottobre 1982, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, p. 929 ss. riguardante il rifiuto infondato di prendere in consegna una raccomandata.

81 Per F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung*, cit., p. 28 s. l'inammissibilità della domanda di far valere certi vizi di forma, essendo dovuta a un determinato compor-

*desgerichtshof* ha affrontato il problema in una serie di casi riguardanti innanzi tutto contratti di compravendita di immobili. La formula utilizzata dalla Corte, secondo la quale il contratto è da ritenersi valido qualora il risultato della nullità sarebbe “del tutto insostenibile” (*schlechthin untragbar*) per la parte coinvolta<sup>82</sup>, può essere intesa in due modi: in senso socio economico, in quanto attiene a una “minaccia alla propria esistenza” (*Existenzgefährdung*)<sup>83</sup>, oppure in senso morale, come ipotesi di “violazione particolarmente grave del principio di lealtà” (*besonders schwere Treuepflichtverletzung*)<sup>84</sup>.

La dottrina, critica verso una formula troppo vaga e arbitraria perché priva di criteri precisi, propone in sua vece l’applicazione dei criteri del *venire contra factum proprium*, potendo così operare distinzioni sulla base del criterio della legittimità dell’affidamento della controparte<sup>85</sup>. In tal modo la conoscenza da parte dell’acquirente della prescrizione di forma implica la consapevolezza circa il rischio inerente l’affidamento della mera “buona volontà” del venditore, e in quanto tale comporta l’esclusione del diritto all’adempimento<sup>86</sup>. Diverso è invece il caso in cui l’acquirente era legittimato a fidarsi sul presupposto che il contratto non avrebbe necessitato una determinata forma, che può ad esempio discendere da un *gap* informativo tra le due parti: si pensi alla grande società la quale, nel momento della conclusione di un contratto richiedente il rogito notarile, induca l’altra parte, un *ex-impiegato*, a rinunciare alla forma prescritta richiamando la sua importanza e fama, oltre al fatto che in genere usa ritenere equivalente la scrittura privata<sup>87</sup>.

Al di là delle ipotesi già riportate, abusa del suo diritto anche colui che sia privo di un “interesse proprio legittimo” (*berechtigtes Eigeninteresse*).

Un simile interesse può essere del tutto inesistente fin dal principio o

tamento precedente del soggetto, rappresenta un esempio applicativo del divieto di *venire contra factum proprium*.

82 Così già BGH, 27 ottobre 1967, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 48, 1968, p. 396 ss. Successivamente BGH, 5 maggio 1983, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, p. 2504 ss.; BGH, 20 settembre 1984, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 92, 1985, p. 164 ss. e BGH, 24 aprile 1998, *ivi*, 138, 1998, p. 339 ss.

83 V. già BGH, 18 febbraio 1955, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 16, 1955, p. 334 ss. e BGH del 5 febbraio 1957, *ivi*, 23, 1957, p. 249 ss. Più di recente BGH, 20 dicembre 2001, *ivi*, 149, 2002, p. 326 ss.

84 BGH, 5 maggio 1983, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 87, 1983, p. 237 ss.; BGH, 20 settembre 1984, *ivi*, 92, 1985, p. 164 ss. e BGH, 20 dicembre 2001, *cit.*

85 Così A. TEICHMANN, *Sub Par.* 242, *cit.*, n. 326 ss.

86 Stesso esito in BGH, 22 giugno 1973, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, p. 1455 ss.

87 BGH, 27 ottobre 1967, *cit.*

cessare di esistere in seguito al raggiungimento dello scopo che il titolare dell'interesse si era prefisso. Questa fattispecie, che pur non comprendendo l'*animus nocendi* si avvicina molto al divieto di atti emulativi<sup>88</sup>, si verifica ad esempio quando si fanno valere vizi della cosa nonostante essi non siano più esistenti perché già eliminati<sup>89</sup>. Oppure qualora i fatti che hanno causato l'errore non siano più esistenti nel momento dell'impugnazione<sup>90</sup>, o ancora quando dichiarazioni mendaci nei confronti dell'assicurazione vengano corrette prima che quest'ultima possa subire un danno<sup>91</sup>.

Se in simili ipotesi il creditore è immeritevole di tutela in modo assoluto, in altre esso può esserlo in termini relativi, da valutare attraverso un raffronto con gli interessi del debitore: occorre che l'esercizio del diritto provochi al creditore svantaggi o danni sproporzionati<sup>92</sup>, o che comunque la sua posizione risulti bisognosa di maggiore tutela.

La Cassazione tedesca ha affrontato quest'ultimo aspetto in una serie di casi concernenti l'esclusione, contrattualmente concordata, della compensazione. Si è ritenuto di non consentire di avvalersi di una tale previsione al creditore successivamente fallito<sup>93</sup>, o al creditore nei cui confronti la controparte avanzi una pretesa risarcitoria per fatto illecito<sup>94</sup>. La dottrina accoglie con favore l'orientamento giurisprudenziale per quest'ultima vicenda, ritenendolo giustificato dal fatto che rappresenta un'ipotesi molto vicina a quella dell'"acquisto sleale della propria posizione giuridica". È invece più critica nel caso del fallimento del creditore: l'esclusione contrattuale della compensazione, invero, sarebbe segno del fatto che il debitore, avendo voluto assumersi in tutta autonomia determinati rischi, ha rinunciato "a mettere al sicuro i propri interessi"<sup>95</sup>.

Infine, nella categoria dell'interesse legittimo mancante, giurisprudenza e dottrina fanno rientrare anche l'ipotesi del cd. *dolo agit*: l'ipotesi in cui un soggetto richiede a un altro soggetto di effettuare una prestazione che tuttavia, poco dopo, sarebbe tenuto a restituirlgli perché quest'ultimo

88 A. TEICHMANN, *Sub Par. 242, cit.*, n. 291.

89 BGH, 22 febbraio 1984, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, p. 2287 ss.

90 BGH, 11 marzo 1992, in *Wertpapiermitteilungen*, 1983, p. 1055 ss. Anche BGH, 30 giugno 2000, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 2894 ss.

91 BGH, 5 dicembre 2001, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 518 ss.

92 Tale ipotesi può considerarsi espressione del principio di proporzionalità: BGH, 7 novembre 2002, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2003, p. 628 ss.

93 BGH, 6 marzo 1975, in *Wertpapiermitteilungen*, 1975, p. 614 ss.; BGH, 26 febbraio 1987, *ivi*, 1987, p. 732 ss. e BGH, 19 settembre 1988, in *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport*, 1989, p. 1984 ss.

94 BGH, 15 febbraio 1978, in *Wertpapiermitteilungen*, 1978, p. 620 ss. V. anche BGH, 6 aprile 2011, *ivi*, 2011, p. 1870 ss.

95 Per tutti A. TEICHMANN, *Sub Par. 242, cit.*, n. 294.

dispone di una contropotesa nei suoi confronti. L'eccezione del *dolo agit qui petit, quod stat redditurus est*, basata sull'idea dell'inammissibilità di pretese qualora manchi un interesse proprio "duraturo"<sup>96</sup>, è applicabile a qualsiasi tipo di contropotesa: sia essa relativa a un diritto reale<sup>97</sup>, a un adempimento contrattuale<sup>98</sup>, a un risarcimento del danno<sup>99</sup> o a un arricchimento ingiustificato<sup>100</sup>.

Il tutto, sia detto per inciso, a condizione che la contropotesa non sia relativa a un rapporto a prestazioni correlate (*Zug-um-Zug-Leistung*) che il richiedente si rifiuta di effettuare<sup>101</sup>. In tal senso la Cassazione tedesca ha affermato un esercizio abusivo del diritto per la richiesta di consegna, da parte del datore di lavoro, di copie di documenti dei cui originali egli stesso disponeva, al solo fine di mettere in difficoltà il lavoratore per la deduzione della prova<sup>102</sup>. Lo stesso si è deciso nel caso in cui l'avente diritto intendeva avvalersi di un debito fondiario rispetto al quale esisteva, da parte sua, l'obbligo di restituzione<sup>103</sup>, o ancora nel caso in cui ci si voleva appellare alla nullità di una procura e il rappresentato era tenuto a conferirla<sup>104</sup>.

Il panorama giurisprudenziale qui descritto conferma il ruolo indiscusso del par. 242 BGB, norma cardine nella lotta contro l'abuso del diritto, rispetto alla quale i parr. 826 e 226 BGB assumono un ruolo assolutamente secondario: il primo ha ben presto esaurito la sua funzione pratica, mentre le applicazioni del secondo da sempre devono cercarsi "con la lanterna"<sup>105</sup>. Attraverso il riferimento alla buona fede le corti hanno comunque condotto a una nozione di *Rechtsmissbrauch* che va al di là delle ipotesi di abuso del diritto in senso stretto. Il par. 242 BGB ha cioè assunto, anche al di fuori

96 F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung*, cit., p. 29.

97 BGH, 21 maggio 1953, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 10, 1954, p. 69 ss.

98 BGH, 7 maggio 1974, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, p. 1651 ss.

99 BGH, 17 dicembre 1986, in *Wertpapiermitteilungen*, 1987, p. 349 ss.; BGH del 24 maggio 1976, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 66, 1977, p. 302 ss. e BGH, 3 dicembre 1991, *ivi*, 116, 1992, p. 200 ss.

100 BGH, 19 marzo 1973, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 56, 1971, p. 22 ss. e BGH, 28 maggio 1979, *ivi*, 74, 1980, p. 300 ss.

101 BGH, 24 ottobre 2003, in *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport*, 2004, p. 229 ss.

102 BGH, 21 dicembre 1989, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 110, 1990, p. 30 ss. ove la Corte, oltre al par. 242, ricorre anche al par. 226 BGB.

103 BGH, 2 dicembre 1955, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 19, 1956, p. 205 ss. Anche BVerfG, 8 novembre 2004, in *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport*, 2005, p. 500 ss.

104 BGH, 22 ottobre 2003, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 62 ss.

105 B. VON FELDMANN, *Sub Par. 226*, cit., n. 1.

del campo dell'esecuzione dell'obbligazione in senso stretto, "il compito di giustificare un generale divieto di esercizio scorretto o intenzionalmente dannoso del diritto"<sup>106</sup>.

## 8 Abuso del diritto, ordoliberalismo ed economia sociale di mercato

Quello dell'abuso del diritto è un tema tipicamente ordoliberale. È anzi il tema ordoliberale per antonomasia, costitutivo di un movimento nato per contrastare le concentrazioni di potere economico e per ritenere a tal fine che, sebbene rappresentassero per un verso un'attuazione della libertà contrattuale, ne costituivano per un altro un abuso, dunque un comportamento non tutelato dal diritto.

Dal punto di vista ordoliberale le concentrazioni di potere sono produttive di comportamenti antisistema: consentono agli operatori economici di esercitare forza centrifuga, ovvero di assecondare finalità che frustrano il libero incontro di domanda e offerta e dunque inceppano il funzionamento del meccanismo concorrenziale. Azzerare il potere economico significa allora spoliticizzare il mercato, costringere i suoi operatori a tenere i soli comportamenti che costituiscono reazioni automatiche ai suoi stimoli, con ciò "sincronizzando interessi individuali e interessi collettivi"<sup>107</sup>. Di qui la tradizionale lotta, cui abbiamo appena fatto riferimento, contro i cartelli tra imprese e contro la tendenza, ben rappresentata nella giurisprudenza del *Reichsgericht*, a considerarli espressione di autonomia privata, in quanto tali non passibili di essere repressi dal diritto<sup>108</sup>.

Nel merito, fin dagli anni Venti del secolo scorso, l'ordinamento tedesco si era dotato di un disciplina più o meno organica, che tuttavia mirava al controllo amministrativo e dunque politico sui cartelli, piuttosto che al loro divieto<sup>109</sup>. Una disciplina che il regime nazista, fin da subito impegnato a edificare un'economia di guerra, modificò per amplificare i poteri di intervento del potere politico, che avrebbe anche potuto imporre la costituzione di cartelli ove ritenuta corrispondente "all'interesse del sistema economico e al benessere collettivo"<sup>110</sup>. Di qui la battaglia che gli ordoli-

106 A. LAS CASAS, *Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario* (luglio 2013), in [www.comparazioneDirittoCivile.it](http://www.comparazioneDirittoCivile.it), p. 24.

107 F. BÖHM, *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, p. 147.

108 Ad es. F. BÖHM, *Das Reichsgericht und die Kartelle. Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Kritik an dem Urteil des RG vom 4. Februar 1897*, in *Ordo*, 1948, p. 197 ss.

109 *Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen* del 2 novembre 1923.

110 Par. 1 *Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen* del 15 luglio 1933.

berali condussero per ottenere, dopo il crollo del nazismo, un intervento del legislatore in linea con il proposito di contrastare le concentrazioni economiche in quanto tali.

Il tutto avveniva in un contesto decisamente favorevole a quelle concentrazioni, che sicuramente intralciavano le necessità dell'ordine economico eretto a sistema, ma che altrettanto sicuramente corrispondevano ai desiderata dei singoli operatori economici, comprensibilmente interessati a mettersi al riparo dalla concorrenza. E questi erano decisamente numerosi, come testimonia la circostanza che nei settori siderurgico, minerario, chimico e bancario le concentrazioni monopolistiche avevano assunto le medesime dimensioni registrate al principio dell'epoca weimariana<sup>111</sup>.

La volontà di produrre una nuova disciplina sul presidio della concorrenza condusse a un disegno di legge che vide la luce verso la metà degli anni Cinquanta, quando il problema delle concentrazioni aveva assunto dimensioni incompatibili con l'inerzia dei pubblici poteri<sup>112</sup>. Il disegno era incentrato sul divieto di ricorrere ai cartelli tra imprese e sul controllo delle concentrazioni e fusioni societarie, quindi appariva massimamente ispirato al credo ordoliberal. Nella relazione di accompagnamento il contrasto delle concentrazioni di potere economico veniva infatti considerato il presidio primo di un'economia di mercato, a sua volta ritenuta il miglior modo di assicurare un alto rendimento delle attività produttive e quindi un cospicuo benessere sociale, inteso come benessere dei consumatori elevati al rango di "conduttori della vita economica"<sup>113</sup>.

Se queste furono le premesse per l'emanazione di una disciplina sul contrasto delle limitazioni alla concorrenza, il risultato finale non appariva coerente, il tutto come esito di pressioni esercitate dagli interessi imprenditoriali organizzati. Nella seconda metà degli anni Cinquanta si giunse infatti alla Legge contro le limitazioni della concorrenza tutt'ora vigente<sup>114</sup>, un provvedimento fondato sull'idea che le limitazioni della concorrenza potevano ammettersi oltre l'ipotesi, ammessa da parte ordoliberal, dei cosiddetti "monopoli inevitabili": quelli che favoriscono l'efficienza produttiva o generano effetti di favore per i consumatori<sup>115</sup>. Se non altro, la valutazione delle limitazioni della concorrenza era stata concepita in modo

111 Per tutti D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford, 2003, p. 266 ss.

112 Cfr. P. HÜTTENBERGER, *Wirtschaftsordnung und Interessenpolitik in der Kartellgesetzgebung der Bundesrepublik 1949-1957*, in *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 1976, p. 287 ss.

113 *Amtliche Begründung zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 17 febbraio 1954, in G. BRÜGGEMEIER, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, vol. 2, Frankfurt M., 1979, p. 412 ss.

114 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 27 luglio 1957.

115 Cfr. F.A. LUTZ, *Bemerkungen zum Monopolproblem*, in *Ordo*, 1949, p. 39.

tale da prevenire eccessive ingerenze della politica: il sistema di controllo del mercato è di tipo amministrativo, ma concepito con le modalità e le prerogative di un controllo giudiziale, secondo uno schema non del tutto distante da quello voluto dagli ordoliberali<sup>116</sup>.

Peraltro, dal punto di vista ordoliberalesimo, il contrasto dell'abuso del diritto non si esaurisce nel divieto dei cartelli o nel loro controllo. Questo, come abbiamo detto, è l'aspetto centrale, ma evidentemente non è l'unico: per il corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale occorre che le condotte degli operatori economici complessivamente intese siano tali da incentivare o quantomeno assecondare il funzionamento della concorrenza<sup>117</sup>. Occorre cioè che siano condotte le quali, oltre a presidiare la moltiplicazione dell'offerta di beni e servizi, inducano relazioni corrette e trasparenti tra chi produce quei beni e quei servizi e chi li richiede: i consumatori, infatti, devono essere posti nelle condizioni di assolvere alla loro funzione di sistema, ovvero di selezionare in modo efficiente i beni e servizi immessi sul mercato<sup>118</sup>. E ciò è quanto viene incentivato da molti tra i precetti elaborati dalla giurisprudenza a partire dalle disposizioni del Codice civile tedesco, quella sull'esecuzione della prestazione secondo buona fede in testa, da cui ricavare il principio per cui l'ordinamento colpisce l'abuso del diritto.

Tutto ciò avviene sulla base di costruzioni che derivano dall'epoca nazista e che anzi sono state concepite da un nazista come Wolfgang Siebert. Di qui le riflessioni che hanno appassionato alcuni autori, impegnatisi nel tentativo di comprendere se questo comportava e comporta una sorta di fascistizzazione dell'attuale ordinamento privatistico tedesco<sup>119</sup>.

A ben vedere il tema rinvia a una tra le questioni più controverse, in Germania, tra i cultori del diritto e delle scienze sociali in genere: il segno politico dell'economia sociale di mercato (*soziale Marktwirtschaft*), la dottrina ritenuta una sorta di mito fondativo della rinata democrazia tedesca, i cui padri nobili furono i giuristi e gli economisti che al tempo della dittatura nazista elaborarono il credo ordoliberalesimo. Va da sé che per la schiacciante maggioranza dei tedeschi l'ordoliberalismo non appare in alcun modo compromesso con la dittatura: al contrario, i suoi esponenti sarebbero stati in verità oppositori della dittatura, tutt'al più impegna-

116 Lo ammette per tutti W. EUCKEN, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, in *Ordo*, 1949, p. 68.

117 S. HABERL, *Riflessioni sparse sul divieto di discriminazione nel diritto dei contratti*, in *Politica del diritto*, 2011, p. 79 ss.

118 Cfr. A. SOMMA, *Razzismo economico e società dei consumi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, p. 447 ss.

119 Cfr. H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre*, cit., p. 339 ss. In precedenza W. WEBER, *Sub Par 242*, in *BGB-Staudingers Kommentar*, Berlin, 1961, n. D 29.

ti a limitarne i danni. E tuttavia non mancano ricostruzioni di tutt'altro segno<sup>120</sup>, le quali possono a ben vedere fondarsi su numerosi riscontri<sup>121</sup>: primo fra tutti la circostanza che l'espressione "economia sociale di mercato" fu coniata da Alfred Müller-Armack, braccio destro di Ludwig Erhard, il Ministro dell'economia dell'Era Adenauer, come rivendicato dal diretto interessato e unanimemente riconosciuto<sup>122</sup>.

Ebbene, Müller-Armack fu un iscritto al partito nazista, nel quale militò fin dal 1933, servendo il regime da posizioni di rilievo nell'amministrazione dell'economia, oltre che un ammiratore di Mussolini e del suo sistema di potere<sup>123</sup>. E coniò l'espressione "economia sociale di mercato" anche per l'ambiguità del termine, che i più ritengono infatti voglia alludere a un non meglio definito capitalismo dal volto umano. Tanto che Friedrich von Hayek ebbe a osservare: "non mi piace questo uso, anche se grazie a esso alcuni amici tedeschi sembrano riusciti a rendere appetibile a circoli più ampi il tipo di ordine sociale che difendo"<sup>124</sup>.

La verità è che l'espressione coniata da Müller-Armack indica che l'economia di mercato in quanto tale è un istituzione sociale, capace di realizzare un'ottimale produzione e distribuzione della ricchezza. Il tutto nell'ambito di un ordine che concepisce bensì un intervento perequativo dei pubblici poteri, tuttavia solo nella misura necessaria e sufficiente a produrre pacificazione sociale e collaborazione tra capitale e lavoro: è, questo, un altro significato del riferimento al "sociale". A dimostrazione di come lo scioglimento dell'individuo nell'ordine sia un dato caratteristico dell'esperienza tedesca, anche e soprattutto con riferimento all'ordine concepito per il funzionamento del mercato concorrenziale: il diritto è chiamato a presidiarlo con i molteplici istituti di cui dispone, incluso il *Rechtsmißbrauch*, per trasformare la concorrenza in uno strumento di direzione politica dei comportamenti individuali.

120 Per tutti D. HASELBACH, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft*, Baden-Baden, 1991 e R. PTAK, *Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft*, Opladen, 2004.

121 Ricostruiti in A. SOMMA, *La dittatura dello spread*, cit., p. 19 ss.

122 A. MÜLLER-ARMACK, Voce *Soziale Marktwirtschaft*, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, vol. 9, Stuttgart, 1956, p. 392.

123 A. MÜLLER-ARMACK, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung*, Berlin, 1932.

124 F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà* (1973-79), Milano, 2000, p. 283, nt. 26.



## Papers



# Debiti di valore e imputazione del pagamento eseguito prima della liquidazione

Marco Ticozzi  
(Ricercatore confermato di Diritto privato  
nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

**Abstract** This research examines the discipline of imputation of partial payment made for the compensation of a damage and performed before its liquidation. The first thing to consider is whether such payment should be attributed to the interest and costs or whether it should be taken from capital. Considering that the partial payment must be taken from capital, a second aspect to examine is whether such a sum of money should be subtracted from the value the damaged goods had when the damage occurred, at the moment of payment or when the judgment liquidated damage. This assessment is especially important for those goods which over time have variations cost significantly different from the average variation of the currency devaluation.

**Sommario** 1. Introduzione. – 2. La regola generale fissata dall'art. 1194 c.c. – 3. L'art. 1194 c.c. e il pagamento eseguito prima o in corso di causa. – 4. Debiti di valore e criteri di imputazione del pagamento precedente la liquidazione. – 5. Come verificare se il pagamento sia soddisfacente. – 6. Criteri di quantificazione del danno residuo in caso di pagamento non soddisfacente. – 7. Conclusioni.

**Keywords** Imputazione del pagamento. Debiti di valore. Pagamento parziale. Liquidazione del danno.

## 1 Introduzione

Una questione poco affrontata in letteratura ma oggetto di numerose sentenze di merito e di Cassazione è rappresentata dall'imputazione del pagamento che avvenga prima o in corso di causa, vale a dire prima che la misura del risarcimento sia stata liquidata dal giudice. Tale questione, come subito diremo, rileva in particolar modo per i debiti di valore, per i quali solo la liquidazione identifica l'equivalente in denaro di un determinato bene: in tali casi, infatti, il pagamento corrisposto in denaro prima della liquidazione non è immediatamente rapportabile alla somma dovuta, che verrà quantificata solo successivamente, all'esito della lite.

Tale problematica rileva in particolar modo per due profili, che verranno di seguito affrontati. Il primo è se la somma pagata in relazione a un debito di valore si imputi prima agli interessi e alle spese ai sensi dell'art. 1194 c.c. oppure se debba imputarsi al capitale che verrà liquidato. Ove la rispo-

sta sia che tale somma si imputa al capitale liquidato, il secondo profilo è come sia corretto effettuare tale imputazione, dovendosi tenere conto del diverso momento di pagamento e di liquidazione, con conseguente rilievo legato alla rivalutazione delle somme.

## 2 La regola generale fissata dall'art. 1194 c.c.

Come noto, ai sensi dell'art. 1194 c.c. il debitore non può imputare il pagamento al capitale, piuttosto che agli interessi e alle spese, senza il consenso del creditore.

Infatti, se gli artt. 1193 c.c. e 1195 c.c. fissano la regola per la quale l'imputazione del pagamento è operata dal debitore, senza necessità di un consenso del creditore, e che invece il creditore possa imputare il pagamento solo ove non abbia provveduto il debitore, l'art. 1194 c.c. pone un limite alla discrezionalità del debitore nella sua scelta sulla modalità di imputazione. La disposizione in esame, infatti, indica appunto che il pagamento deve essere imputato prima agli interessi e alle spese e, solo estinte tali poste, possa essere imputato al capitale.

Il debitore non può dunque unilateralmente imputare il pagamento al capitale piuttosto che agli interessi e alle spese: una sua indicazione in tal senso sarebbe priva di efficacia<sup>1</sup>. Una deroga a tale regola generale è possibile ma, come indica la disposizione, la scelta in tal senso del debitore deve trovare il consenso del creditore, che dovrà autorizzare una tale imputazione per lui dannosa<sup>2</sup>. La ragione è evidente: la disposizione tutela il creditore prevedendo che, dopo il pagamento, permanga un credito in linea appunto capitale quanto più elevato possibile, tale da permettere la maturazione di interessi sulla somma più ampia possibile. L'imputazione al capitale invece che agli interessi farebbe sopravvivere meno capitale e più oneri accessori, come tali di regola improduttivi di frutti.

1 BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, rist. 2015, p. 338; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ e comm.*, dir. da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XVI, 2, Milano, 1984, p. 150. Sul tema si veda anche: BIANCA, *Imputazione del pagamento* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, XVI.

2 BRECCIA, *Le Obbligazioni*, in *Trattato di diritto Privato*, dir. da Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 564; NATOLI, *op. cit.*, p. 144. Si è peraltro precisato che non vi sono vincoli di forma per il consenso del creditore, che dunque potrebbe anche non essere scritto: resta però l'onere in capo al debitore di dimostrare che il consenso vi è stato (Cass., 27 ottobre 2006, n. 23143; Cass., 20 maggio 2005, n. 10692; Cass., 9 ottobre 2003, n. 15053).

### 3 L'art. 1194 c.c. e il pagamento eseguito prima o in corso di causa

Le problematiche che riguardano l'operatività della regola generale fissata dall'art. 1194 c.c. quando il pagamento venga eseguito prima o in corso di causa si legano con l'ambito di applicazione della disposizione in esame.

Il criterio fissato dall'art. 1194 c.c., per il quale il pagamento si imputa prima a interessi e spese e solo poi al capitale, implica infatti la necessità che il credito sia liquido ed esigibile<sup>3</sup>.

Si tratta di una questione frequente, che si verifica tutte le volte in cui venga richiesto un risarcimento del danno (debito di valore) e intervenga, prima della liquidazione da parte del giudice, un pagamento: si pensi, ad esempio, in caso di sinistro, alla compagnia di assicurazione che formuli un'offerta con relativo pagamento che però venga ritenuto non soddisfacente dal danneggiato, con conseguente azione in giudizio.

Dunque, la previsione opererà o meno a seconda che si discuta di debiti di valuta e debiti di valore.

Nei primi, il debito è già rappresentato da una somma di denaro che, una volta scaduto, genera interessi: quindi, il pagamento successivo alla scadenza del debito ma precedente al provvedimento di condanna, andrà comunque imputato prima agli interessi e alle spese e solo poi al capitale, ai sensi dell'art. 1194 c.c. La circostanza che manchi ancora il provvedimento di condanna è irrilevante perché, anche prima, vi è un debito liquido ed esigibile che genera appunto interessi.

Nei secondi, invece, solo con la liquidazione del giudice il debito di valore diventa debito di valuta. Solo successivamente a tale momento vi è la quantificazione di una somma di denaro ad oggetto della prestazione dovuta e vi sono interessi che maturano su tale somma<sup>4</sup>, in relazione ai quali potrebbe porsi il problema dell'imputazione di un pagamento. Ma si tratterebbe, allora, di un pagamento successivo alla liquidazione, per cui nell'ambito di operatività dell'art. 1194 c.c.

Quando, invece, per un debito di valore interviene un pagamento prima della liquidazione, prima dell'inizio della causa o anche in corso di pro-

3 Cass., 26 maggio 2016, n. 10941; Cass., 30 maggio 2007, n. 12725.

4 Anche recentemente Cass. 5 maggio 2016, n. 9039 ha indicato che «l'obbligazione di risarcimento del danno configura un debito di valore, sicché, qualora si provveda all'integrale rivalutazione del credito relativo al maggior danno fino alla data della liquidazione, secondo gli indici di deprezzamento della moneta, gli interessi legali sulla somma rivalutata dovranno essere calcolati dalla data della liquidazione, poiché altrimenti si produrrebbe l'effetto di far conseguire al creditore più di quanto lo stesso avrebbe ottenuto in caso di tempestivo adempimento della obbligazione».

cedimento, questo deve essere imputato al capitale e non agli interessi<sup>5</sup>.

Tale indicazione della giurisprudenza si può ritenere corretta alla luce dell'evidenziata diversa natura dei due debiti e, in particolare, alla luce dell'impossibilità di imputare il pagamento eseguito a interessi prima della liquidazione del debito di valore.

#### 4 Debiti di valore e criteri di imputazione del pagamento precedente la liquidazione

Verificato come nei debiti di valore sia inapplicabile la regola fissata dall'art. 1194 c.c. prima della liquidazione e come l'eventuale pagamento intervenuto prima vada imputato al capitale, si pone la questione di come vada compiuta tale imputazione.

Il problema si pone in particolar modo per il diverso valore che ha il denaro in momenti diversi. Da tale profilo, chiaramente, il pagamento eseguito prima della liquidazione ha, nel momento in cui è eseguito, un potere d'acquisto potenzialmente diverso da quello che la stessa somma di denaro ha nel momento della liquidazione, magari intervenuta molti anni dopo.

Il giudice, dunque, ha due esigenze apparentemente in conflitto. Da un lato è tenuto a liquidare il danno, trasformando il debito di valore in una somma di denaro, alla data della sentenza<sup>6</sup>: si tratta, questa, di una que-

5 Cass. 3 aprile 2013, n. 8104; Cass., 30 maggio 2007, n. 12725; Cass., 23 febbraio 2005, n. 3747; Cass. 16 aprile 2003, n. 6022; Cass. 14 marzo 1996, n. 2115; Cass. 1 luglio 1994, n. 6228 Cass. 10 marzo 1990, n. 1982.

6 Come noto, è questo il momento che generalmente deve essere utilizzato per la quantificazione del danno: per tutti, rinviando alla successiva trattazione, FRANZONI, *Fatti Illeciti*, in *Comm. al c.c.*, dir. da Scialoja e Branca, sub artt. 2043-2059, Bologna-Roma, 1993, p. 857 ss.; BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. al c.c.*, dir. da Scialoja e Branca, sub artt. 1218-1229, Bologna-Roma, 1979, p. 318 ss.; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, p. 306 ss.; TEDESCHI, *Il danno e il momento della sua determinazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, I, p. 254 ss.; GRECO, *Debito pecuniario, debito di valore e svalutazione monetaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, II, p. 114 ss.; AULETTA, *Revocatoria fallimentare ed obbligo di corrispondere il valore del bene alienato*, in *Foro pad.*, 1956, III, p. 57 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Risarcimento del danno* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 14 ss.; PATTI, *Danno patrimoniale* (voce), in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 90 ss. Tale obbligo è tanto stringente che sussiste perfino per il giudice di appello, che è tenuto ad aggiornare d'ufficio anche la liquidazione in ipotesi già operata dal tribunale: così Cass. 23 febbraio 2006, n. 4010 ha indicato che «l'obbligazione di risarcimento del danno determinato da un fatto illecito (nella specie, da responsabilità riconducibile alla circolazione di veicoli) costituisce debito di valore e la sua liquidazione per equivalente espressa in termini monetari, tenendo conto del valore del danno, all'epoca del fatto illecito, rivalutato alla data della decisione definitiva, comporta che la svalutazione monetaria intervenuta dopo la sentenza di primo grado sia accertata e liquidata dal giudice di appello anche d'ufficio». Non mancano, comunque, opinioni specie del passato che identificano il momento con quello in cui si produce il danno: CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, II, *La colpa nel diritto civile odierno*, Torino, 1906, p. 338 ss.; SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*,

stione ampiamente trattata anche in letteratura, come peraltro risulta dalla nota che precede. Dall'altro, dovendo imputare il precedente pagamento al capitale liquidato, deve considerare il tempo trascorso tra il pagamento e la liquidazione: e questa è la questione centrale che qui esaminiamo, affrontata da alcune sentenze ma nella sostanza non dalla letteratura.

Solo tale seconda valutazione permette, confrontando misure omogenee, di verificare se quel pagamento sia soddisfacente o, quand'anche non lo sia, di calcolare quale sia l'effettivo danno subito tenuto conto non solo del pagamento intervenuto ma anche dell'epoca in cui è stato eseguito.

Già tali indicazioni indirizzano verso la soluzione, che in prima approssimazione si può indicare nella necessità di confrontare le due somme di denaro (pagamento precedente la liquidazione e somma liquidata alla data della sentenza) dopo che si sia tenuto conto della svalutazione intervenuta in tale periodo di tempo.

Questa, d'altronde, è la soluzione adottata dalla giurisprudenza di legittimità e di merito.

Ma le sentenze, che pur condividono l'esigenza di confrontare misure omogenee, utilizzano criteri differenti, talvolta proponendone solo uno e in altri casi indicando vari tra i quali il giudice potrebbe scegliere.

I criteri utilizzati nella pratica sono tre. In particolare, il giudice potrebbe: a) devalutare alla data dell'evento dannoso sia il credito risarcitorio che l'acconto versato, rivalutando poi la differenza<sup>7</sup>; b) oppure rivalutare l'acconto già pagato e poi sottrarlo dall'ammontare del risarcimento liquidato in moneta attuale<sup>8</sup>; c) ovvero sottrarre l'acconto dal capitale liquidato ma devalutato al momento dell'acconto, con successiva rivalutazione della differenza<sup>9</sup>.

Tutti questi criteri rispondono all'esigenza sopra evidenziata di confrontare misure omogenee. E lo fanno utilizzando un dato statistico, vale a dire gli indici medi di svalutazione, e non un dato concreto, vale a dire

Milano, 1924, p. 184 ss.; FERRI, *Tendenze giurisprudenziali in tema di svalutazione monetaria*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1949, p. 419. Anche RIZZO, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 246 ss.; e VALCAVI, *Il tempo di riferimento nella stima del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 31 ss. ritengono che il danno deve essere valutato al momento dell'evento. Eventuali ulteriori danni, che ad esempio derivino dal fatto che il particolare bene leso nel tempo intercorrente tra il fatto e il risarcimento è aumentato magari considerevolmente di valore, possono essere considerati ma non nell'ambito della valutazione del danno in sé, quanto piuttosto quale componente risarcitoria che deriva dal ritardo nell'adempimento dell'obbligazione risarcitoria.

7 Propongono questo criterio Cass. 3 aprile 2013, n. 8104 e Cass., 23 febbraio 2005, n. 3747.

8 Questa la soluzione proposta da Cass. 10 marzo 1990, n. 1982 e Cass. 14 marzo 1996, n. 2115.

9 App. Roma, sez. III, 25 settembre 2012 propone i tre criteri in alternativa ma in concreto poi preferisce il terzo. Invece, Cass. 16 aprile 2003, n. 6022 ritiene equiparabili il secondo e il terzo.

l'indice di svalutazione o rivalutazione del prezzo di quel dato bene, che non coincide necessariamente con quello generale.

Probabilmente, nella maggior parte dei casi, si tratta di criteri utilizzabili indifferentemente, essendo nella sostanza intercambiabili tra di loro: tale indicazione è corretta quando la svalutazione del costo del bene è analoga a quella dell'indice utilizzato.

Da un profilo statistico, infatti, gli indici Istat indicano quale sia mediamente la percentuale di aumento dei costi dei beni rientranti nel cosiddetto "paniere" preso in esame. Ma non è detto che lo specifico bene considerato abbia avuto la medesima variazione nel corso del tempo: non a caso il "paniere" è composto da svariati beni di consumo.

Vi sono, in particolare, dei beni che possono nel tempo aumentare anche di molto di valore o, al contrario, beni che vedono velocemente diminuire il loro costo.

Pensiamo, per la prima ipotesi, a un dipinto di un autore non particolarmente conosciuto in una certa epoca, che poi abbia successo: chiaramente il dipinto, anche dopo pochi anni, varrà molto di più, certo più del valore originario maggiorato della svalutazione intercorsa.

Al contrario, riferendoci alla seconda ipotesi, i beni tecnologici diminuiscono generalmente il loro valore velocemente: si pensi al costo che poteva avere cinque o dieci anni fa un televisore con certe caratteristiche, che certamente oggi costerà molto meno della somma originaria, tanto più ove la dovessimo aumentare della svalutazione.

Essendo compito del giudice verificare se vi sia un danno, se questo sia stato risarcito ed eventualmente quale sia la somma ancora dovuta, vi è dunque la necessità di valutare non solo l'epoca di pagamento dell'acconto e di liquidazione ma anche, in concreto, quale sia lo specifico danno subito tenendo conto del bene leso.

Ovviamente è una valutazione che deve essere fatta in concreto caso per caso, tenendo conto delle specificità della situazione. Ci sembra comunque possibile offrire delle indicazioni generali al riguardo.

## **5 Come verificare se il pagamento sia soddisfacitivo**

Una prima valutazione da compiere è di verificare se il pagamento, intervenuto prima della causa o in corso di procedimento, sia soddisfacitivo o meno.

Trattiamo questa situazione in modo differenziato rispetto alla valutazione di quale sia il danno non ancora risarcito, dovendosi a nostro avviso utilizzare, nelle due ipotesi, dei criteri differenti.

Come noto e come anticipato, generalmente la valutazione di quale sia il danno (determinazione e stima) deve essere compiuta al momento della liquidazione, pur potendovi essere delle eccezioni in casi particolari: il criterio, infatti, deve essere individuato nel caso concreto e deve essere

idoneo a portare all'eliminazione totale degli effetti del pregiudizio<sup>10</sup>. Resta comunque la regola generale -da intendersi come quella che in concreto sarà la più frequentemente utilizzata perché maggiormente corrispondente alle situazioni che si presentano- della quantificazione del danno al momento della liquidazione. I criteri sopra ricordati ed elaborati dalla giurisprudenza per confrontare danno e somma corrisposta, coerentemente con tali indicazioni, anche quando devalutano le somme a una certa epoca per renderle omogenee, poi le rivalutano alla data della sentenza.

Prima di quantificare il danno ancora dovuto, il giudice deve preliminarmente valutare se il pagamento intervenuto in un certo momento abbia già risarcito l'intero danno. Ove fosse così, ovviamente, non vi sarebbe neppure la necessità di valutare quale sia il danno non ancora risarcito.

Per valutare se il pagamento di una certa somma di denaro in un certo momento abbia risarcito il danno, riteniamo che non possano essere utilizzati indifferentemente i tre criteri sopra ricordati.

Se lo scopo del risarcimento del danno è quello dell'eliminazione totale degli effetti del pregiudizio, occorre valutare se il soggetto leso, al momento del pagamento, sia stato risarcito totalmente del danno o meno. Vale a dire, occorre verificare se la somma corrisposta, il giorno del pagamento, sia idonea a eliminare le conseguenze del danno.

A tal fine non è possibile prendere il valore attuale del bene e devalutarlo perché, come abbiamo evidenziato, quello di svalutazione è un indice medio e nel caso concreto potrebbe portare a un risultato molto differente da quello corretto.

Ritorniamo all'esempio del televisore che cinque anni fa poteva valere ad esempio 1000 euro e oggi costa 400 euro. Se cinque anni fa sono stati corrisposti 400 euro non vi è stato un risarcimento totale, perché quella somma all'epoca non permetteva al soggetto leso di acquistare nuovamente il bene. Solo un pagamento corrispondente al valore del bene al momento del pagamento consente di ritenere il danno risarcito in quell'epoca, con eliminazione delle conseguenze dannose quantomeno per il periodo successivo.

Prendiamo il caso limite opposto. Il bene leso dieci anni fa è un quadro che all'epoca valeva 1.000 euro e oggi, al momento della decisione, vale 10.000 euro perché l'autore del dipinto è maggiormente apprezzato. Il pagamento di euro 1.000 avvenuto al momento della causazione del danno è

<sup>10</sup> FRANZONI, *Fatti Illeciti*, in *Comm. al c.c.*, dir. da Scialoja e Branca, sub artt. 2043-2059, Bologna-Roma, 1993, p. 861 ss.; BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 318 ss. Sul tema: QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 483 ss.; DE CUPIS, *op. cit.*, p. 362 ss.; VALCAVI, *op. cit.*, p. 31 ss.; TEDESCHI, *op. cit.*, p. 264 ss.; GRECO, *op. cit.*, p. 114 ss.; SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 14 ss. Sul tema si veda anche RIZZO, *op. cit.*, p. 245 ss. e, seppur la valutazione sia riferita alla responsabilità contrattuale, LUMINOSO, *Il momento da prendere a base per la determinazione e la stima del danno da risoluzione*, in *Resp. civ.*, 1989, p. 1067 ss.

satisfattivo perché, in quell'epoca, permetteva al soggetto leso di disporre di una somma idonea a riacquistare quel bene o uno analogo, secondo il valore dell'epoca. Sarebbe, invece, errato devalutare il valore attuale secondo un indice medio (Istat), che chiaramente porterebbe a ritenere quel pagamento non satisfattivo.

In definitiva, ci pare che la prima valutazione che debba compiere il giudice sia quella di verificare se il pagamento intervenuto prima della causa o in corso di procedimento sia satisfattivo e che, a tal fine, il criterio corretto sia quello di confrontare la somma pagata con il valore che il bene aveva in quel momento. Ove la somma corrisposta sia uguale o superiore, si dovrà ritenere risarcito il danno senza necessità di altre valutazioni.

Ovviamente, a parte vi è da trattare l'eventuale richiesta di risarcimento del danno per la mancata disponibilità del bene nel periodo intercorrente tra la data della lesione e quella del pagamento satisfattivo: ma si tratta di una diversa componente di danno, certamente possibile ma che non coinvolge direttamente la valutazione ora al nostro esame.

## **6 Criteri di quantificazione del danno residuo in caso di pagamento non satisfattivo**

Ove si verifichi che il pagamento intervenuto non sia stato satisfattivo, occorre valutare quale sia il danno subito. La regola generale sopra ricordata è quella per la quale la liquidazione deve essere compiuta alla data della sentenza, pur con la necessità di adattare la regola al caso concreto e di confrontare misure omogenee tra valore del bene coinvolto e somma corrisposta.

Anche qui rileverà la possibile variazione di valore dello specifico bene coinvolto nella lite, che potrebbe essere superiore o inferiore all'indice medio Istat.

Ritornando ai casi limite di prima, esemplifichiamo.

Il televisore che cinque anni fa costava 1.000 euro è stato parzialmente pagato all'epoca del danno con un pagamento di euro 400, chiaramente inidoneo a ritenere il danno risarcito, come abbiamo già osservato. Oggi però quel bene vale solo 400 euro, trattandosi di un bene tecnologico che molto frequentemente nel tempo diminuisce notevolmente di costo. Dovendo valutare quale sia oggi il danno esistente e rivalutando la somma risarcita alla data attuale, otterremo che non vi è più altro da risarcire<sup>11</sup>

<sup>11</sup> SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno (voce)*, op. cit., p. 14 ss., evidenza proprio come rilevino anche le circostanze che portino a una riduzione del danno nel tempo che intercorre tra fatto e liquidazione: «*si deve tener conto di tutte le variazioni intrinseche del pregiudizio, sopravvenute dal momento del fatto dannoso a quello della decisione; sia, ed è questa l'ipotesi*

essendo stata pagata una somma che, rivalutata, è maggiore del valore attuale del bene.

Tale indicazione ci sembra corretta se però, come osservato, consideriamo che a parte occorre valutare –se richiesto– il danno per la mancata disponibilità del bene. La somma pagata, al momento del danno, non consentiva al soggetto leso di comprare un nuovo e analogo bene. Per cui, per eliminare totalmente gli effetti del danno, occorrerà risarcire anche il danno per la mancata disponibilità del bene per il periodo intercorrente tra il momento in cui si è verificato il danno e quello in cui il bene leso può essere riacquistato con la somma corrisposta. Ma, come abbiamo osservato, si tratta di una diversa componente di danno.

Peraltro, riteniamo che la necessità di risarcire anche il danno per la mancata disponibilità del bene abbia anche la funzione di evitare che il danneggiante sia stimolato a non risarcire affatto e tempestivamente il danno, laddove ritenga appunto che il trascorrere del tempo lo avvantaggi perché si tratta di beni che nel tempo diminuiscono di costo<sup>12</sup>.

Il secondo caso limite esaminato, è quello del quadro che sia stato danneggiato dieci anni fa, quando valeva 1.000 euro, mentre oggi, al momento della decisione, vale 10.000 euro. Se il pagamento intervenuto non si può considerare soddisfacente, vale a dire sia una somma inferiore al valore del bene in quel momento, vi è comunque la necessità di quantificare il danno alla data della sentenza. Se ad esempio sia stata pagata la somma di 800 euro e, all'epoca, il danno fosse stato dunque quasi integralmente risarcito, resta il fatto che si trattava di un importo inadeguato ad acquistare lo stesso bene o un bene analogo: dunque, non erano stati eliminati tutti gli

*di gran lunga più frequente, che il danno aumenti nel frattempo di misura, sia che, invece, si assista alla sua attenuazione». In senso contrario, gli autori che individuano il momento di valutazione del danno con quello del fatto, ritengono che l'eventuale diminuzione di valore non faccia venire meno il diritto al risarcimento: così RIZZO, *op. cit.*, p. 246 ss. e VALCAVI, *op. cit.*, p. 31 ss.*

**12** In tale differente ipotesi nella quale il debitore non paghi alcunché, il danneggiante dovrebbe certamente risarcire il valore del bene al momento della liquidazione ma anche il danno per la mancata disponibilità del bene: e tale ultimo danno dovrebbe essere risarcito per tutto il periodo intercorrente tra il fatto e la liquidazione e non solo, come nel caso in cui vi sia stato un pagamento parziale, tra il fatto e il momento in cui l'acconto corrisposto sia idoneo a riacquistare il bene leso. Ovviamente, nell'ipotesi in cui manchi il pagamento anche solo di un acconto, è difficile valutare in astratto se il risarcimento così composto risulterà superiore o inferiore al valore del bene al momento del fatto, posto che la soluzione dipenderà dall'esame delle circostanze presenti in concreto. Non è da escludere, però, che la somma potrà risultare anche maggiore, come nel caso in cui il debitore abbia noleggiato il bene (in ipotesi un macchinario dal costo notevole) che non poteva riacquistare, sostenendo a lungo termine costi maggiori rispetto alla diminuzione del costo del bene. Ci sembra, dunque, che una corretta valutazione del danno per la mancata disponibilità del bene possa certamente assicurare al creditore un risarcimento integrale del pregiudizio subito, ma anche evitare che il debitore possa essere stimolato a non adempiere per approfittare della diminuzione del costo di riacquisto di quel bene o di uno analogo a distanza di tempo.

effetti della lesione.

Quale sia il criterio corretto da utilizzare in questo caso è difficile da dire in astratto. È evidente che le tre ipotesi prima ricordate e utilizzate della giurisprudenza porterebbero a risultati molto differenti. Una cosa è ritenere che occorra rivalutare a oggi la differenza tra il valore all'epoca del bene e la somma pagata (200 euro rivalutati per dieci anni) e ben altra rivalutare a oggi la somma pagata e decurtare tale importo dal valore attuale.

La soluzione ci sembra essere che i diversi criteri da utilizzare nella liquidazione del danno sopra ricordati, una volta che sia stato accertato che il pagamento all'epoca non è stato soddisfacente, sono tutti utilizzabili e mediamente porteranno a risultati analoghi<sup>13</sup>, salvo appunto i casi in cui si stia discutendo di beni che nel tempo cambiano notevolmente di valore, discostandosi dal dato medio statistico.

In quei casi particolari, occorre valutare attentamente quale criterio privilegiare e ci sembra non si tratti di una valutazione che si può compiere in astratto.

Come ricordato, la funzione del risarcimento è sempre quella dell'eliminazione degli effetti pregiudizievole del danno. Si tratta, dunque, di una valutazione da compiersi nel caso concreto, vale a dire secondo le circostanze presenti<sup>14</sup>.

Si pensi al caso del quadro. Se il proprietario del quadro leso compra e vende dipinti di professione generalmente nell'arco di pochi mesi, ove non fosse stato leso, avrebbe verosimilmente venduto anche il quadro danneggiato in poco tempo: il danno, allora, sarà pari alla differenza tra il valore del bene all'epoca (o il valore di pochi mesi dopo) e la somma risarcita, con successiva rivalutazione alla data attuale.

Se, invece, il proprietario è un investitore che compra quadri di autori emergenti la situazione ci sembra differente: il danno, in questo caso, deve tenere conto del maggior valore che l'opera avrebbe avuto nel tempo<sup>15</sup>, per cui il criterio da utilizzare potrebbe essere quello di rivalutare

<sup>13</sup> Cass. 4 aprile 1989, n. 1620 ha indicato che «il ricorso agli indici Istat ottenuti facendo la media tra i prezzi di prodotti diversi consente di attingere, con ragionevole approssimazione e nella generalità dei casi, il tasso di svalutazione relativa ai singoli periodi di tempo considerati».

<sup>14</sup> Pur non essendo affrontata in letteratura la questione dell'imputazione dell'acconto, anche gli autori che ritengono che il danno vada valutato e quantificato al momento della sentenza evidenziano come ciò avvenga di solito e perché in tal modo si consente l'eliminazione delle conseguenze negative dell'illecito. Ma, quegli stessi autori ritengono che nel caso concreto vi possano essere delle eccezioni a tale regola generale e la valutazione possa essere compiuta prendendo a riferimento un altro momento. Si veda in particolare FRANZONI, *op. cit.*, p. 861 ss.

<sup>15</sup> Pur con criteri differenti, anche gli autori che ritengono che la valutazione del danno debba essere compiuta al momento del fatto, aggiungono poi che comunque è risarcibile an-

la somma pagata alla data della liquidazione e sottrarre tale importo dal valore attuale del bene.

## 7 Conclusioni

Verificato come il criterio fissato dall'art. 1194 c.c. si riferisca ai soli debiti di valuta, abbiamo analizzato come debba essere imputato il pagamento parziale volto a risarcire un debito di valore.

Per le ragioni viste, ci sembra corretto diversificare la valutazione a seconda che l'obiettivo sia verificare se quel pagamento, in quel momento, sia stato soddisfacente o, ove non lo sia, in quale misura quel pagamento abbia risarcito parzialmente il danno.

Nel primo caso, la valutazione è più semplice perché, per ritenere eliminata ogni conseguenza del pregiudizio, sarà sufficiente verificare se quella somma, al momento del pagamento, sia sufficiente per acquistare il medesimo bene o un bene analogo.

Nel secondo caso, la valutazione è più complessa e può essere operata solo in concreto, tenendo conto delle circostanze presenti nel caso specifico. Tra i diversi criteri elaborati dalla giurisprudenza, dunque, non si può dire che ve ne sia uno corretto: occorre utilizzare quello più idoneo a eliminare completamente le conseguenze del pregiudizio subito dal soggetto leso, secondo le circostanze presenti nel caso concreto.

Come indicato, le differenze tra un criterio e l'altro, si sentiranno tanto più quanto il bene oggetto di valutazione abbia avuto nel tempo una maggiore variazione di valore rispetto all'indice medio. E, quindi, proprio in questi casi sarà necessario ponderare attentamente le circostanze concrete che guideranno la scelta del criterio da utilizzare.

che il danno per il ritardato risarcimento e, in tale ambito, ben sarebbe possibile dimostrare che il danno risarcito sarebbe stato investito con una rendita superiore alla svalutazione e, in ipotesi, rapportabile al maggior valore che il bene ha acquisito nel tempo: RIZZO, *op. cit.*, p. 267 ss.; e VALCAVI, *op. cit.*, p. 63 ss.



## L'art. 709-ter c.p.c. Danni e responsabilità nella crisi delle relazioni familiari: forme di tutela e rimedi processuali

Alberto Barbazza

(Dottore di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia e magistrato ordinario nel Tribunale di Treviso)

**Abstract** The paper deals with the examination of the discipline and application of article 709-ter c.p.c. and its distinction with disputes governed by articles 316 or 337-bis ss. c.c. and articles 709 or 710 c.p.c.

**Sommario** Introduzione. – 1. Brevi cenni sulla disciplina. – 2. Il contenzioso in fase di separazione, divorzio o che può insorgere fra genitori non uniti in matrimonio.

**Keywords** 709-ter c.p.c. Danno e responsabilità. Crisi familiari. Rimedi.

### 1 Introduzione

Ringrazio per l'invito l'Osservatorio sul Diritto di Famiglia, Sezione territoriale di Treviso, e gli attenti organizzatori dell'interessante convegno odierno<sup>1</sup>.

Consapevole che il giurista che tralascia di commentare le notizie di attualità sembra rifugiarsi nella proiezione platonica di ombre sul soffitto della caverna, in questi pochi minuti a mia disposizione, proverò con Voi ad affrontare l'intricata disciplina e applicazione dell'art. 709-ter c.p.c., paragonabile, a mio giudizio, ad un misterioso scoglio nel mare del nostro ordinamento civilistico.

Chiarisco le ragioni di tale affermazione. La disposizione citata, infatti, a causa della tecnica di redazione impiegata, brilla per l'oscurità del significato.

Inserita nel Libro IV, Titolo II del codice di rito, l'articolo citato è frutto di un compendio di disposizioni sostanziali e di disposizioni squisitamente processuali, tale da rendere difficile l'operazione di distinguere, all'atto

<sup>1</sup> Articolo basato sulla relazione tenuta dall'Autore ad un convegno organizzato dall'Osservatorio sul Diritto di Famiglia, tenutosi a Treviso il 24 giugno 2016.

pratico e dal punto di vista sostanziale, fra le controversie che nel suo campo applicativo rientrano e quelle regolate, invece, dagli artt. 316 e 337 *bis* ss. c.c. nonché dagli artt. 709 e 710 c.p.c. (di quest'ultimo, addirittura, il primo comma del 709-*ter* c.p.c., disciplina inspiegabilmente la competenza). In tale maniera, in presenza di controversie familiari, sono incerti i casi di applicazione e le conseguenze ad esempio dell'art. 709-*ter* o del successivo 710 c.p.c.<sup>2</sup>.

Sul punto ci si è chiesti se, in entrambi i casi, le pronunce del giudice possano portare a modificare i provvedimenti in vigore, al fine di circoscrivere il perimetro applicativo delle varie controversie concernenti la prole: in senso contrario si è espresso il Tribunale di Catania nel 2006<sup>3</sup>, che ha ritenuto il 709-*ter* c.p.c. non comprensivo della possibilità di modificare le condizioni di affidamento in essere; favorevoli risultano, invece, la maggioranza delle pronunce dei Tribunali di merito<sup>4</sup>.

Compito dell'interprete deve dunque essere quello di distinguere fra le caratteristiche del procedimento *ex art.* 709-*ter* c.p.c., nel quale la modifica dei provvedimenti già disposti promana da un "contrasto sull'esercizio della responsabilità genitoriale o sull'affidamento"<sup>5</sup>, ed il cui perimetro applicativo è pertanto limitato alle sole controversie concernenti la prole, all'interno del contenzioso tra genitori o coniugi in fase di separazione o già separati, con esclusione delle diverse questioni, anche patrimoniali, che determinino la necessità di modifica dei provvedimenti in vigore<sup>6</sup>, e quelli contigui di cui agli artt. 709 e 710 c.p.c.

## 2 Brevi cenni sulla disciplina

L'art. 709-*ter* c.p.c., introdotto nel nostro ordinamento dalla l. 8 febbraio 2006, n. 54, "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affida-

2 G.F. RICCI, *Commento agli artt. 709-ter-710*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, I, Milano, 2007, p. 678.

3 Trib. Catania, 6 giugno 2006, 18 giugno 2006, 12 luglio 2006, 18 agosto 2006, ma in particolare 15-22 dicembre 2006.

4 Trib. Ascoli Piceno, 18 maggio 2006; Trib. Chieti, 28 giugno 2006; Trib. Bologna, 19 giugno 2007 e 14 luglio 2008; Trib. Napoli, 11 agosto 2007; Trib. Bologna, 12 ottobre 2007; Trib. Reggio Emilia, 5 novembre 2007; Trib. Genova, 4 dicembre 2007; Trib. Varese, 7 maggio 2010. Offre riscontro dei primi contrasti e dell'orientamento maggioritario, V. ROSSINI, *Commento all'art. 709-ter*, in AA.VV., *Codice della famiglia*, cit., p. 2108 ss.

5 F. TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 1057 ss.

6 A. CARRATTA, *Artt. 706 - 709-ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di S. Chiarloni, II, Bologna, 2007; C. PADALINO, *L'ambito di applicazione dell'art. 709-ter c.p.c.*, in *www.minoriefamiglia.it*, 2007.

mento condiviso”<sup>7</sup>, rappresenta il tentativo da parte del legislatore, che pone al centro del sistema l’affido condiviso inteso quale modalità normale di affidamento, di giungere alla progressiva riduzione delle controversie sull’esercizio della responsabilità genitoriale e quindi la gestione della prole, originate da tensioni irrisolte tra i genitori. La norma fa riferimento, testualmente, a «*gravi inadempienze o atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell’affidamento*»<sup>8</sup>.

La strada seguita è un procedimento, che può innestarsi in quello di separazione o di divorzio (ma può aver luogo anche tra genitori non uniti in matrimonio), strumentale alla verifica della concreta funzionalità rispetto all’interesse del minore del provvedimento in precedenza assunto in sede giudiziale<sup>9</sup>. Codesto «provvedimento in precedenza assunto» è il presupposto giuridico essenziale per l’adozione dei rimedi di cui all’art. 709 *ter* c.p.c., la cui funzione precipua è appunto quella di rendere effettiva la sua ottemperanza, in presenza di ostacoli che derivano dalla condotta di uno dei genitori<sup>10</sup>.

7 Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 1° marzo 2006, n. 50, la legge ha operato una rivoluzione copernicana dell’affido condiviso; l’articolo, inserito dall’art. 2, co. 2, è stato successivamente modificato dall’art. 95, co. 1, lett. b), d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 54.

8 Negli atti che «ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento» sono compresi gli impedimenti al diritto di visita del genitore non affidatario, da tenersi distinto rispetto al problema dell’attuazione coattiva della consegna dei minori. Sul punto si veda A. GRAZIOSI, *L’esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, in *Dir. fam.*, 2008, p. 880.

9 G. CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l’uso*, in *Giur. mer.*, fasc. spec. *Riforma Diritto di Famiglia* n. 3/2006, p. 59 ss.; *Id.*, *Art. 709-ter c.p.c.: una prima applicazione giurisprudenziale*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 2534 ss.; V. ROSSINI, *Provvedimenti in caso di inadempienze e violazioni*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Brigoglio e Capponi, I, Padova, 2007, sub art. 709-ter, p. 395 ss.: per quest’ultima A. «non può ragionevolmente dubitarsi che le controversie alle quali è dedicato il nuovo art. 709-ter siano quelle insorte tra genitori i cui rapporti con i figli siano già regolati da un provvedimento giudiziale». In giurisprudenza, si vedano App. Cagliari, 18 luglio 2006; App. Milano, 6 luglio 2006; App. Bari, 16 giugno 2006, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3244 con nota di C. CEA, *Ancora sul controllo delle misure nell’interesse dei coniugi e della prole: nuovi provvedimenti, vecchi andazzi*; Trib. Foggia, 2 maggio 2006, *ibid.*, c. 2213, con nota di C. CEA, *La nuova torre di Babele: la legge sull’affidamento condiviso e il reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore*.

10 Ovvero «gravi inadempienze o atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell’affidamento». Sul punto in maniera approfondita, si vedano in aggiunta, A. ARCERI, *L’affidamento condiviso, Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Milano 2007; A. D’ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sull’art. 709-ter c.p.c.*, in *Famiglia*, 2006, p. 1031 ss.; E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall’art. 709-ter c.p.c., I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 64; A. LUPOI, *Commento dell’art. 709-ter c.p.c.*, in *AA.VV., Commentario breve al codice di procedura civile*<sup>6</sup>, a cura di F. Carpi e M. Taruffo, Padova, 2009, p. 2353 ss.; G. CASSANO, *Il tema di danni endofamiliari: la portata dell’art 709-ter, II*

La maggior parte delle controversie in materia sorgono, infatti, nella fase di attuazione dei provvedimenti giudiziali, tanto di natura economica quanto riguardanti la gestione della prole<sup>11</sup>.

Il secondo comma dell'articolo in commento introduce disposizioni di carattere processuale e tratta della materia delle sanzioni<sup>12</sup>, le quali vengono in considerazione tutte le volte in cui l'inadempimento agli obblighi oggetto della decisione presidenziale sia espressione di comportamenti lesivi degli interessi della prole<sup>13</sup>. In tal caso, i poteri del giudice sono subordinati in concreto all'accertamento dell'inadempimento o del compimento di atti pregiudizievoli<sup>14</sup>.

Atteso quanto sopra, la portata innovativa della norma risiede, da un lato nel potere di modificare i provvedimenti in vigore e dall'altro, nel potere di adottare provvedimenti sanzionatori<sup>15</sup>.

Il potere sanzionatorio attribuito al giudice dovrebbe, nell'intenzione del legislatore, risolvere o almeno fungere da deterrente per il problema della incoercibilità dei provvedimenti in ordine all'affidamento e all'esercizio

*comma, c.p.c. ed i danni prettamente "patrimoniali" fra congiunti*, [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 22 ottobre 2007; Id., *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale: il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padova, 2006; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *I procedimenti di separazione e divorzio*, Milano, 2011, p. 173 ss.

**11** Come successivamente meglio si dirà, le controversie più frequenti nei procedimenti sopra indicati possono essere di ordine economico, riguardanti i figli o i coniugi (spazio è qui riservato anche all'applicazione dell'art. 570 c.p.); possono scaturire dalla mancanza di accordo sulle adeguate scelte di istruzione e salute dei figli (art. 337 *ter* c.c.); possono riguardare la responsabilità genitoriale o le modalità di affidamento (art. 709-*ter* c.p.c.), in caso di "insuperabile conflittualità", come nel caso trattato da Trib. Milano, 5 dicembre 2012. Per approfondimenti su queste diverse controversie, si vedano: G. BALENA, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in Balena - Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2009, p. 421; A. DORONZO, *La riforma del processo di separazione*, in *La riforma del processo civile*, a cura di CIPRIANI, MONTELEONE, Padova, 200, p. 619.

**12** B. DE FILIPPIS, *I poteri e l'ambito di intervento del giudice tutelare ai sensi del 337 c.c.*, nota a Trib. min. Milano, 6 luglio 2012, n. 529, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 1.

**13** Per G. FINOCCHIARO, *Commento all'art. 709-ter c.p.c.*, in AA.VV., *Codice di procedura civile ipertestuale*<sup>2</sup>, a cura di L.P. Comoglio e R. Vaccarella, Torino, 2008, p. 2795, l'art. 709-*ter* c.p.c. abbraccia un ampio catalogo di comportamenti, che vanno dalla compressione del diritto del minore alla bigenitorialità (Trib. Bari, 29 aprile 2010) e alla strumentale denuncia di gravi carenze e condotte penalmente rilevanti per neutralizzare la figura dell'altro genitore (Trib. min. Bologna, 22 luglio 2010), dalla collocazione presso l'uno o l'altro genitore all'obbligo di tenere con sé la prole, dalla violazione delle disposizioni in tema di mantenimento alle controversie originate dalla richiesta da parte di un genitore e/o coniuge della modifica dei provvedimenti della separazione di carattere patrimoniale o concernenti i figli.

**14** Trib. Modena, sez. II, 17 settembre 2012, n. 1425.

**15** C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*<sup>20</sup>, III, Torino, 2009, p. 312.

della responsabilità genitoriale<sup>16</sup>. Per alcuni studiosi, tale missione viene perseguita dal 709-ter c.p.c. attraverso un procedimento attuativo – esecutivo dei provvedimenti preesistenti<sup>17</sup>, per altri, al contrario, secondo uno schema marcatamente punitivo con conseguente condanna per inottemperanza al provvedimento dell'autorità giudiziaria, una sorta di *punitive damages*<sup>18</sup>.

Laddove, a seguito di un accertamento demandato alla discrezionalità del giudicante per assenza di tipizzazione legislativa<sup>19</sup>, non vi sia un'effettiva e concreta responsabilità genitoriale per lesione al benessere della prole o un effettivo inadempimento del provvedimento, il giudice limiterà il proprio potere decisorio ad una mera rideterminazione dei ruoli genitoriali, esplicando un potere mediativo e non puramente punitivo.

A fronte, invece, dell'accertamento positivo di un grave inadempimento ovvero del mancato rispetto del contenuto degli obblighi previsti nel provvedimento giudiziale, il Giudice potrà, anche congiuntamente, eventualmente in via graduata, a) «*ammonire il genitore inadempiente*»<sup>20</sup>, disporre b) «*il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti del minore*», c) «*il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro*»<sup>21</sup> oppure potrà d) «*condannare il genitore inadem-*

16 G. MANERA, *Brevi spunti sui provvedimenti punitivi preventivi dell'art. 709-ter c.p.c. quali strumenti per l'attuazione della bigenitorialità*, in *Dir. fam.*, 2008, p. 314.

17 G. FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, in *Guida dir.*, 2006, n. 11, p. 58 ss.

18 G. PONZANELLI, *I punitive damages, parte prima e parte seconda*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 31; E. D'ALESSANDRO, *Pronunce di condanna al pagamento dei punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 386.

19 G. CASABURI, *Il nuovo regime sull'affidamento*, in *Giur. mer., spec. Riforma del Diritto di Famiglia*, 2006, p. 46.

20 L'ammonimento consiste in un avvertimento al genitore inadempiente dal desistere dalla sua condotta, collaborando invece, per il bene della prole, all'attuazione del provvedimento dell'Autorità giudiziaria di prime cure. Le successive sono sanzioni amministrative pecuniarie la cui entità dovrà essere dal giudice calcolata in ragione della gravità della condotta, del reddito e del patrimonio del genitore ritenuto inadempiente.

21 Per Cass. Civ., 7 giugno 2000, n. 7713, la nozione di danno risarcibile a carico del genitore va «*estesa fino a ricomprendere non solo i danni in senso stretto patrimoniali ma tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana*». Sull'entità ed estensione del danno risarcibile si veda L. SALVANESCHI, *I procedimenti separazione e divorzio*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma (Parte I)*, Milano, 2006, p. 152. Non si comprende se tale misura risarcitoria sia diretta alla riparazione del pregiudizio subito dal figlio o dal coniuge o se abbia una prevalente natura punitiva, volta dapprima a dissuadere il coniuge – genitore dal tenere una condotta inadempiente e non collaborativa e successivamente a sanzionare il suo comportamento illecito. In questo secondo caso, si avrebbe il risarcimento per un cd. danno punitivo, che si aggiunge ad altre voci di danno. Dà atto di un contrasto giurisprudenziale e dottrinario sul tema della natura compensativa o punitiva di tale risarcimento e parla di

*piante al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria da un minimo di 75 euro ad un massimo di 5.000,00 euro a favore della Cassa delle ammende»<sup>22</sup>.*

“risarcimento sanzionatorio”, F. FAROLFI, *L'art. 709-ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva o punitiva?*, nota a Trib. Padova, 3 ottobre 2008, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 609. Questo contrasto si riflette anche nella scelta dei parametri risarcitori di riferimento. Indubbia è, poi, la particolare complessità che deriva dal dover conciliare le regole dell'azione ordinaria di risarcimento del danno con quella in commento, ad esempio per l'instaurazione del contraddittorio, l'onere della prova, le preclusioni processuali, i criteri di accertamento della responsabilità, complessità che fa propendere per l'incompatibilità del suo diretto inserimento nel processo divorzile o di separazione. Le condanne per danni punitivi sono, per definizione, volte a sanzionare il danneggiante per un comportamento considerato altamente riprovevole, e sono comminate anche per evitare che in futuro si ripetano comportamenti simili perché si aggiungono alla somma di denaro riparativa e comportano una sanzione esemplare. Si discute sulla compatibilità dei danni punitivi con i principi generali del sistema di responsabilità civile italiano, l'assunto di partenza sarebbe il seguente: il risarcimento del danno nel nostro ordinamento ha solo la funzione di rimediare la perdita patita in effetti dalla vittima, mentre l'attribuzione di una somma di denaro per il mero accertamento della lesione configura una sanzione civile punitiva che non ha copertura normativa, essendo esclusa una concorrente funzione sanzionatoria del rimedio risarcitorio. Chi sostiene il contrario, trova appiglio, invece, nella giurisprudenza e, oggi sempre più, nella normativa in materia ambientale, sul diritto d'autore, in materia di lite temeraria (art. 96 c.p.c.) e diffamazione (art. 12, l. 8 febbraio 1948, n. 47) che ricorre alla categoria dei cd. danni punitivi. La stessa Corte costituzionale, sent. 14 luglio 1986, n. 184 ha sostenuto come «la responsabilità civile ben può assumere, nel contempo, compiti preventivi e sanzionatori» e come sia «impossibile negare o ritenere irrazionale che la responsabilità civile da atto illecito sia in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma fra l'altro, a volte, anche, e almeno in parte, a ulteriormente prevenire e sanzionare l'illecito, come avviene appunto per la riparazione dei danni non patrimoniali da reato», senza che con ciò sia «necessario aderire alla tesi che sostiene la natura di pena privata del risarcimento del danno non patrimoniale». Va comunque, quindi, dedotto che la funzione punitiva non potrebbe considerarsi prevalente. Su tutto quanto sopra, v. E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediabile introdotto dall'art. 709-ter c.p.c.*, cit., p. 426 ss. Di recente, anche Cass. Civ., sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613, nell'ambito della circolazione dei provvedimenti giurisdizionali all'interno dello spazio giuridico europeo, ha sostenuto che «non è in contrasto con l'ordine pubblico, cioè con un principio fondamentale desumibile dalla Costituzione o da fonti equiparate, il provvedimento di condanna al pagamento di una somma che si accresce con il protrarsi dell'inadempimento, impartito dal giudice al fine di coazione all'adempimento di un obbligo infungibile. Al contrario, la misura comminata tutela il diritto del credito alla prestazione principale accertata con il provvedimento giudiziale, dunque mira ad assicurare il rispetto di fondamentali e condivisibili principi, quali il giusto processo civile, inteso come attuazione in tempi ragionevoli e con effettività delle situazioni di vantaggio, ed il diritto alla libera iniziativa economica». La conformità all'ordine pubblico si riverbera su tutte le sanzioni coercitive indirette interne e quindi anche sulla piena conformità dello strumento di coazione nei confronti dei genitori posto dall'art. 709-ter, n. 2 e 3, c.p.c.

**22** Per taluni interpreti, si tratta di uno strumento di coercizione indiretta, punitivo e non risarcitorio. Il rimando immediato è all'ordinamento francese, dove la cd. *astreinte*, ovvero la minaccia di condanna al pagamento di una somma di denaro è suscettibile di divenire definitiva condanna in ipotesi di mancata o ritardata esecuzione del provvedimento giudiziale. La misura della sanzione è dall'art. 709-ter c.p.c. determinata in maniera fortettaria e va versata alla Cassa delle ammende, infatti la sua finalità è solo quella di sanzionare la disobbedienza ad un ordine del giudice e non di riparare al pregiudizio subito dal coniuge

Il giudice può adottare queste misure sanzionatorie anche senza giungere ad alcuna modifica dell'originario provvedimento<sup>23</sup>.

La competenza per queste misure spetta al giudice della causa in corso<sup>24</sup>; la richiesta si introduce con ricorso e senza formalità; il Giudice può provvedere con ordinanza, secondo un procedimento molto simile a quello camerale, con garanzia del contraddittorio<sup>25</sup>. Da parte di nutrita giurisprudenza e dottrina si ritiene che il Giudice possa provvedere anche d'ufficio in ragione dell'accentuato carattere sanzionatorio che garantisce il prevalente e primario interesse del minore<sup>26</sup>.

Attraverso la procedura semplificata del secondo comma, questi provvedimenti possono essere emessi dal Giudice, presumibilmente con ordinanza<sup>27</sup>, in qualsiasi momento del procedimento, purché se ne manifesti la necessità.

I provvedimenti sono impugnabili «*nei modi ordinari*», espressione che ha ingenerato contrasti poiché la legge non parla espressamente di “mezzi ordinari” ex art. 323 c.p.c., per cui i modi ordinari sembrano essere

o dal figlio. Infine, si rammenta che l'art. 614 bis c.p.c., introdotto dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, ha incluso nell'ordinamento una nuova misura di carattere generale, che si ritiene applicabile anche ai casi di inottemperanza agli obblighi di natura familiare. Per un approfondimento, v. F. TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali*, cit., p. 1057 ss.

23 App. Firenze, 29 agosto 2007 (decr.).

24 La norma non prevede il rito da seguire né indica l'organo che deve pronunciarsi. In relazione a quest'ultima questione, parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto che organo sia il giudice istruttore, non avendo senso rimandare l'emissione dei provvedimenti in oggetto alla fine della decisione; per altra parte della giurisprudenza, invece, la valutazione andrebbe rimessa al Collegio in sede decisoria, in ragione del contenuto e del contesto in cui il provvedimento viene invocato.

25 E. VULLO, *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709-ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 927. *Contra*, con opinione che vede concorde anche l'odierno relatore, A. ARCERI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti interinali nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 286, secondo cui l'impugnabilità con i modi ordinari, sembra escludere la possibilità di pronunciarsi con ordinanza e quindi sembra escludere il provvedimento del giudice istruttore, poiché la proposizione in corso di causa del ricorso non dà luogo ad un procedimento camerale incidentale di natura collegiale.

26 Trib. Modena, 20 gennaio 2012, in *Giur. mer.*, 2012, p. 600; Trib. Torino, 15 giugno 2009. F. DANOVI, *I provvedimenti riguardanti i figli nella crisi della famiglia: profili processuali*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, nel Tratt. Bonilini - Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*<sup>2</sup>, t. 2, Torino, 2007, p. 1084.

27 A. ARCERI, *L'affidamento condiviso*, cit., p. 116 ss.; G. FANELLI, *Brevi note su misure coercitive e art. 709-ter c.p.c.*, in *www.judicium.it*. La pronuncia può aversi anche nella sentenza finale di separazione o divorzio oppure della controversia tra genitori non coniugati, se la necessità del provvedimento si manifesta in quel momento o la richiesta viene avanzata nelle conclusioni finali. Il provvedimento può essere invocato anche in appello o in Cassazione. Se, ai sensi dell'art. 710 c.p.c., il provvedimento è richiesto dopo la chiusura della controversia, la competenza a provvedere rimane radicata nel luogo di residenza abituale del minore.

quelli dipendenti dalla natura del provvedimento con cui le misure sono concesse<sup>28</sup>.

### 3 Il contenzioso in fase di separazione, divorzio o che può insorgere fra genitori non uniti in matrimonio:

Indubbiamente l'art. 709-ter c.p.c. va analizzato nel più generale e vasto ambito delle controversie che insorgono tra genitori o tra coniugi in fase di separazione oppure già separati, per comprendere quali di queste rientrino nel perimetro della disposizione e quali invece ne devono essere escluse.

Di seguito un'elencazione, forse non esaustiva di tutte le possibilità, ma sicuramente delle più frequenti nella prassi:

- a. **Mancato versamento o versamento parziale dell'assegno di mantenimento o divorzile** (tra coniugi<sup>29</sup>): il creditore invoca l'efficacia di titolo esecutivo dei provvedimenti ex artt. 708 e 709 c.p.c. o del provvedimento finale di separazione<sup>30</sup>;
- b. **Mancato versamento, versamento parziale o comunque irregolare dell'assegno di mantenimento nei confronti dei figli**: il creditore può invocare i rimedi del punto a) e l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 709-ter, co. 2, c.p.c. perché i figli, in conseguenza di tale comportamento, subiscono un pregiudizio per mancanza dei mezzi di sussistenza<sup>31</sup>;
- c. **Disaccordo su decisioni inerenti l'istruzione e la salute dei figli**: tali controversie, alle quali si applica l'art. 337 ter c.c., rientrano nel campo di azione della norma dell'art. 709-ter, co. 1, c.p.c., in commento, in quanto concernenti l'esercizio della responsabilità genitoriale;

28 G. FINOCCHIARO, E. POLI, *Esecuzione dei provvedimenti di affidamento dei minori*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., Torino, 2007, p. 532. L'art. 709-ter c.p.c. ha per molti studiosi determinato l'abrogazione tacita dell'art. 337 c.c., norma che attribuisce al giudice tutelare la vigilanza sul rispetto delle condizioni che il tribunale ha fissato per l'esercizio della responsabilità genitoriale.

29 Provvede il giudice del procedimento di separazione in corso.

30 Le questioni relative al titolo esecutivo possono risolversi ex art. 615 c.p.c. Dal punto di vista penalistico, per taluni, attraverso l'art. 570 c.p. potrebbe ottenersi il risultato di un rafforzamento di tutela anche per la violazione di obblighi economici tra coniugi.

31 La dottrina non è unanimemente concorde, ma la giurisprudenza in più occasioni è tornata sulla questione accordando la richiesta tutela, *ex multis*: Trib. Modena, 29 gennaio 2007, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 823, con nota di C. ONNIBONI, *Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709-ter c.p.c.*

- d. **Esercizio della responsabilità genitoriale o controversie sulle modalità di affidamento:** possono manifestarsi con varia intensità; essere sia decisionali, relative cioè a una o più attività che il minore dovrebbe compiere, sia interpretative, sulla portata dei provvedimenti già emessi dal giudice per l'esercizio della responsabilità genitoriale e l'affidamento. Sono comprese, per elezione, nel perimetro dell'art. 709-ter, co. 1, c.p.c.<sup>32</sup>. Il giudice è chiamato ad intervenire solamente in casi di «*insuperabile conflittualità, che integri, attraverso il blocco delle funzioni decisionali inerenti la vita del soggetto minore, un consistente pregiudizio ai suoi pregnanti interessi, non già in presenza di una forte difformità di vedute o di orientamenti educativi*»<sup>33</sup>.
- e. **Richiesta da parte di un coniuge - genitore della modifica dei provvedimenti della separazione di carattere patrimoniale o concernenti i figli:** alla modifica chiesta dopo la chiusura della separazione si applica l'art. 710 c.p.c., poiché l'art. 709-ter, co. 2, c.p.c., condiziona la modifica dei provvedimenti del giudice a com-

32 Se sono originate da dolo o mala fede di uno dei genitori, il giudice può applicare anche le sanzioni di cui al comma secondo.

33 Trib. Milano, 5 dicembre 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) (archivio Dir. Fam.), in riferimento alla seguente vicenda: le parti, unite in matrimonio nel 2003, avevano due figli minori, si separavano consensualmente nel 2009 e nel 2012 uno dei genitori denunciava l'altro, con ricorso *ex art. 709-ter*, per comportamento ostruzionistico, connotato dall'assunzione di continue e defatiganti iniziative giudiziarie, tese a frapporre ostacoli formali al rimborso delle spese straordinarie sostenute nell'interesse dei figli ovvero nell'immotivato rifiuto di acconsentire a prendere scelte utili e/o necessarie per i figli quali, ad esempio, un percorso di ippoterapia per uno dei figli (non vedente ad un occhio) ovvero al suo ausilio con l'affiancamento di un'insegnante di sostegno a casa, ovvero ancora alla partecipazione di un corso di karate per l'altro figlio, o il negare al genitore ricorrente il proprio assenso al rilascio delle deleghe per il ritiro dei figli da scuola; o ulteriori comportamenti ostruzionistici nella gestione dei conti correnti gestibili solo con la firma congiunta dei genitori. Di recente ha ribadito tale consolidata interpretazione Trib. Milano, sez. IX civ., ord. 23 maggio 2016. L'ingerenza giurisdizionale presuppone, infatti, che il mancato perfezionamento dell'accordo tra i genitori esercenti la potestà sia accertato come dissidio insuperabile, diversamente opinando, in presenza di una forte difformità di vedute e di orientamenti educativi tra i genitori, si avrebbe quale effetto che l'esercizio della potestà, e proprio con riguardo alle questioni di maggior rilievo, finirebbe per concentrarsi sul giudice, con conseguente sostanziale svuotamento dello stesso esercizio da parte dei titolari della potestà medesima e accumulo di responsabilità in capo all'organo giudiziario. Solamente nel caso in cui emerga, dunque, piena prova dell'estrema ed ormai assolutamente insanabile conflittualità tra i genitori e risulti pure che la stessa possa essere foriera di un grave pregiudizio in relazione all'esercizio della responsabilità genitoriale per l'interesse dei figli minori, è necessario ed opportuno che il giudice adotti provvedimenti limitativi della potestà genitoriale, delegando ai Servizi Sociali territorialmente competenti di assumere, previo contraddittorio con entrambi i genitori, le opportune e necessarie decisioni finali.

- portamenti dolosi o colposi<sup>34</sup>. Se la modifica è chiesta in corso di causa, invece, non sono applicabili né l'art. 709-ter<sup>35</sup> c.p.c. né l'art. 709<sup>36</sup> c.p.c. e si dovrà chiedere la modifica al giudice della separazione che provvederà con sentenza;
- f. **Controversie ex art. 709-ter, co. 1, relative ai figli minori, che non comportano modifica dei provvedimenti già emessi e che sorgono dopo la chiusura del giudizio di separazione:** per alcune pronunce giurisprudenziali, in tali rare ipotesi si applica l'art. 316, co. 3, c.c. e competente è il tribunale per i minorenni; per altre, rimane esperibile il procedimento di cui all'art. 709-ter c.p.c.;
- g. **Comportamenti che danno luogo alle pronunce di cui agli artt. 330 o 333 c.c.:** di competenza del Tribunale, se proposte in pendenza di separazione o divorzio, permettono l'attivazione del ricorso ex art. 709-ter c.p.c.

34 L'art. 709-ter, co. 1, c.p.c., può, per giurisprudenza maggioritaria, applicarsi anche dopo il passaggio in giudicato della separazione, se ne ricorrono i presupposti, fuori dal procedimento per la modifica delle condizioni.

35 Il comma primo non si occupa della modifica del provvedimento del giudice mentre il comma secondo se ne occupa ma solo in caso di «*gravi inadempienze*» o altre violazioni.

36 Consente al giudice istruttore la sola modifica dei provvedimenti emessi dal Presidente del Tribunale.

# Il piano attestato di risanamento: uno strumento di risoluzione della crisi finanziaria d'impresa tuttora efficace

Francesca Burigo  
(Assegnista di ricerca nell'Università di Firenze, Italia)

**Abstract** More than ten years after the major reform of the Bankruptcy Code, the Certified Restructuring Plan still represents a relevant instrument for those enterprises which are involved in financial crisis. It is an out-of-court proceeding of internal reorganisation of the entrepreneur, that may involve creditors with restructuring agreements. Art. 67, paragraph 3, letter *d*), of Royal Decree 16 March 1942, no. 267, does not describe the instrument or its content, it only highlights the aim of restoring the debtor's economic and financial balance and regulates the effects in the bankruptcy procedure of the failure of a Certified Plan. It envisages the exemption from claw-back actions for those operations and acts performed in execution of a restructuring plan certified by an independent professional. The law requires specific conditions for the role of this professional and the related activity of certification: basically the professional shall be an expert and his report shall certify the truthfulness of data and the feasibility of the plan to remove the distress. The evaluation of feasibility shall be intended on the base of data and assumptions known at the moment of the certification, in an *ex ante* perspective. When the plan is aimed at restoring a sustainable financial situation and the certificate is pursuant to art. 67, paragraph 3, letter *d*) of the Bankruptcy Code, the executing operations pursuant to the plan are exempted from claw-back actions in the possible following insolvency procedure and, if the plan is published in the Companies' Register, specific taxation benefits are granted to the debtor. In order to set an organic reform of the Bankruptcy Code the proposal prepared by the Commission appointed by the Ministry of Justice considers the maintenance of the Certified Restructuring Plan and suggests the introduction – in the provisions of the law – of features and conditions that doctrine and common practice have already emphasised.

**Sommario** 1. Introduzione. – 2. Inquadramento dell'istituto. – 3. Natura e concorsualità dell'istituto. – 4. I presupposti soggettivo e oggettivo. – 5. Pubblicità, forma e contenuto del piano. – 6. L'attestazione del piano e la figura dell'attestatore. – 7. Le esenzioni da revocatoria ex art. 67, co. 3, lett. *d*), l.fall. – 8. Il piano di risanamento e il rapporto con le procedure concorsuali.

**Keywords** Certified Restructuring Plan. Art. 67 Bankruptcy Code. Financial distress.

## 1 Introduzione

Fra i vari rimedi attualmente previsti dall'ordinamento per regolare la crisi d'impresa, oltre ai più noti concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti, il debitore ha a disposizione lo strumento del

piano attestato di risanamento. L'istituto è stato introdotto nella legge fallimentare con la riforma del 2005 (d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella l. 14 maggio 2005, n. 80), allo scopo precipuo di promuovere gli interventi di tempestiva gestione della crisi d'impresa attraverso soluzioni negoziali mirate a evitare il fallimento<sup>1</sup>, regolandone peraltro gli effetti in caso di insuccesso.

Merita dire subito che ad oltre un decennio dal suo esordio è possibile constatare l'efficacia della relativa disciplina, la quale infatti non risulta soggetta a ripetuti e sostanziali interventi legislativi correttivi<sup>2</sup> né a particolari elaborazioni giurisprudenziali, diversamente da quanto è accaduto per altre procedure negoziali.

D'altro canto, la stessa Commissione ministeriale per la riforma delle procedure concorsuali, presieduta da Renato Rordorf, non sembra orientata verso stravolgimenti dell'attuale assetto normativo dei piani attestati, la quale si limita a recepire orientamenti dottrinali ormai consolidati, come si avrà modo di segnalare nel corso dell'indagine.

Per meglio comprendere l'utilità dello strumento e la sua possibile evoluzione a seguito di una riforma organica della legge fallimentare, verranno esaminate in questa sede le sue precipue caratteristiche - così come disegnate dalle norme che lo riguardano e da puntuale elaborazione interpretativa e ricostruttiva compiuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina - nonché il rapporto fra questo e gli altri istituti considerati dalla medesima legge.

## 2 Inquadramento dell'istituto

Si tratta di un rimedio che trova la sua legittimazione all'art. 67, co. 3, lett. d), l.fall., ove viene brevemente descritto come «*un piano che appaia*

1 Gli interventi legislativi compiuti nell'ambito di tale riforma che hanno delineato l'attuale sistema di procedure negoziali per superare la crisi d'impresa ed evitare il fallimento sono stati tutti mirati a rendere più appetibile il ricorso a questi strumenti e a focalizzare l'attenzione delle imprese sulla tempestiva gestione della crisi. In questo quadro vanno lette le contestuali modifiche alla disciplina del concordato preventivo, relative all'abolizione di una percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari - peraltro di recente reintrodotta all'art. 160, co. 4, l.fall. per quelle proposte concordatarie che non prevedano la continuità aziendale - e del requisito della meritevolezza precedentemente richiesto per l'ammissione alla procedura, nonché la generale tendenza alla privatizzazione della risoluzione della crisi d'impresa.

2 Oltre a quelle che verranno segnalate in prosieguo, le ulteriori modifiche sono state recate dall'art. 4, co. 4, d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, e dall'art. 33, co. 1, lett. a), n. 1, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134. Con il primo intervento correttivo sono stati indicati alcuni requisiti che deve possedere l'attestatore, mentre con il secondo gli stessi requisiti sono stati specificati in maniera più dettagliata, oltre a prevedere la possibilità per il debitore di chiedere l'iscrizione del piano attestato nel registro delle imprese.

*idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria».* Molto altro non viene aggiunto dalla stessa norma e gli unici cenni ricavabili da altre disposizioni della medesima legge si riscontrano in due norme penali<sup>3</sup>: l'art. 217-bis, introdotto nel 2010, il quale prevede l'esenzione dalle fattispecie di bancarotta fraudolenta preferenziale e di bancarotta semplice dei pagamenti e delle operazioni compiuti in esecuzione del piano, e l'art. 236-bis, aggiunto a due anni di distanza, che attribuisce profili di responsabilità penale al professionista attestatore che esponga dati falsi od ometta di fornire informazioni rilevanti.

Il legislatore non ha dedicato uno spazio autonomo alla disciplina del piano di risanamento, come invece ha fatto per il concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Al contrario, ha operato un riferimento al piano nel contesto della disciplina delle azioni revocatorie fallimentari; infatti, l'art. 67 l.fall. individua gli atti, i pagamenti e le garanzie che soggiacciono all'azione revocatoria fallimentare, escludendone l'applicabilità alle operazioni attuate in esecuzione di un piano attestato di risanamento.

Paradossalmente, il sistema concorsuale si occupa del piano solo qualora questo non abbia avuto successo e sia invece intervenuto il fallimento dell'imprenditore.

Tuttavia, la circostanza non inficia la rilevanza giuridica dello strumento nella fase anteriore al suo eventuale insuccesso, ovvero prima della dichiarazione del fallimento; al contrario, la sua collocazione nel sistema delle esenzioni dall'azione revocatoria si ritiene debba leggersi esclusivamente come la regolazione di una fase – peraltro soltanto eventuale – della sorte del piano, che ha la funzione di prevenire il fallimento, non certo di creare le basi per il successivo ricorso alla tutela rappresentata dall'esenzione dall'azione medesima<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> La prima norma è stata introdotta dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni nella l. 30 luglio 2010, n. 122, mentre la seconda è stata aggiunta dall'art. 33, co. 1, lett. l), d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134, già citata alla nota precedente.

<sup>4</sup> Non appare pertanto condivisibile l'interpretazione di G. MEO, *I piani attestati di risanamento*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia, C. Piccininni e F. Severini, vol. 4, Torino, 2011, p. 632 s., ove l'A. afferma che il piano «serve, per così dire (ai propri limitati fini), quando la crisi esplose in una procedura di insolvenza». Allo stesso modo sembra assai limitativa la definizione del piano come un «presupposto empirico per la produzione di effetti giuridici», data da V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 281, soprattutto alla luce della dottrina più recente, che ne attribuisce una autonomia propria quale procedura stragiudiziale per la risoluzione della crisi d'impresa, e alla rilevanza concreta assunta negli ultimi anni per importanti ristrutturazioni aziendali, giustificabile con la duttilità che lo caratterizza. Per alcuni esempi di adozione con successo di questo

### 3 Natura e concorsualità dell'istituto

Il piano attestato di risanamento è la forma più pura di soluzione privatistica della crisi d'impresa che si ritrova nella legge fallimentare, non a caso considerata «la punta più avanzata del processo di privatizzazione della crisi d'impresa»<sup>5</sup>, in quanto gli altri istituti ivi disciplinati, a differenza di questo, prevedono un intervento più o meno assorbente dell'Autorità giudiziaria.

Prima della sua introduzione, gli imprenditori in crisi spesso ricorrevano a tecniche volte al superamento di questa che non trovavano alcun riscontro nella legge fallimentare e negli altri strumenti normativi, pur di non appalesare la loro situazione di difficoltà e di mantenere l'assoluto controllo decisionale sulle loro imprese. Tali tecniche, soprattutto se frutto di accordi del debitore con altri soggetti – segnatamente con i suoi creditori –, erano note come “concordati stragiudiziali”<sup>6</sup>.

Nel momento in cui il legislatore della riforma ha introdotto l'istituto dei piani attestati nella legge fallimentare è stato naturale il suo accostamento ai concordati stragiudiziali già diffusi nella prassi<sup>7</sup>. Sul punto si sono consolidate principalmente due diverse teorie: secondo la prima, la nuova formulazione dell'art. 67 l.fall. ha *sic et simpliciter* reso lecito il ricorso a quelle soluzioni stragiudiziali ormai da molto tempo invalse nell'uso, ma la cui esistenza non aveva mai ricevuto il *placet* della legge fallimentare<sup>8</sup>;

strumento v. S. AMBROSINI, M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, in *Il Caso.it*, II, 429/2014, p. 2.

5 G.B. NARDECCHIA, *Le esenzioni dall'azione revocatoria e il favor per la soluzione negoziale della crisi d'impresa (commento alle lettere d, e, g, del comma 3 dell'art. 67)*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, p. 234. L'A. sottolinea come, per la prima volta, ad un atto privo di controllo giudiziale e di obblighi pubblicitari sia riconosciuta rilevanza tramite l'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare.

6 In tema di concordati stragiudiziali v. E. FRASCAROLI SANTI, voce *Concordato stragiudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, III, Torino, 1988, p. 283 ss.; Id., *Origini e inquadramento sistematico del concordato stragiudiziale*, in *Dir. fall.*, 1980, I, p. 5 ss.; Id., *Concordato stragiudiziale e tutela giurisdizionale*, *ivi*, 1981, I, p. 246 ss.; L. ABETE, *Il concordato stragiudiziale (tra autonomia privata e par condicio)*, *ivi*, 2002, I, p. 666 ss.; A. PEZZANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallimentare: finalmente il concordato stragiudiziale omologato*, in *Foro pad.*, 2006, II, p. 45 ss.; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 303 ss; oltre al più risalente L. DE ANGELIS, *Un tentativo fallito di «amministrazione controllata stragiudiziale»*, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 847 ss., a commento di Trib. Genova, 15 novembre 1978.

7 Per un'analisi sulla storia dei concordati stragiudiziali nel nostro ordinamento v. F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 108 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984.

8 Così C. COSTA, *Esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 533. Cfr. L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa: concordato preventivo, piano attestato*

la seconda ribadisce invece il divieto di stipulare concordati stragiudiziali atipici specialmente ora che è stata normativamente prevista la possibilità e la legittimità di ricorrere al piano attestato di risanamento<sup>9</sup>.

In merito si osserva però che il ricorso a concordati stragiudiziali pare ad oggi ancora possibile alla luce dell'art. 118, co. 1, n. 2), l.fall., che in tema di chiusura del fallimento ammette che i crediti vengano "in altro modo estinti". Viene dunque da chiedersi se si tratti di una svista del legislatore delle varie riforme succedutesi oppure – come sembrerebbe preferibile – di un'implicita ammissione di accordi stragiudiziali, a condizione che siano comunque meritevoli di tutela ex art. 1322, co. 2, c.c.

Oltre a ciò, si rileva che i concordati – o in genere gli accordi – stragiudiziali prevedono per loro natura un'intesa fra l'imprenditore e le sue controparti, mentre l'istituto in esame, come si avrà modo di considerare più avanti, può legittimamente non prevedere alcuna regolazione dei rapporti giuridici con creditori, altri finanziatori o terzi soggetti.

Merita segnalare in proposito che il piano di risanamento è da annoverarsi fra le procedure negoziali volte a regolare la crisi di impresa che si presenti come situazione non grave o comunque non irreversibile e che sia legata principalmente all'aspetto finanziario dell'attività. Le principali funzioni del piano, infatti, sono il risanamento dell'esposizione debitoria e il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa nel medio-lungo termine; ed è per questo che il piano ben si adatta alle imprese in temporanea difficoltà finanziaria, che siano in grado di elaborare piani e negoziare con i creditori professionali<sup>10</sup> e che abbiano serie prospettive di continuazione

*di risanamento, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale, concordato fallimentare e concordato stragiudiziale, composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2013, p. 554, secondo cui, nonostante la riforma avesse lo scopo di eliminare i difetti dei concordati stragiudiziali, gli istituti degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani di risanamento hanno tuttora scarso appeal presso gli operatori, perché gli accordi stragiudiziali sono pur sempre leciti, se diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela ex art. 1322, co. 2, c.c., rimangono caratterizzati dalla riservatezza e consentono di mantenere contenuti i costi dell'accordo (la mancata necessità dell'attestazione elimina il compenso altrimenti spettante ad un attestatore).

<sup>9</sup> In questo senso v. per tutti S. BONFATTI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, p. 706. In giurisprudenza viene tuttora sanzionato il ricorso a forme stragiudiziali di composizione della crisi d'impresa nel caso in cui il compimento di tali scelte abbia condotto ad un aggravamento del dissesto e la condotta di ritardata richiesta di fallimento sia connotata da colpa grave: v. Cass. pen., 25 settembre 2013, n. 43414, in *Riv. pen.*, 2013, p. 1227 ss.

<sup>10</sup> Secondo una corrente dottrinale, accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati di risanamento ben si attagliano alle soluzioni negoziate della crisi d'impresa soprattutto con i creditori professionali, primi fra tutti le banche, evidenziando come i secondi appaiano più immediati per quanto riguarda il pagamento dei creditori estranei agli accordi, dato che è possibile prevedere i flussi di cassa generati dall'attività quale fonte generica per procurarsi i mezzi finanziari con cui ridurre l'indebitamento: F. D'ANGELO, *I piani attestati*

dell'attività<sup>11</sup>.

Al contrario non è ragionevole ricorrere a questo strumento per affrontare problemi privi di una connessione con la crisi d'impresa, ed invece di matrice economico-aziendale, come un calo di redditività per obsolescenza di prodotti<sup>12</sup>.

Stando alla lettera della norma sembra possibile affermare che lo scopo principale del piano non sia il soddisfacimento delle pretese creditorie, o perlomeno non direttamente, atteso che questo mira a considerare un diverso aspetto della gestione d'impresa: l'aspetto finanziario. Muovendo quindi dal presupposto che il piano di risanamento è volto a riordinare la situazione finanziaria del debitore, esso non deve necessariamente essere costituito da accordi (dilatori, remissori o di altro genere) con il ceto creditorio o con una parte di esso<sup>13</sup>; la ristrutturazione dei debiti che comporti accordi conclusi nella sfera negoziale bilaterale - si badi, non collettiva - dell'imprenditore e dei suoi creditori è pur sempre ammissibile, anche se nell'ambito di rapporti che si instaurano in maniera del tutto autonoma e facoltativa<sup>14</sup>; diversamente dal concordato preventivo e dagli accordi di ristrutturazione dei debiti, non vi è qui alcuna possibilità per il debitore di incidere sui diritti di coloro che non acconsentano volontaria-

ex art. 67, terzo comma, lett. d, l.fall.: luci e ombre a seguito del "decreto sviluppo", in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 75.

**11** I. ARCURI, *La crisi d'impresa oggetto di risanamento*, in I. ARCURI, P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato e il nuovo sovraindebitamento*, Milano, 2014, p. 28, riporta alcuni esempi di situazioni in cui il piano di risanamento può rivelarsi un utile strumento di risoluzione della crisi di impresa: quando cioè si prospetta un blocco delle linee di credito a breve termine o quando si avvicina una scadenza rilevante (come il rimborso in unica soluzione di un prestito) e dal piano di cassa si constata l'impossibilità di fronteggiare gli impegni con le risorse a disposizione, o ancora non sia possibile ricevere adeguata provvista dal sistema finanziario.

**12** In questo senso L. D'ORAZIO, *op. cit.*, p. 521.

**13** Cfr. G. LO CASCIO, *Il piano attestato di risanamento*, in *La crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio, Padova, 2010, p. 266; G.B. NARDECCHIA, *op. cit.*, p. 241; E. STASI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, p. 861; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006, p. 127. *Contra* V. ROPPO, *op. cit.*, p. 281; M. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, p. 374.

**14** V.M. MAROBBIO, *Revocatoria fallimentare e disciplina delle nuove esenzioni*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Caiafa, Torino, 2009, p. 297, per il quale il piano può essere costituito da un fascio di plurime proposte contrattuali di carattere recettizio. Secondo L. D'ORAZIO, *op. cit.*, p. 521, la previsione di accordi con i creditori «può confortare la ragionevolezza del piano stesso, indicando con precisione le attività esecutive del piano esenti da revocatoria». Per F. DI MARZIO, *op. cit.*, p. 118, il condizionamento e la codeterminazione dei soggetti diversi dal debitore sono elementi incisivi per il piano di risanamento aziendale e, pertanto, «alla isolata iniziativa del debitore non è rimesso niente di più che l'elaborazione di una bozza».

mente a modificare le proprie ragioni di credito<sup>15</sup>.

Il piano può assumere, dunque, la forma di un atto unilaterale del debitore, che viene concepito internamente all'impresa e costituisce una programmazione totalmente privata della risoluzione della crisi, svincolata da ogni controllo giudiziale e rimessa all'esclusiva valutazione dell'imprenditore<sup>16</sup>.

Come si può agevolmente comprendere, indipendentemente da quanti soggetti prendano parte all'accordo di risanamento, non si apre alcun concorso fra creditori o fra una parte di essi e non vi è neppure la necessità di una condivisione negoziale o processuale con questi; addirittura non è prevista alcuna forma di spossessamento dell'impresa o di imposizione di alcun vincolo alla gestione dell'imprenditore. Per tali motivi lo strumento negoziale dei piani attestati di risanamento manca dei requisiti necessari per essere annoverato fra le procedure concorsuali.

Non trattandosi di procedura concorsuale, il piano di risanamento non richiede alcun controllo giudiziale, né una sua omologazione da parte del tribunale, né deve venire depositato in qualche ufficio giudiziario<sup>17</sup>.

L'appetibilità di questo istituto deriva senza dubbio dalla tutela esonerativa dall'azione revocatoria prevista in caso di successivo fallimento, ma anche dalla mancata necessità di ricorrere all'autorità giudiziaria, dall'inapplicabilità delle pene sancite per i reati di bancarotta fraudolenta preferenziale dall'art. 216, co. 3, e di bancarotta semplice dall'art. 217 l.fall., oltre che dall'assenza dei rilevanti costi insiti nell'attivazione di una procedura concorsuale. Tutti gli aspetti testé menzionati giovano sia all'imprenditore sia ai soggetti che collaborano al risanamento dell'impresa e al riequilibrio dell'esposizione debitoria di questo<sup>18</sup>, ed è per questo

15 Conf. D. GALLETI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 164.

16 E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 299, ammette un piano privo di struttura contrattuale che assuma la forma di una «manifestazione d'intenti riconducibile neppure al paradigma negoziale foss'anche unilaterale». Per l'unilateralità del piano di risanamento si è espresso P. BOSTICCO, *Incertezze e soluzioni "di buon senso" in tema di nomina del professionista ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. d) l.fall.*, in *Fall.*, 2009, p. 469; G. LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, *ivi*, 2008, p. 992.

17 Questo non significa che il ricorso a questo strumento debba perciò considerarsi meno "serio": v. CNDCEC, ASSONIME, UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il Finanziamento alle imprese in crisi*, II ediz., 2015, p. 14, ove si stigmatizza il cattivo uso fatto in passato del piano di risanamento quale soluzione alla crisi d'impresa.

18 Conf. M. FERRO, *Commento all'art. 67, co. 3, lett. d)*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura del medesimo, Padova, 2014, p. 884 s. Si deve considerare che oramai il ceto bancario forniva alle imprese la finanza necessaria al risanamento solamente con il mutuo fondiario, forte della previsione contenuta agli artt. 18 e 24 del r.d. 16 luglio 1905, n. 646, per la quale il periodo sospetto ai fini della revoca dell'operazione era di soli

che la loro previsione, frutto in parte di modifiche legislative apportate solo nel 2010, ha gettato una luce nuova sui piani attestati di risanamento e, appunto, ne ha aumentato la forza attrattiva, al punto da farli definire «l'opportunità più immediatamente fruibile dall'imprenditore»<sup>19</sup>.

D'altra parte, occorre anche considerare la presenza di aspetti che penalizzano l'istituto in esame rispetto alle altre soluzioni a cui l'imprenditore può ricorrere: non esiste, durante il periodo di esecuzione del piano, un sistema legale di protezione del patrimonio del debitore da azioni conservative o esecutive dei creditori. Questo profilo non può essere sottovalutato, perché il rischio di vedere vanificati i programmi appositamente studiati per il superamento della crisi finanziaria è elevato<sup>20</sup>; il piano potrebbe, ad esempio, prevedere l'offerta di garanzie reali su beni dell'impresa, i quali possono essere nel frattempo aggrediti dai creditori e dunque costituire un ostacolo insormontabile alla realizzazione del piano.

L'assenza del requisito della concorsualità può apprezzarsi anche sotto il profilo della *consecutio* tra procedure. La regola secondo cui la data dalla quale decorrono i termini indicati per il fallimento dagli artt. 64, 65, 67, co. 1 e 2, e 69 l.fall. corrisponde infatti alla data di pubblicazione della domanda di concordato (o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti) nel registro delle imprese, non può valere per il piano di risanamento. Ciò, in primo luogo, perché la pubblicazione del piano non è obbligatoria, bensì facoltativa; ma soprattutto perché - come in più occasioni evidenziato - al piano di risanamento mancano le caratteristiche tipiche delle procedure concorsuali fra cui, ad esempio, la presenza di un definito presupposto oggettivo per accedervi, come si vedrà *funditus* nel paragrafo seguente, con la conseguente inapplicabilità per analogia delle stesse previsioni<sup>21</sup>.

Va detto anzi che l'unico rapporto con la procedura fallimentare che si viene eventualmente ad instaurare in un momento successivo è costituito dalla norma sull'esenzione della revocatoria dettata dall'art. 67 l.fall., così come si è anticipato nel paragrafo introduttivo e si vedrà più specificamente nel paragrafo 7.

Inoltre, gli eventuali crediti che maturano durante la procedura - e in funzione di questa - per l'erogazione di nuova finanza non godono della prededucibilità accordata dall'art. 111 l.fall., così come invece accade per il concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

dieci giorni. In tema di credito fondiario nel sistema delle esenzioni dall'azione revocatoria nel fallimento cfr. V. SANGIOVANNI, *Le particolarità fallimentari del credito fondiario*, in *Fall.*, 2011, p. 1146 ss.

19 M. FERRO, *op. cit.*, p. 885.

20 S. BONFATTI, *op. cit.*, p. 706.

21 In tema di *consecutio* delle procedure in questione v. A. PAZZI, *L'infinito mondo della consecuzione fra procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2015, p. 21 ss.

Un altro aspetto che differenzia il piano dalle altre procedure - e che si traduce in un ulteriore punto debole dello stesso - è l'impossibilità di applicare la previsione sulla riduzione o sulla perdita del capitale della società in crisi contenuta all'art. 182-sexies l.fall., che esclude l'operatività di alcune norme del codice civile poste a tutela del capitale sociale nel caso in cui si ritraggano perdite che lo erodono in maniera significativa<sup>22</sup>.

#### 4 I presupposti soggettivo e oggettivo

Dopo aver escluso sia l'appartenenza del piano di risanamento all'ambito delle procedure concorsuali, sia l'esistenza di una dettagliata identificazione della fattispecie, si rende comunque necessario porsi alla ricerca dei presupposti soggettivo e oggettivo, che non sono esplicitati nel testo della legge fallimentare.

Essendo la norma sui piani attestati inserita nella sezione degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori, è corretto affermare che operi per quei soggetti che possono sottostare alla disciplina del fallimento; si assume, dunque, che possono ricorrere ai piani attestati tutti gli imprenditori commerciali, siano essi imprenditori individuali o collettivi, passibili di fallimento. C'è da precisare, tuttavia, che un imprenditore commerciale potrebbe essere non assoggettabile al fallimento per mancanza dei requisiti dimensionali prescritti dalla legge al momento della predisposizione e attestazione del piano, ma diventare fallibile in un momento successivo, pertanto sembra logico ritenere che possa ricorrere al piano di risanamento qualunque imprenditore commerciale indipendentemente dal ricorrere del superamento delle soglie dimensionali di cui all'art. 1, co. 2, l.fall.

Una parte della dottrina propende per l'applicabilità dello strumento dei piani attestati di risanamento anche agli imprenditori che sfuggono alla disciplina del fallimento, giustificando tale tesi con l'assunzione che l'effetto esonerativo dall'azione revocatoria non valga esclusivamente per la revocatoria fallimentare, ma anche per quella ordinaria<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> La norma in questione opera tanto nel caso di deposito della domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione del debito, quanto se le stesse vengono anticipate dalle relative istanze "prenotative" previste dagli artt. 161, co. 6, e 182-bis, co. 6, l.fall.

<sup>23</sup> Così S. BONFATTI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, I, Torino, 2009, p. 652. A favore di una generale applicabilità dell'istituto anche per gli imprenditori non assoggettabili alla disciplina del fallimento: M. FERRO, *op. cit.*, p. 886; G. FALCONE, *La gestione privatistica dell'insolvenza tra accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, in *La nuova legge fallimentare "rivista e corretta"* a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2008, p. 312. G. Lo CASCIO, *Il piano attestato di*

Il presupposto oggettivo dei piani, secondo il testo letterale della norma, dovrebbe essere costituito da un'insana esposizione debitoria e da una disequilibrata situazione finanziaria dell'impresa. La norma utilizza nozioni che afferiscono alle scienze aziendalistiche - il risanamento dell'esposizione debitoria e il riequilibrio della situazione finanziaria - e che pertanto non trovano un immediato riscontro nel lessico giuridico<sup>24</sup>. Autorevole dottrina identifica il risanamento con il «ritorno ... a quell'equilibrio finanziario a breve e/o a medio-lungo termine, caratterizzato da una pressoché perfetta contrapposizione tra i flussi finanziari dove, in un determinato arco temporale, le entrate monetarie sono in grado di fronteggiare le corrispondenti uscite» ed il riequilibrio con «una implicazione armoniosa e bilanciata di entrate e uscite effetto di un grado di miglioramento anche nel breve o medio periodo, poiché con tale fattore si valuta il grado di indebitamento dell'impresa: più alto è il rapporto tra capitale di terzi e capitale proprio, più elevato si mostrerà il rischio aziendale»<sup>25</sup>.

Per l'identificazione del presupposto oggettivo non si parla di stato di crisi, come indicato espressamente per il concordato preventivo e all'art. 182-*bis* l.fall.<sup>26</sup>, né di stato di insolvenza, come per il fallimento.

Ciò ha portato una parte della dottrina a individuare il presupposto oggettivo della procedura nello squilibrio finanziario<sup>27</sup>, che è una situazione non assimilabile alla crisi irreversibile<sup>28</sup>, ma semmai a un dissesto meno conclamato<sup>29</sup>. Infatti, qualora la crisi fosse irreversibile gli obiettivi del

*risanamento*, cit., p. 266, ammette il ricorso al piano di risanamento attestato per le imprese soggette ad amministrazione straordinaria, a liquidazione coatta amministrativa, per le imprese creditizie, per le società di intermediazione mobiliare e per le società di investimento a capitale variabile.

24 M. FERRO, *op. cit.*, p. 900, evidenzia come l'assenza di ogni riferimento utile a identificare il piano come adatto allo scopo del risanamento/riequilibrio dell'impresa in crisi potesse essere superata con il collegamento ad altri istituti civilistici, tramite rinvio, o ad altri di nuovo conio.

25 *Ibid.* L'A. richiama il *Protocollo piani di risanamento e ristrutturazione; relazioni del professionista; profili organizzativi e principi di comportamento nell'ambito delle procedure di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piano di risanamento attestato* elaborati dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti nel 2006.

26 Secondo G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 1171, il presupposto dei piani coinciderebbe con lo stato di crisi.

27 L. MANDRIOLI, *Struttura e contenuti dei "piani di risanamento" e dei "progetti di ristrutturazione" nel concordato preventivo e negli accordi di composizione stragiudiziale delle situazioni di "crisi"*, in *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2006, p. 508.

28 In tal caso nessun piano sarebbe idoneo a centrare l'obiettivo del risanamento: cfr. I. ARCURI, *op. cit.*, p. 23 ss.

29 M. FERRO, *op. cit.*, p. 887.

risanamento del debito e dell'equilibrio finanziario non sarebbero in alcun modo perseguibili e l'imprenditore dovrebbe invece ricorrere alla richiesta di fallimento in proprio, al fine di non incorrere nelle conseguenze previste per il reato di bancarotta semplice (aggravamento colposo del dissesto).

Altra parte della dottrina, invece, ritiene possibile che qualsiasi stato in cui versi un'impresa – non necessariamente quello di crisi – possa consentire il ricorso a questo strumento negoziale<sup>30</sup>. Tuttavia si tratta di una conclusione che, nelle fattispecie concrete, si può scontrare con il requisito di meritevolezza del piano *ex art.* 1322 c.c.<sup>31</sup>.

Vero è che i piani di risanamento sono utili nel caso di concrete prospettive di continuità dell'attività di impresa, non qualora l'impresa sia ormai decotta, tanto che la loro finalità deve essere intesa in un'ottica prospettica<sup>32</sup>.

## 5 Pubblicità, forma e contenuto del piano

La disciplina dei piani attestati di risanamento è particolarmente scarna, per i motivi già accennati, e non vi è alcuna prescrizione vincolante circa la pubblicità, la forma e il contenuto che il piano deve avere.

A seguito delle modifiche apportate dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134, l'imprenditore ha la possibilità di pubblicare nel registro delle imprese il piano di risanamento al fine di consentirne la conoscenza da parte dei terzi<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> A sostegno di questa tesi si sono espressi G. SCARSELLI, *Le sistemazioni stragiudiziali (ovvero gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento delle esposizioni debitorie)*, in *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, p. 549; G.B. NARDECCHIA, *op. cit.*, p. 238; ID., *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, p. 301. Le motivazioni a favore di questa interpretazione individuano nell'assenza di un presupposto oggettivo ben definito una libera scelta del legislatore: se non c'è stata volontà di esplicitare un presupposto, probabilmente è perché non si voleva affatto identificarne uno specifico.

<sup>31</sup> Osserva F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell'impresa*, in *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di M. Vietti, F. Marotta e F. Di Marzio, Torino, 2007, p. 17, come l'esenzione dall'azione revocatoria costituisca una "valutazione legale di meritevolezza" dei piani in conformità al dettato dell'art. 1322 c.c.

<sup>32</sup> G.B. NARDECCHIA, *Le esenzioni dall'azione revocatoria e il favor per la soluzione negoziale della crisi d'impresa (commento alle lettere d, e, g, del comma 3 dell'art. 67)*, cit., p. 240; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fall.*, 2008, p. 708; S. FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, p. 891 ss. Per G. CORSI, *I piani attestati*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, Torino, 2014, p. 642, lo scopo del piano è quello di «assicurare la continuazione dell'impresa, risanandola e consentendole di rimanere sul mercato».

<sup>33</sup> Precedentemente la dottrina già auspicava una qualche forma di pubblicità del piano finalizzata principalmente ad evitare un utilizzo distortivo dell'istituto: chi attraverso il

La novità della pubblicazione - resa con lo stesso provvedimento obbligatoria per la domanda di concordato preventivo all'art. 161, co. 5, l.fall. - porta con sé una tutela anche dei terzi estranei al piano, che hanno in questo modo la possibilità di conoscere quali atti, pagamenti e garanzie potrebbero non essere revocati in un eventuale successivo fallimento, modificando in tal modo la tutela patrimoniale dei creditori concorsuali<sup>34</sup>. Ciò nonostante non è chiaro quale sia il contenuto della pubblicazione nel registro delle imprese: se il solo piano di risanamento *stricto sensu* oppure il piano comprensivo di tutti i documenti a questo allegati, inclusa la relazione di attestazione<sup>35</sup>.

Altro vantaggio, questa volta a favore del debitore che opti per la pubblicazione, è quello derivante dalla non imponibilità, a fini fiscali, delle sopravvenienze attive che derivano dalla riduzione di debiti a seguito di un piano attestato «*pubblicato nel registro delle imprese*», così come previsto dall'art. 88, co. 4, d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917.

Si noti come il legislatore abbia lasciato alla discrezionalità del debitore la pubblicazione del piano. In origine, il piano attestato di risanamento era uno strumento privatistico di regolazione della crisi d'impresa più appetibile rispetto agli accordi di ristrutturazione dei debiti per la possibilità di mantenere il riserbo sulla situazione dell'impresa; successivamente, l'introduzione di alcuni adeguamenti alla disciplina dell'art. 182-bis l.fall. ha permesso una maggiore diffusione della procedura degli accordi a discapito dei piani attestati<sup>36</sup>. Ad oggi questi ultimi risultano essere gli unici strumenti che gli imprenditori possono mantenere riservati durante la regolazione della crisi per evitare che trapelino notizie sulla situazione delle loro imprese tali da allarmare i loro interlocutori e compromettere il compimento di affari con essi in futuro<sup>37</sup>.

deposito presso la cancelleria fallimentare, chi solo dandone notizia ad un pubblico ben definito di creditori e terzi, anziché rendere una generalizzata informazione tramite il registro delle imprese; v. G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 316; e G.B. NARDECCHIA, *Le esenzioni dall'azione revocatoria e il favor per la soluzione negoziale della crisi d'impresa (commento alle lettere d, e, g, del comma 3 dell'art. 67)*, cit., p. 251.

34 M. FERRO, *op. cit.*, p. 896, evidenzia come la facoltà concessa all'imprenditore di pubblicare il piano eluda la difficile mediazione tra vocazione unilaterale al risanamento del debitore e diritto di informazione sulla crisi per i creditori.

35 *Ibid.*, p. 901.

36 Per una critica analisi della convenienza *medio tempore* tra i piani attestati di risanamento e le procedure degli accordi di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo si rinvia a F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 74 ss.

37 Conf. A. GAMBINO, *Relazione di sintesi*, in *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, a cura di A. Jorio, Atti del convegno di Torino dei giorni 8-9 aprile 2011, Milano, 2012, p. 212 s. L'A. fa riferimento all'ordinamento francese e, più precisamente, al sistema di "allerta" introdotto con la *Loi de sauvegarde des entreprises* del 26 luglio 2005, n. 843, e sottolinea come, in sede di riforma della legge fallimentare italiana, la Commissione ministeriale

Per altro verso, la riservatezza del piano attestato di risanamento porta con sé un rischio intrinseco, che può concretizzarsi una volta che venga dichiarato il fallimento, qualora la ragionevolezza del piano e la preventiva autovalutazione del medesimo siano messe in dubbio dal curatore fallimentare e dall'Autorità giudiziaria<sup>38</sup>.

Alla luce della norma sulla pubblicazione del piano nel registro delle imprese, pare logico desumere che la forma scritta debba essere necessaria quantomeno in questa occasione. Può inoltre concludersi che il documento contenente il piano debba anche avere data certa per opporre l'inerenza degli atti a un piano preesistente al loro compimento in caso di successivo fallimento, soprattutto nell'eventualità in cui l'imprenditore non l'abbia pubblicato<sup>39</sup>.

Tale considerazione è stata fatta propria dalla Commissione Rordorf, che nello schema di disegno di legge delega, all'art. 5, co. 1, lett. e), ha proposto l'obbligatorietà dell'apposizione della data certa al piano, oltre - ovviamente - alla prescrizione della forma scritta.

Il contenuto del piano non è al momento stabilito dalla legge, pertanto assume la forma ad esso impressa autonomamente dall'imprenditore<sup>40</sup>. Questo può contemplare diverse modalità di risoluzione della crisi e assumere varie forme, non essendo, a differenza del caso degli accordi ex art. 182-bis l.fall., limitato esclusivamente alla ristrutturazione dei debiti<sup>41</sup>. L'unico vincolo ravvisabile nella norma è il risultato finale a cui il piano deve mirare.

Le operazioni di finanza straordinaria sembrano essere particolarmente adatte a gestire la crisi d'impresa con questa procedura: è possibile spaziare dalla costituzione di patrimoni destinati a specifici affari previsti dalla disciplina civilistica delle società per azioni agli artt. 2447-bis ss. c.c., agli aumenti di capitale riservati a specifiche categorie di soggetti.

abbia respinto l'idea di introdurre un meccanismo simile in Italia per non compromettere i rapporti dell'impresa in crisi con i suoi dipendenti, fornitori e clienti.

38 Così M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 364.

39 S. AMBROSINI, M. AIELLO, *op. cit.*, p. 14 s., evidenziano come per escludere la revocabilità delle operazioni eseguite in funzione del piano sia necessario che «l'intero set di documenti [...] trovi una collocazione temporale incontrovertibile, onde dimostrare l'anteriorità rispetto ai successivi adempimenti. Di qui la necessità di munire i suddetti atti di data certa, affinché, nell'eventualità del successivo fallimento, sia possibile fornire agevolmente la prova della consequenzialità logica e - prim'ancora - cronologica tra, da un lato, il piano, l'attestazione, l'accordo e, dall'altro, l'esecuzione delle singole obbligazioni dagli stessi previste».

40 Secondo i propositi dello schema di disegno di legge delega, la Commissione Rordorf ha auspicato l'esplicitazione nel testo legislativo dei contenuti analitici che deve prevedere il piano.

41 In senso conforme G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, 243.

Richiedendo ai soci ulteriori apporti finanziari, sia sotto forma di nuovi conferimenti (di capitale come di patrimonio), sia a titolo di capitale di debito, l'impresa evita così di rivolgersi a soggetti esterni per l'acquisizione di nuove risorse finanziarie e può ottenere condizioni di remunerazione del capitale molto più vantaggiose. A questo proposito è bene tenere presente la disciplina in tema di finanziamenti dei soci dettata dall'art. 2467, co. 1, c.c. ed applicabile non solo alla società a responsabilità limitata, ma anche alle altre società di capitali<sup>42</sup>. Infatti, qualora i finanziamenti erogati a titolo di prestito, e quindi con obbligo di restituzione, siano stati concessi «*in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento*», il loro rimborso è da considerarsi postergato e, se avvenuto nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento, deve essere restituito.

Pare molto improbabile che un'impresa che faccia ricorso a un piano attestato di risanamento con previsione di finanziamenti dei soci e relativo obbligo di rimborso, non versi, all'atto della concessione di "nuova finanza", nella situazione descritta all'art. 2467, co. 2, c.c. e pertanto l'attivazione della relativa tutela prevista al co. 1 sembrerebbe scontata una volta intervenuto il fallimento<sup>43</sup>.

Ancora, è possibile agire sul passivo dell'impresa, evitando il rimborso di debiti a cui non si riesca a far fronte; una soluzione può consistere nel proporre ai creditori la conversione in capitale di rischio dei rispettivi crediti pregressi di natura finanziaria o anche commerciale<sup>44</sup>.

Se l'impresa gode di buona reputazione sul mercato in cui opera, può conseguire il risanamento della situazione finanziaria anche mediante l'eventuale reperimento di "nuova finanza" presso terzi, i quali dovranno però essere consci del fatto che la disposizione sulla prededucibilità delle nuove risorse erogate non potrà essere invocata nel caso in cui venga successivamente dichiarato il fallimento<sup>45</sup>.

Altre ipotesi suscettibili di ricevere considerazione nel piano di risanamento possono essere quelle della rinegoziazione delle obbligazioni dell'imprenditore con i suoi creditori. La ristrutturazione dei debiti può

42 Analoga disposizione riecheggia nell'art. 2497-*quinquies* c.c., relativamente al caso di finanziamenti effettuati nell'ambito dei gruppi societari.

43 Si rileva, fra l'altro, che l'art. 182-*quater*, co. 3, l.fall., non richiama affatto il piano attestato di risanamento.

44 Per attente riflessioni sulla fattispecie v. E. BERTACCHINI, *La conversione dei crediti in azioni negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nei piani attestati di risanamento nel quadro della legge fallimentare riformata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, p. 181 ss.

45 Non è, invero, rinvenibile alcun richiamo al piano attestato di risanamento nella disciplina sulla prededucibilità dei crediti da finanziamento delineata all'art. 182-*quater* l.fall.

avvenire mediante rinunce, anche parziali, dei creditori agli interessi o anche al capitale dei prestiti elargiti, dilazioni dei pagamenti, o l'astensione dall'esercizio di azioni esecutive durante il periodo necessario all'imprenditore per raggiungere il riequilibrio finanziario. In questo caso l'accordo con almeno una parte dei creditori è un passo obbligatorio che porta necessariamente l'imprenditore a negoziare con questi.

Il reperimento di liquidità per far fronte ai debiti in scadenza o per finanziare nuovi investimenti può derivare anche dallo smobilizzo di attività patrimoniali che non siano strategiche per la gestione aziendale e la perdita delle quali non infici la continuazione dell'attività d'impresa<sup>46</sup>.

Nel tempo che occorre per stipulare gli accordi che faranno parte del piano può accadere che la situazione dell'impresa peggiori, sia sotto il profilo finanziario (ad esempio, con il raggiungimento della scadenza di altre obbligazioni a cui non si riesca a far fronte agevolmente o con l'aumento degli oneri finanziari) sia sotto quello economico (per la ritrazione di ulteriori perdite). Se per il profilo economico sembrano doversi escludere tutele esperibili efficacemente, per quello finanziario qualche valida prospettiva sussiste: soprattutto nel caso di stipulazione di accordi con le banche, non è infrequente il ricorso a istanze di moratoria c.d. *standstill*, con cui vengono congelati i pagamenti dovuti, e sospesa la corresponsione di interessi o, più semplicemente, sono assicurate le linee di credito necessarie a condizioni di utilizzo sostenibili<sup>47</sup>.

Quanto alla forma che il piano deve assumere, lo scarno testo legislativo vigente non offre molti spunti di riflessione. Di certo le soluzioni che si intendono adottare influenzano la scelta della modalità con cui presentare il progetto di risanamento. Di questa ampia autonomia la dottrina ha cercato di delineare i confini di massima, ad esempio escludendo che il piano sia presentato attraverso un bilancio straordinario o - peggio - un bilancio di liquidazione, in quanto, da un lato, la procedura si complicherebbe rendendo necessaria una preventiva deliberazione assembleare, mentre, dall'altro, emergerebbe una inconciliabilità tra la natura prospettica tipica del piano e la staticità che caratterizza invece tali bilanci<sup>48</sup>.

Il piano, contenente al suo interno il progetto di risanamento, dovrebbe

46 Un contratto spesso utilizzato è quello del "*sale and lease-back*", con cui un imprenditore aliena un bene compreso nel patrimonio aziendale ad una società di *leasing*, ottenendo così nell'immediato risorse corrispondenti al relativo prezzo di cessione, continuando ad utilizzarlo in locazione finanziaria, con il patto di riacquisto dello stesso bene al termine della durata del *leasing*. Così facendo, l'impresa potrà conseguire le risorse finanziarie derivanti dalla cessione del bene nel breve periodo; tuttavia dovrà considerare i costi relativi al contratto di *leasing* che, nei periodi futuri, si andranno a sommare ai debiti già contratti dalla stessa impresa.

47 V.S. AMBROSINI, M. AIELLO, *op. cit.*, p. 34 ss.

48 G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, p. 241 s.

sempre aprirsi con le informazioni relative all'impresa e l'identificazione delle cause che hanno condotto alla necessità di ricorrere allo strumento del risanamento; inoltre, è opportuno inserirvi una situazione patrimoniale ed economica aggiornata<sup>49</sup>.

In linea di principio, il progetto di risanamento prevede sempre un piano finanziario, ma non è infrequente che collegati a questo vi siano altresì un piano industriale e degli accordi di riscadenziamento dei debiti<sup>50</sup>.

Il piano finanziario dovrebbe poi essere costituito da una parte "statica", che identifichi la situazione al momento della sua redazione, e da una "dinamica", che illustri prospetticamente gli effetti previsti in esecuzione del medesimo.

Esso viene redatto molto spesso con l'ausilio di consulenti finanziari, c.d. *advisors*, e in accordo con i creditori finanziari dell'imprenditore, quali le banche, le società di *leasing*, le società di *factoring*, i consorzi di garanzia-fidi, le compagnie di assicurazione, le società finanziarie che erogano finanziamenti o le società di credito al consumo<sup>51</sup>; può prevedere accordi con nuovi soggetti - oltre che con coloro che siano già creditori - i quali intendano finanziare, a vario titolo, il progetto di risanamento<sup>52</sup>.

Qualora lo squilibrio finanziario non sia particolarmente grave, il sollievo dato dagli interventi dei creditori pregressi può anche consistere nel semplice consolidamento dell'esposizione debitoria, che converte i debiti a breve in debiti a medio-lungo termine<sup>53</sup>.

Il piano industriale, invece, consiste nel progetto redatto dall'imprenditore per raffigurare i possibili sviluppi industriali del *business* nell'orizzonte temporale stabilito dal piano di risanamento. Ove sia presente un piano industriale, questo non può prescindere da quello finanziario e deve implementare gli assunti su cui sono basate le ipotesi del risanamento e del riequilibrio finanziario.

49 *Ibid.*, p. 246.

50 M. FERRO, *op. cit.*, p. 902, rinviene una prossimità lessicale fra questi piani e quelli che l'art. 2381, co. 3, c.c. prescrive al consiglio di amministrazione di esaminare quando elaborati dagli organi delegati. G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, p. 247, afferma la necessità di coordinamento dei vari documenti in «un unico documento di sintesi che indichi le linee guida dell'intervento, che racchiuda i principali interventi previsti dal piano di risanamento ... che deve essere completo e autosufficiente».

51 I. ARCURI, *op. cit.*, p. 25.

52 S. BONFATTI, *Gli incentivi alla composizione negoziale delle crisi d'impresa: uno sguardo d'insieme*, in *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento* a cura del medesimo con G. Falcone, Milano, 2014, p. 15.

53 Per S. AMBROSINI, M. AIELLO, *op. cit.*, p. 37 s., in tale situazione occorre prestare attenzione all'anatocismo, in quanto oggetto del riscadenziamento potrebbe essere non solo la quota di capitale dovuto, ma anche quella dei relativi interessi già maturati; per non incorrere nella violazione dell'art. 1283 c.c. le due componenti vanno distinte e trattate differentemente.

La riorganizzazione prevista dal piano industriale può essere fondata sul presupposto che una parte dei costi generalmente sostenuti dall'impresa nell'esercizio dell'attività siano eliminati, per quanto possibile, o siano sostituiti da altri più modesti in modo da non aggravare ulteriormente il conto economico.

Difficilmente il piano industriale contemplerà una modificazione dell'attività di impresa, atteso che l'obiettivo del piano di risanamento mira semplicemente a ricostituire l'equilibrio finanziario per poter proseguire l'attività stessa. Ed è proprio per questo motivo che si tende perlopiù ad escludere che l'approvazione di un piano di risanamento, di per sé, costituisca causa di recesso *ex artt.* 2437 o 2497-*quater* c.c.<sup>54</sup>.

Allo stesso modo non pare giustificabile attribuire una finalità liquidatoria a questo istituto che per sua natura mira a ripristinare una situazione di efficienza nell'impresa e quindi sottintende una continuazione dell'attività (*going concern*)<sup>55</sup>. Nulla impedisce però che il piano preveda la liquidazione di una parte dei beni costituenti il patrimonio, qualora non siano più adatti all'esercizio dell'attività o siano funzionali ad un ramo d'azienda che l'imprenditore, a seguito delle sue valutazioni nella programmazione del risanamento, non ritenga più conveniente conservare.

Per i piani di più elevata complessità, come per quelli che coinvolgono altri soggetti oltre all'imprenditore, è presente nella prassi una convenzione di risanamento che ha la funzione di disciplinare le reciproche obbligazioni fra i vari aderenti in relazione alle manovre presenti nel piano elaborato.

Nel progettare l'operazione di risanamento l'imprenditore non ha alcun vincolo di rispetto del principio della *par condicio creditorum*, dato che - come riferito nel paragrafo precedente - quella di cui trattasi non appare essere una procedura concorsuale. Semmai il piano costituisce di per sé una deroga al principio dal momento che permette, in caso di

54 *Ibid.*, p. 14 s. *Contra* M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 368, il quale ammette una riconversione o una ristrutturazione aziendale condizionata a che il piano nel suo complesso indichi una ragionevole prospettiva di risanamento della situazione finanziaria.

55 Secondo P. MARANO, *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Fall.*, 2006, p. 102, la continuazione dell'attività d'impresa è *in re ipsa* nei piani attestati; in senso conforme L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, Milano, 2007, p. 136; A. JORIO, *Accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, in *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, p. 103 ss.; L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2007, p. 625. Più recentemente v. I. ARCURI, *op. cit.*, p. 26 s., per cui «un risanamento volto a consentire una migliore liquidazione dell'impresa sembra essere una contraddizione in termini». *Contra* P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 822 ss; P. LICCARDO, *Commento all'art. 67, 3 c., lett. d*, nel *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, p. 11 ss.; C. D'AMBROSIO, *Art. 67, 3 co., lett. d), e), g)*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di A. Jorio e M. Fabiani, I, Bologna, 2007, p. 988; L. MANDRIOLI, *op. cit.*, p. 507; D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, negli Atti del convegno di Bologna del 5 ottobre 2005 sul tema *La riforma del diritto fallimentare*, Milano, 2005, p. 235.

successivo intervenuto fallimento, di esentare dall'azione revocatoria atti, pagamenti e garanzie che altrimenti potrebbero essere revocati<sup>56</sup>.

Ma vi è di più: il risanamento dell'esposizione debitoria e il riequilibrio finanziario non implicano il pagamento integrale dei debiti dell'impresa attraverso il piano attestato<sup>57</sup>, ben potendosi ottenere questi risultati anche con il mantenimento di una fisiologica parte di obbligazioni scadute e inadempite, sempre a condizione che gli importi di queste siano irrilevanti rispetto al complesso delle obbligazioni.

Indipendentemente dal contenuto del piano che l'imprenditore intenda proporre, è fondamentale che il piano sia quanto più possibile analitico e dettagliato, nonché facilmente comprensibile sotto l'aspetto finanziario<sup>58</sup>. Le ragioni per cui chiarezza e intelleggibilità del piano appaiono indispensabili sono facilmente intuibili: *in primis*, facilitare il compito dell'attestatore; ma poi - ancor più - nel caso in cui intervenga il fallimento e scatti la tutela dalle azioni revocatorie<sup>59</sup>, aiutare a capire quali atti, quali pagamenti e quali garanzie possano godere della protezione dal rischio di ricadere sotto le esposizioni dell'art. 67 l.fall., appunto perché conformi al piano.

La legge non fornisce indicazioni neppure sull'intervallo temporale in cui si devono estendere i progetti previsti dal piano; di contro, la dottrina ha elaborato il concetto di proporzionalità inversa fra durata e attendibilità del piano, nel senso che più l'orizzonte temporale per lo svolgimento del piano si prolunga, meno attendibile va considerato il proposito di risanamento<sup>60</sup>. Solitamente l'orizzonte temporale del medesimo va da tre a cinque anni, ma in caso di trattative con i creditori andrà sicuramente concordato con questi.

Altri elementi ricavabili dalla sintetica disciplina normativa che aiutano a identificare e delineare lo strumento sono la fattibilità - che deve essere attestata in base ad un giudizio prognostico - e la veridicità dei dati

56 A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012, p. 145, giustifica la violazione del principio di parità di trattamento con «la prevalenza sull'interesse dei creditori dell'interesse ritenuto meritevole di maggior tutela consistente nel tentativo di salvataggio dell'impresa mediante il risanamento e il recupero del riequilibrio anche se ciò ovviamente non significa che non sussistano rischi, anche gravi di abusi».

57 *Contra* D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 182; P. MARANO, *op. cit.*, p. 102.

58 Così G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, p. 248, secondo il quale «per garantire il beneficio dell'esenzione da revocatoria il piano dovrà essere ... di facile lettura con particolare riferimento al profilo finanziario e quindi alla situazione iniziale e a quella prospettica dei debiti di finanziamento, alle fonti e ai tempi di messa a disposizione delle risorse per il soddisfacimento dei debiti e per il ripristino dell'equilibrio finanziario».

59 P. PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, in *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, p. 114.

60 P. RIVA, *L'attestazione dei piani delle aziende in crisi*, Milano, 2009, p. 161.

aziendali su cui il piano si fonda - che con l'ultimo intervento legislativo hanno sostituito il concetto di ragionevolezza - che formeranno oggetto del paragrafo successivo.

Rientrando a pieno titolo tra le soluzioni stragiudiziali a disposizione dell'imprenditore per regolare la crisi d'impresa, il piano attestato di risanamento non prevede alcuna forma di controllo giudiziario nella fase esecutiva. Per ovviare a questa mancanza, a maggior tutela dei soggetti interessati a che il piano sia coronato da successo, possono essere previsti dei meccanismi di verifica dell'esecuzione del programma mediante disposizioni che comportino obblighi informativi in capo all'imprenditore sull'andamento della situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, nonché della sua gestione economica durante l'attuazione del piano, l'attribuzione ai creditori della facoltà di richiedere informazioni sullo "stato dell'arte" e documentazione comprovante i risultati conseguiti, fino al coinvolgimento di rappresentanti dei creditori nell'organo gestorio o in quello di controllo qualora la crisi interessi un'impresa sociale<sup>61</sup>.

## 6 L'attestazione del piano e la figura dell'attestatore

L'attestazione è una fase fondamentale del piano di risanamento affinché, in caso di fallimento, operi la tutela dell'esenzione dalle azioni revocatorie di atti, pagamenti e garanzie compiuti o rilasciate in esecuzione del medesimo. Essa serve a circoscrivere la forte autonomia dell'imprenditore nella gestione della crisi, nonché a prevenire il rischio di abuso dello strumento da parte di imprenditori che possano utilizzarlo senza un valido motivo, solamente per non ottemperare ai loro obblighi nei confronti dei creditori.

Qualora un piano di risanamento sia privo della relativa attestazione non si avrà invalidità dell'atto predisposto; al contrario si potrà definire l'accordo "stragiudiziale" che, come tale, avrà comunque effetti obbligatori tra le parti che lo hanno sottoscritto.

Mentre in origine l'attestazione verteva sulla ragionevolezza del piano, ora l'oggetto dell'attestazione è duplice: da un lato il legislatore richiama la fattibilità del piano, dall'altro la veridicità dei dati aziendali<sup>62</sup>. Questi

61 In questo senso S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla "miniriforma" del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134*, Bologna, 2012, p. 69.

62 Con il "Decreto Sviluppo" (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134) il legislatore ha uniformato i requisiti che le attestazioni devono verificare per tutte le procedure negoziali, posto che per i piani di risanamento v'era la ragionevolezza, per gli accordi di ristrutturazione dei debiti l'attuabilità e per il concordato preventivo la fattibilità. I termini precedentemente vigenti ingeneravano non poca confu-

due aspetti sono inscindibili – tanto che l’attestazione non è completa se una delle due parti manchi – e realizzano le condizioni di meritevolezza contrattuale necessarie per l’esercizio delle tutele del piano e dei suoi effetti nei confronti dei terzi<sup>63</sup>.

Per poter valutare la fattibilità del piano è necessario che l’attestazione introduca già nelle prime pagine un’analisi delle cause della crisi dell’impresa distinguendo fra fattori endogeni ed esogeni. I fattori della crisi costituiscono il punto di partenza per comprendere se le manovre previste nel piano permettano o meno di raggiungere l’obiettivo di risanamento in maniera duratura.

Naturalmente alcune di queste cause potrebbero non essere facilmente gestibili, soprattutto se esogene all’impresa: ad esempio, la fluttuazione del prezzo delle materie prime sui mercati di approvvigionamento non può essere calcolata con esattezza né tanto meno governata. Ciò nonostante l’imprenditore può ricorrere a strumenti di attenuazione del rischio derivante da tali oscillazioni dei costi che sostiene, come i contratti di *commodity futures*<sup>64</sup>; analogamente, per proteggersi dalle oscillazioni dei cambi fra valute, qualora l’impresa operi con clienti e/o fornitori internazionali, l’imprenditore può ricorrere ai *currency futures*.

Compito dell’attestatore è effettuare una valutazione prognostica circa le concrete prospettive di successo dell’operazione contenuta nel piano, soprattutto dando conto del processo metodologico adottato<sup>65</sup>. Le modalità con cui il professionista arriverà al giudizio valutativo di fattibilità dipendono molto dal contenuto impresso al piano, che come si è visto può essere un semplice programma di riorganizzazione interna, oppure può coinvolgere soggetti esterni. Ciò che sarà imprescindibilmente valutata a questi fini sarà la situazione di partenza dell’impresa, che costituisce il fondamento del ricorso dell’imprenditore all’istituto.

Il giudizio da esprimere in relazione a questo aspetto non potrà pertanto limitarsi ad un mero “visto”, ma dovrà constare di una illustrazione descrittiva

sione tra gli operatori, tanto che secondo alcuni interpreti potevano essere assunti come sinonimi: cfr. S. AMBROSINI, M. AIELLO, *op. cit.*, p. 19 s.

63 F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d’impresa*, cit., p. 154, riferendosi generalmente ai piani di risanamento aziendali, osserva che «il contratto in attuazione di un piano ragionevole e fattibile gode di tutela legale in punto di esenzione dalla azione revocatoria fallimentare. Per questa affermazione di meritevolezza, non potrebbe mai integrare il fatto antiggiuridico e dannoso che secondo l’art. 2043 c.c. costituisce fonte dell’obbligazione risarcitoria aquiliana». V. anche CNDCEC, ASSONIME, UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *op. cit.*, p. 10, secondo cui gli atti giudicati meritevoli «resteranno inattaccabili e le persone che li hanno compiuti andranno in linea di principio esenti da eventuali responsabilità».

64 Con il contratto *future* un soggetto si impegna ad acquistare o a vendere ad una data futura una determinata quantità di merce o attività finanziaria ad un prezzo prefissato.

65 S. AMBROSINI, M. AIELLO, *op. cit.*, p. 20.

tiva che accrediti la fattibilità, evidenziando in quale maniera le risorse finanziarie future dell'impresa riusciranno verosimilmente ad assorbire l'esposizione debitoria<sup>66</sup>.

Ormai è noto che il concetto di veridicità va al di là dell'analisi della semplice conformità dei dati inseriti nel piano con le risultanze della contabilità: queste ultime devono sussistere realmente. Ecco quindi che il professionista ha il compito di constatare l'effettiva esistenza dei beni facenti parte dell'attivo patrimoniale e il loro valore, da un lato; la corrispondenza a realtà delle passività, con la corretta distinzione dei creditori dell'imprenditore fra privilegiati e chirografari, dall'altro.

Come insegnano i principi di revisione legale, il metodo del campionamento è sempre ammissibile, soprattutto nel caso di una considerevole mole di dati da attestare<sup>67</sup>; si badi, però, che il campione utilizzato deve sempre rappresentare adeguatamente l'universo dei dati.

Il risultato finale sarà un'esposizione motivata del giudizio positivo espresso dal professionista, non identificabile né in una duplicazione del piano né in una semplice enunciazione della sua ragionevolezza e dell'idoneità a perseguire gli obiettivi di risanamento e riequilibrio finanziario<sup>68</sup>.

Nel caso in cui, durante l'esecuzione del piano ormai attestato, si riscontrino dei sensibili scostamenti fra le previsioni alla base del piano e la realtà o, addirittura, una sopravvenuta insequibilità dello stesso renda necessarie delle modifiche o la predisposizione di un piano sostitutivo, appare indispensabile ricorrere ad una attestazione integrativa o addirittura ad una nuova attestazione, a seconda delle specificità del caso concreto<sup>69</sup>.

Più che dell'attestazione, l'art. 67, co. 3, lett. d), l.fall., si occupa maggiormente della figura dell'attestatore, anche in considerazione dell'importante ruolo da questo ricoperto per corroborare la meritevolezza delle tutele al piano.

La nomina del soggetto incaricato di rilasciare l'attestazione spetta esclusivamente all'imprenditore, come chiarito dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134 (c.d. "Decreto Sviluppo"). In precedenza non era chiaro a chi spettasse designare

66 M. FERRO, *op. cit.*, p. 904.

67 V. il *Principio di Revisione internazionale (ISA)* n. 530, intitolato *Campionamento di revisione*.

68 Così CNDCEC, ASSONIME, UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *op. cit.*, p. 35.

69 *Ibid.*, 48 ss.; nello stesso senso si è espressa la Commissione Rordorf auspicando all'art. 5, co. 1, lett. f), del richiamato schema di disegno di legge delega «la rinnovazione delle prescritte attestazioni nel caso di successive modifiche, non marginali, ... del piano».

l'attestatore; tuttavia l'opinione prevalente attribuiva la scelta al debitore a motivo della natura privatistica del piano<sup>70</sup>.

I timori derivanti dal fatto che l'imprenditore si trovi nella posizione sia di gestire la predisposizione del piano sia di scegliere il soggetto che verosimilmente ritenga possa attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità delle ipotesi risolutive della crisi senza troppi scrupoli, sono stemperati dalle indicazioni della legge sui requisiti che l'attestatore deve possedere e dalla specifica previsione del reato penale per il falso in attestazione *ex art. 236-bis l.fall.*

L'attestatore del piano di risanamento deve, innanzi tutto, essere un avvocato, un dottore commercialista o un esperto contabile iscritto al Registro dei revisori legali dei conti. La nomina può ricadere anche su uno studio professionale associato o su una società tra professionisti, a condizione che i soci svolgano una delle professioni suindicate e sia incaricato un responsabile della procedura interno alla società.

Altro requisito indispensabile per l'attestatore è quello dell'indipendenza di giudizio. La norma specifica che questo requisito è soddisfatto nel momento in cui il professionista «*non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da compromettere l'indipendenza di giudizio*»: dunque in presenza dell'indipendenza dal debitore, dai soggetti beneficiari degli atti potenzialmente revocabili e, generalmente, da tutti quei soggetti interessati al piano. Se queste poche parole della legge lasciano un margine di valutazione sul rispetto dell'indipendenza, quelle che seguono non ammettono valutazioni di sorta e si pongono come un limite invalicabile: «*in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo*»<sup>71</sup>.

**70** G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, p. 253 s.; P. BOSTICCO, *op. ult. cit.*, p. 475; F. DIMUNDO, *Note minime in tema di designazione dell'esperto: ragionevolezza del piano di risanamento*, in *Fall.*, 2009, p. 78; G. LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, cit., p. 993; G. VERNA, *I piani di risanamento e di riequilibrio nella legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 1254; in giurisprudenza: Trib. Treviso, 20 aprile 2009, in *Il Caso. it.*, I, 1706, secondo cui l'imprenditore poteva richiedere al tribunale la designazione dell'esperto al fine di rafforzarne la terzietà nei propri confronti.

**71** Per un'interpretazione meno restrittiva v. M. FERRO, *op. cit.*, p. 889, secondo cui «l'indipendenza di giudizio ... deve essere correlata esclusivamente alla prestazione per la quale il professionista risulta designato: non occorre dunque pretendere un'indipendenza di giudizio assoluta ovvero anche scissa dalle relazioni, con il debitore e i terzi, instauratrici di legami che la compromettano, bastando che il requisito, in concreto, sussista al solo riguardo del piano e del suo autore-debitore».

L'indipendenza non sembra invece essere violata se lo stesso soggetto viene chiamato per attestare un'integrazione o una modifica di un piano per il quale abbia già espresso il giudizio di fattibilità attraverso la predisposizione di una relazione di aggiornamento<sup>72</sup>.

La violazione del requisito di indipendenza avrà innanzi tutto risvolti sulle tutele dall'azione revocatoria, considerato che l'attestazione è un requisito fondamentale per la loro attivazione. Oltre a ciò, conseguenze negative possono ricadere in capo all'attestatore: si avranno ricadute penali ai sensi dell'art. 236-bis l.fall.; deontologiche, in quanto trattasi di soggetti iscritti in albi professionali; e patrimoniali, considerato che il curatore del successivo fallimento potrebbe opporsi all'ammissione al passivo del credito del professionista per l'attività prestata a favore dell'imprenditore fallito a causa dell'invalidità di un mandato rilasciato in violazione di una norma inderogabile<sup>73</sup>.

## 7 Le esenzioni da revocatoria ex art. 67, co. 3, lett. d), l.fall.

Fra i pregi maggiori di questo strumento si annoverano gli effetti sulle azioni revocatorie esperibili in caso di successivo eventuale fallimento dell'impresa: la legge – come si è detto più sopra – esonera da queste azioni “*gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore*”. Per questa via, uno dei maggiori ostacoli alla conclusione di accordi finalizzati al risanamento dell'impresa – *i. e.*, il timore per una potenziale azione revocatoria nel corso del fallimento eventualmente dichiarato in un momento successivo – viene neutralizzato<sup>74</sup>.

Le operazioni che godono dell'esenzione sono quelle compiute in esecuzione del piano attestato, che siano funzionali a questo e che siano ivi analiticamente descritte; esse, *va da sé*, sono oggetto di analisi giudiziale nel momento in cui l'imprenditore dovesse fallire e il curatore dovesse promuovere le azioni revocatorie al fine di ripristinare l'integrità del patrimonio del fallito.

La verifica della funzionalità comporta una valutazione di coerenza tra operazione e piano nella prospettiva della meritevolezza causale di que-

72 P. BOSTICCO, *La scelta dell'esperto, i profili di incompatibilità e i compiti*, in I. ARCURI, P. BOSTICCO, *op. cit.*, p. 81, secondo cui «il professionista nello svolgere il suo mandato non può assumere una posizione di sudditanza verso il debitore e quindi mantiene l'indipendenza anche ai fini di una successiva revisione dell'attestazione».

73 *Ibid.*, p. 82. L'A. accenna poi agli eventuali profili collegabili alla bancarotta fraudolenta «nella misura in cui il piano abbia consentito di differire la dichiarazione di fallimento aggravando il dissesto e altresì in relazione agli atti preferenziali che con il favore del piano attestato dovessero essere compiuti».

74 C. COSTA, *Esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 533.

sto<sup>75</sup>. Si può distinguere, al riguardo, fra operazioni funzionali in senso sostanziale, perché «effettivamente ed efficacemente funzionali al progetto di risanamento», e in senso formale, quando «espressamente attestate come funzionali al risanamento»<sup>76</sup>. Accedendo alla tesi per cui le operazioni devono risultare funzionali dall'attestazione, non sembrerebbe esserci spazio per considerare esenti da revocatoria quelle compiute prima della redazione dell'attestazione e che non siano ivi considerate.

Qualche dubbio può sorgere relativamente alla sorte di quegli atti che non siano posti in essere in esecuzione del piano, bensì in funzione della sua predisposizione. Il riferimento è a tutte le obbligazioni che l'imprenditore abbia contratto durante la predisposizione del piano di risanamento, e i crediti derivanti dalle quali, nell'ambito di una procedura concorsuale, assurgerebbero al rango di prededucibili.

Secondo un'interpretazione restrittiva della legge, questi potrebbero essere dichiarati inefficaci. Sembrerebbe tuttavia più corretto farli rientrare nell'ambito della tutela dall'azione revocatoria nel momento in cui la stessa attestazione del piano, avvenuta ovviamente in un momento cronologicamente successivo, ne dimostri l'utilità ai fini dell'attuazione del piano medesimo.

Un'altra perplessità suscitano le operazioni che risultino da un punto di vista formale astrattamente funzionali, benché una volta compiute - quindi, ad attestazione già rilasciata - nella sostanza non lo siano; in questo caso l'atto originariamente considerato utile potrebbe non meritare l'esenzione dalla revocatoria<sup>77</sup>.

Occorre a questo punto chiedersi quale livello di analiticità debba considerarsi opportuno nella descrizione degli atti previsti dal piano. Qualora il progetto di risanamento indichi in maniera generica determinate categorie di atti, in sede di esperimento delle azioni revocatorie fallimentari potrebbe essere necessaria una valutazione *a posteriori* dei singoli atti compiuti in astratto revocabili, per comprendere se possano afferire o meno alle generiche indicazioni contenute nel piano<sup>78</sup>.

75 M. FERRO, *op. cit.*, p. 890 s.

76 P. BOSTICCO, *L'effetto esonerativo del piano attestato*, in I. ARCURI, P. BOSTICCO, *op. cit.*, p. 88.

77 Conf. G. FALCONE, *I piani di risanamento*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, p. 765; G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 281. D. BENINCASA, *I piani attestati di risanamento*, in *Le procedure concorsuali* a cura di A. Caiafa, Padova, 2011, p. 1300, invece, ritiene siano rilevanti solamente quei cambiamenti circa la permanenza delle prospettive del risanamento che siano evidenti, anche ai terzi, nel momento in cui gli atti sono compiuti, e non in seguito a una valutazione *ex post*.

78 In questo senso P. BOSTICCO, *op. ult. cit.*, p. 90, secondo cui l'indicazione generica degli atti nel piano è ammissibile sulla base dell'analogia con la disciplina del concordato preven-

Fra le operazioni che godono dell'esonazione da revocatoria non compaiono gli atti a titolo gratuito, i quali evidentemente non possono in nessun caso essere preordinati al risanamento dell'impresa e pertanto rientrare tra quelli ammissibili a ricevere la tutela anzidetta.

Il legislatore ha inoltre sottratto all'azione revocatoria tutti gli atti e i pagamenti attuativi del piano, mentre per le garanzie – a differenza di quanto previsto per il concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti – il riferimento è fatto solamente a quelle concesse su beni del debitore, senza alcun cenno a quelle prestate da terzi.

L'opzione del legislatore ha destato alcune perplessità sull'area di applicazione dell'esonazione. Probabilmente l'utilizzo della locuzione «*per debiti propri*» sarebbe stato più indicato allo scopo di evitare di ricomprendere le situazioni in cui i beni del debitore costituiscano garanzia per debiti altrui<sup>79</sup>.

Al contrario, appare chiaro che l'esonazione non possa riguardare le garanzie prestate da terzi – e più in generale gli atti dei terzi – in considerazione del fatto che, all'apertura del fallimento dell'impresa, il curatore non potrebbe mai dichiarare inefficace l'atto del terzo garante di cui possa beneficiare il fallito e che la norma non mira alla tutela del patrimonio del terzo<sup>80</sup>.

Non vi è univocità di pensiero neppure circa il tipo di garanzie a cui fa riferimento la norma stessa: per alcuni si tratterebbe esclusivamente di garanzie reali, per altri anche di garanzie personali<sup>81</sup>.

Benché sia posta immediatamente dopo le disposizioni sulle azioni revocatorie fallimentari con dimostrazione della *scientia decoctionis*, la norma non richiede alcun onere probatorio in tal senso.

La sua collocazione all'interno dell'art. 67 l.fall. – e non, per esempio, in un autonomo articolo di legge – ha portato alcuni Autori a interrogarsi circa il suo ambito di applicazione. Più precisamente, ci si è chiesti se le operazioni poste in essere in esecuzione del piano siano esenti soltanto da revocatoria fallimentare o da ogni forma di revocatoria, anche ordinaria (artt. 2901 ss. c.c.).

tivo, che all'art. 182-*quinquies* l.fall. ammette l'anticipata autorizzazione ad acquisire nuova finanza anche laddove non siano ancora definiti il contenuto del contratto o la controparte, ma solo il tipo e l'ammontare dei finanziamenti, nonché la prededucibilità dei crediti per le obbligazioni che l'imprenditore andrà ad assumere con i finanziatori.

79 In questo senso S. AMBROSINI, M. AIELLO, *op. cit.*, p. 24 s.

80 Secondo P. BOSTICCO, *op. ult. cit.*, p. 88, la posizione dei garanti – così come quella dei coobbligati – non è automaticamente influenzata dal piano di risanamento. Anzi, qualora il debitore preveda nel suo progetto di risanamento ulteriore credito, è possibile che siano stipulate «intese trilaterali con taluni creditori volte ad esonerare i coobbligati dalle garanzie o quanto meno a differire l'escussione degli impegni fidejussori, ma tali accordi resteranno comunque estranei alla funzione del piano».

81 Per la prima interpretazione v. G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, p. 259; diversamente S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, p. 302.

La lettera della norma potrebbe indurre a limitare l'esenzione da revocatoria solo per gli atti indicati all'art. 67 l.fall.<sup>82</sup>; una lettura della disposizione orientata ad una maggiore tutela dell'affidamento dei terzi giustificerebbe invece l'esenzione *lato sensu* anche da ogni tipo di revocatoria<sup>83</sup>.

Infine, vale ribadire che per godere della tutela dell'esenzione da revocatoria il piano deve essere stato attestato, e dunque giudicato fattibile, da un professionista in possesso dei requisiti di legge anzidetti, oltreché basato su dati veritieri. Non rileva il fatto che, successivamente al rilascio dell'attestazione, eventi - anche indipendenti dall'imprenditore - comportino una sopravvenuta inidoneità del piano al risanamento dell'impresa, atteso che il legislatore fonda la tutela dalla revocatoria sulla sussistenza di un giudizio positivo di fattibilità, ancorché soltanto prognostico<sup>84</sup>; fattibilità che la Cassazione identifica in una «*manifesta attitudine all'attuazione del piano di risanamento, del quale l'atto oggetto di revocatoria da parte della curatela costituisce uno strumento attuativo*»<sup>85</sup>.

## 8 Il piano di risanamento e il rapporto con le procedure concorsuali

Nulla vieta che un piano strutturato come piano attestato di risanamento possa essere trasformato in un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.fall. e ottenere quindi tutte le protezioni tipicamente accordate dalla legge a quest'ultimo rimedio.

Ben più difficile è il passaggio inverso. Qualora il piano previsto negli accordi abbia finalità liquidatorie, il passaggio ad un piano di risanamento ex art. 67 l.fall. non sembra possibile, perché lo scopo del piano già strutturato non è compatibile con quello del risanamento della situazione finanziaria.

Ancora, problematico sarà trasporre in un piano di risanamento un piano di ristrutturazione dei debiti che preveda una suddivisione in classi del

82 A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, nel *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XXV, Torino, 2012, p. 99; G. MEO, *op. cit.*, p. 634; A. PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, p. 85 s.; P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 118.

83 S. BONFATTI, *Il sostegno finanziario delle imprese in crisi*, in *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, a cura del medesimo con G. Falcone, Milano, 2011, p. 93; M. LIBERTINI, *op. cit.*, 376; B. MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 209.

84 F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 78; P. BOSTICCO, *I limiti alla sindacabilità del piano ai fini di escludere l'esenzione da revocatoria*, in I. ARCURI, P. BOSTICCO, *op. cit.*, p. 102 s.; in giurisprudenza, Trib. Verona, 22 febbraio 2016, in *Il Caso.it*, I, 15006.

85 Cfr. Cass., 5 luglio 2016, n. 13719, in *Il Caso.it*, I, 15490; S. MANCINELLI, *La rivisitazione del piano attestato di risanamento*, in *Il Caso.it*, II, 904/2016, p. 11 s.

ceto creditorio, proprio per il fatto che nel piano di risanamento tutti i creditori hanno interessi omogenei.

Il piano di risanamento, inoltre, non può prevedere il ricorso all'istituto della transazione fiscale, ammessa dall'art. 182-ter l.fall. esclusivamente nell'ambito di un piano concordatario o di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Nulla impedisce che sia presentata - e accolta - un'istanza di fallimento a carico del debitore che abbia in corso di esecuzione un piano attestato di risanamento<sup>86</sup>. Infatti il sistema non prevede alcuna tutela in questo senso, ma solamente taluni benefici per quanto fino a quel momento posto in essere in relazione al piano attestato. Per quanto riguarda il rapporto con il fallimento successivamente intervenuto, gli effetti del piano attestato si riflettono sull'esenzione da revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione dello stesso e nell'esenzione dai reati di bancarotta preferenziale di cui all'art. 216, co. 3, e di bancarotta semplice di cui all'art. 217 l.fall. per i pagamenti e le operazioni compiute in esecuzione del piano, come già ricordato nei paragrafi precedenti.

Affinché le suddette esenzioni operino è necessario il rispetto di due vincoli: in primo luogo, il piano deve apparire idoneo al risanamento della posizione debitoria e al riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa; secondariamente, l'attestazione sulla veridicità dei dati contabili e sulla fattibilità del piano deve essere predisposta *ex ante* dal professionista scelto sulla base delle indicazioni fornite dalla legge.

Infine, deve evidenziarsi l'esclusione di qualsiasi *consecutio* di procedure in forza della non concorsualità dell'istituto, con le note conseguenze in tema di prededucibilità dei crediti *ex art.* 111 l.fall. e di retrodatazione del *dies a quo* per la decorrenza del periodo sospetto ai fini dell'esercizio delle azioni revocatorie.

<sup>86</sup> G. CORSI, *op. cit.*, p. 650, non esclude che la presentazione di un'istanza di fallimento sia neutralizzata qualora la verifica giudiziale del piano in corso di esecuzione, eseguita in sede di istruttoria prefallimentare, consideri lo strumento «idoneo a rimuovere lo stato di insolvenza».



# Il ruolo della lingua e della cultura berbera nel nuovo assetto costituzionale marocchino

Federico Lorenzo Ramaioli  
(Segretario di Legazione presso il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale; Avvocato)

**Abstract** Although the role of the Berber languages and culture in Morocco might seem marginal, it represents a constant presence. The Moroccan Constitution of 2011, promulgated by King Mohamed VI, marks what can be considered as a turning point with regard to the process of integration of the Amazigh culture in Morocco, already begun several years earlier with King Hassan II. The new cultural model enshrined in the new Charter, in fact, elevates Amazigh as one of the official languages of the Kingdom along with the Arabic, and opens space for possible future recognition of Hassani, a Sahrawi language. Considering the complexity of the international situation with regard of the *status* of the self-proclaimed Sahrawi Arab Democratic Republic, whose territory Morocco claims as part of the Kingdom, the shift to a new cultural paradigm focused on the principle of cultural pluralism can be important to understand the evolution of the Moroccan internal situation.

**Sommario** 1. Introduzione. – 2. Nella Costituzione del 2011. – 3. Le lingue berbere in Marocco. – 4. Un nuovo modello culturale: comunicazione e informazione. – 5. Una nuova normativa. – 6. Sviluppi futuri. – 7. Qualche conclusione.

**Keywords** Amazigh. Morocco. Mohamed VI. Berber. Constitution. Hassanya. Sahrawi.

## 1 Introduzione

Quella del popolo berbero in Marocco è una storia che affonda le proprie radici in secoli remoti, in un lontano passato in cui, sovente, i confini della realtà si perdono con quelli della leggenda; è una storia caratterizzata da incontri e da scontri, da legami e da rotture, che non manca di esercitare un discreto fascino sull'osservatore anche oggi. La lingua amazigh, nome originario dotosi dalle popolazioni berbere, appare oggi su numerosi cartelli e numerose indicazioni, ad indicare l'esistenza di un'antica cultura che sembra determinata a far sentire la propria voce in una regione che, storicamente, è stata caratterizzata da una soverchiante predominanza della cultura araba.

Le opinioni espresse sono da considerarsi imputabili unicamente all'autore, e non ad enti od organizzazioni di appartenenza. La presente pubblicazione è stata autorizzata ai sensi dell'art. 148 del D.P.R. n. 18/1967.

In seguito alla conquista araba del Nord Africa, e all'islamizzazione di tutta l'area, i territori di al-Maghreb al-Aqsa, attuale Marocco, sembravano destinati ad essere per sempre consacrati ai fedeli del Profeta. E se l'Islam fu una forza culturale e spirituale che fu in grado di penetrare in profondità nei territori conquistati, la dominazione califfale incontrò invece una fiera resistenza da parte delle popolazioni berbere autoctone, che non avrebbero accettato una forzata arabizzazione.

La grande rivolta berbera, scoppiata tra il 740 e il 743, vide opporsi le tribù amazigh alle soverchianti forze di Damasco, inviate dal Califfo omayyade Hishām ibn 'Abd al-Malik, allo scopo di sottomettere la regione. I berberi maghrebini, pur essendosi ormai convertiti all'Islam, incontravano infatti non poche discriminazioni da parte del potere centrale che, benché votato all'universalismo califfale, imponeva agli autoctoni imazighen<sup>1</sup> il versamento della tassa *jizya*, come ai non musulmani, qualificando in tal modo le tribù berbere come un *quid minoris* rispetto ai conquistatori arabi, detentori al tempo, e ancora per molti secoli a venire, della rappresentanza universale della *Umma*. Scoppiata a Tangeri la rivolta sotto la guida di Maysara al-Maṭṭgharī, sfruttando anche la dissidenza politica e ideologica della corrente islamica kharigista<sup>2</sup>, essa si propagò in tutta la regione maghrebina, sino ad arrivare nella provincia califfale iberica di al-Andalus, zona d'importanza strategica per Damasco e per il mondo islamico del tempo. Nonostante la tentata repressione del Califfo, la rivolta berbera sconfisse a più riprese gli invasori, che riuscirono a recuperare soltanto la Spagna islamica e l'attuale Tunisia. La rivolta segnò quindi la prima grande sconfitta di un potere califfale che, sino ad allora, non aveva avuto rivali nel mondo musulmano, e che per la prima volta perdeva importanti territori alla *Umma* universale<sup>3</sup>. Nell'area di al-Maghreb al-Aqsa, che sarebbe divenuta il Marocco odierno, sorsero poteri islamici autonomi dal potere centrale damasceno, che non potrà mai più, neanche con i Califfi abbasidi di Baghdad, esercitare un effettivo controllo sulla regione.

Le tribù berbere, nonostante la buona riuscita della rivolta e le importanti conseguenze strategiche che ne derivarono, non riuscirono a consolidare il proprio potere in Marocco, e a causa di divisioni interne permisero e per certi aspetti favorirono l'ascesa di dominatori arabi, come quelli della dina-

1 Plurale di *amazigh*.

2 I kharigisti furono una corrente islamica scissionista che acquisì ben presto la forma di una dissidenza politica. Dal punto di vista religioso, i kharigisti sostenevano una posizione particolarmente rigorista per quanto riguarda i musulmani peccatori, che consideravano dal momento della commissione del peccato decaduti dall'appartenenza alla *Umma*, e quindi da ogni diritti che ne derivava, anche quello alla vita.

3 Si veda, per un approfondimento sulla grande rivolta berbera, K.Y. BLANKINSHIP, *The End of the Jihad State. The Reign of Hisham Ibn 'Abd al-Malik and the Collapse of the Umayyads*, State University of New York Press, Albany 1994, pp. 199 ss.

stia idriside. Nonostante ciò, la presenza berbera non fu marginale nella successiva storia marocchina, ed anzi assunse un ruolo importante nella dinastie degli Almoravidi prima e degli Almohadi poi, dinastie islamiche, la cui cultura per certi versi mostrava profondi segni di arabizzazione, ma pur sempre di etnia berbera<sup>4</sup>.

Anche se la storia e la cultura berbera potrebbero sembrare marginali, esse rappresentano invece una presenza costante. La relativa indipendenza e l'autonomia goduta dal Marocco nel corso della propria storia si deve infatti, come visto, proprio alla rivolta berbera ed alle conseguenti vittorie, che fecero in modo, anche se indirettamente, che il Marocco potesse costituirsi quale terra di confine tra una pluralità di mondi e di visioni differenti, quale crocevia sul bacino del Mediterraneo attraversato da varie influenze culturali e religiose. Per comprendere l'identità marocchina, anche con riferimento al presente, non si può quindi prescindere dal considerare l'eredità amazigh come qualcosa di importante, che assume una certa rilevanza anche nella disciplina giuridica marocchina attuale. È proprio sul terreno giuridico, infatti, che l'integrazione della lingua amazigh potrebbe condurre, progressivamente, alla definizione di un nuovo paradigma culturale, consacrato in Costituzione, che potrebbe a sua volta avere importanti ricadute politiche.

## 2 Nella Costituzione del 2011

Il testo costituzionale marocchino del 2011, promulgato da Re Mohamed VI in seguito a *referendum* popolare, costituisce senza dubbio un passaggio fondamentale della storia dell'ordinamento giuridico del Regno, così come del suo apparato istituzionale. In seguito alle proteste del movimento "20 Febbraio", che si collocano nel più ampio quadro delle rivolte che hanno scosso l'intera regione all'alba della c.d. "Primavera araba"<sup>5</sup>, l'adozione della nuova Costituzione rappresentò per il Marocco la possibilità di mantenere una situazione di stabilità politica e sociale che, per esempio, non fu possibile mantenere in Tunisia o in Egitto. La nuova Costituzione assolve all'arduo compito di procedere sulla via di una più rigorosa democratizzazione dello Stato, all'insegna di un'autonomia parlamentare che non aveva caratterizzato, per esempio, le prime esperienze costituzionali del

4 Cfr. Per un approfondimento sulle dinastie berbere C.A. JULIEN, *Histoire de l'Afrique du Nord: Tunisie, Algérie, Maroc. De la conquête arabe à 1830*, revisione e aggiornamento di R. Le Tourneau, Payot, Losanna 1952, pp. 76 ss.

5 Cfr. C. ROMAIN, *Le "mouvement du 20 février" au Maroc. Une étude de cas de la coordination locale de Rabat*, Institut D'Études Politiques de Lyon, Lione 2011, consultabile al sito <http://www.memoireonline.com/03/12/5508/Le-mouvement-du-20-fevrier-au-Maroc-une-etude-de-cas-de-la-coordination-locale-de-Rabat.html>.

Regno al tempo di Re Hassan II<sup>6</sup>. Anche attivisti imazighen presero parte ai movimenti di protesta, invocando una maggior inclusione sociale ed un riconoscimento pubblico della cultura berbera<sup>7</sup>. Nel suo discorso alla popolazione del 9 marzo 2011, Re Mohamed VI affermò, tra le altre cose, di voler consacrare nella nuova Costituzione del Regno «il carattere ricco variegato e allo stesso tempo unito dell'identità marocchina, inclusa la componente amazigh come un elemento centrale ed una risorsa comune che appartiene a tutti i marocchini»<sup>8</sup>.

Nel nuovo testo costituzionale, in linea con il discorso del Sovrano, anche il tema della tutela della minoranza degli imazighen assume una nuova importanza. Già in Algeria, nel 1995, era stato creato l'*Haut Commissariat à l'Amazighité*, che costituisce la prima istituzione ufficiale per lo studio delle lingue berbere, il cui primo provvedimento fu quello di varare corsi facoltativi di lingua berbera in alcune scuole<sup>9</sup>. Inoltre, la Costituzione algerina del 1996, così come revisionata nel 2002, definisce la lingua amazigh come una "lingua nazionale", per la prima volta nella storia del Maghreb<sup>10</sup>. Ciò costituisce, del resto, il risvolto giuridico di un processo di accresciuta consapevolezza culturale circa il ruolo, anche storico, delle lingue berbere nell'intera regione, nel tentativo di valorizzare il retaggio berbero anche in una prospettiva di integrazione delle sue popolazioni. Nel febbraio 2016, inoltre, si è proceduto ad una nuova revisione, in base alla quale l'amazigh viene ora definito «lingua nazionale e ufficiale»<sup>11</sup>.

6 Sulle riforme intraprese in seguito alle proteste e agli eventi che stavano allora scuotendo il mondo arabo, si veda E.M. MAGGI, *Change to Stay the Same: the European Union and the Logics Institutional Reform in Morocco*, in *Euro-Mediterranean Relations After the Arab Spring. Persistence in Times of Change*, a cura di Jakob Horst, Annette Jünemann, Delf Rothe, Routledge, Abingdon 2013, pp. 25 - 30.

7 Si veda M.J. WILLIS, *Berbers in an Arab Spring: the politics of Amazigh identity and the North African uprisings*, in *North African Politics. Change and Continuity*, a cura di Yahia H. Zoubir, Gregory White, Routledge, Abingdon 2016, pp. 79 - 96.

8 Cit. in B. MADDY - WEITZMAN, *The amazigh factor: State - movement relations under Mohammed VI*, in *Contemporary Morocco. State, Politics and Society Under Mohammed VI*, a cura di Bruce Maddy - Weitzman, Daniel Zisenwine, Routledge, Abingdon 2012, p. 117.

9 Cfr. R. KAHLOUCHE, *Autovalorisation sociale, affirmation identitaire et pratiques linguistiques en Kabylie*, in *Plurilinguisme et identités au Maghreb*, a cura di Foued Laroussi, Publications de l'Université de Rouen, n. 233, Rouen 1997, p. 58.

10 Cfr. F. ABÉCASSIS, *La France et l'Algérie. Leçons d'histoire: de l'école en situation coloniale à l'enseignement du fait colonial*, Institut national de recherche pédagogique, Lione 2007, p. 45.

11 Nonostante al suo art. 3 l'amazigh venga definito come lingua nazionale e ufficiale, la Costituzione algerina non manca di una certa ambiguità nella misura in cui, all'art. 4, mantiene invariata la prescrizione secondo la quale l'arabo continua ad essere «la lingua ufficiale dello Stato». Il dettato costituzionale, quindi, non sembra adottare una visione del tutto omogenea in materia, dal punto che, pur elevando la lingua berbera a lingua nazionale e ufficiale, sembra mantenere l'arabo in una posizione di sostanziale primazia.

Anche in Tunisia, in seguito agli sconvolgimenti della Primavera araba, gli attivisti imazighen avevano avanzato richieste assimilabili a quelle degli imazighen algerini, compreso il riconoscimento costituzionale, senza tuttavia incontrare lo stesso successo. La Costituzione tunisina del 2014, infatti, non menziona l'amazigh come lingua ufficiale né dispone delle tutele per la sua preservazione, ma anzi enfatizza nel preambolo l'identità araba dello Stato<sup>12</sup>. Ciò nondimeno, anche la vicenda tunisina dimostra come l'attivismo berbero nella regione maghrebina, negli ultimi anni, si sia orientato verso la richiesta di un riconoscimento giuridico, in grado di preservarne il retaggio culturale in un mondo in rapida evoluzione, anche in ragione dei mezzi di comunicazione di massa.

La Costituzione marocchina del 2011 va oltre quanto disposto dal testo algerino, affermando già nel preambolo che il Regno «intende preservare, nella sua pienezza e nella sua diversità, la sua identità nazionale una e indivisibile», e che la sua unità risulta «forgiata per la convergenza delle sue componenti arabo - islamiche, amazigh e saharo - hassani» e che «si è nutrita ed arricchita dalle sue affluenze africane, andaluse, ebraiche e mediterranee»<sup>13</sup>. Il quadro che emerge, anche in ragione dell'accresciuta decentralizzazione e regionalizzazione del sistema di governo marocchino sempre operata dalla nuova Costituzione, è quella di uno Stato unitario che riconosca la molteplicità e la diversità delle influenze culturali e storiche che ne costituiscono l'identità. In questo quadro, la cultura berbera amazigh è identificata, come quella araba e saharawi, come una delle culture che hanno contribuito, nel corso della sua storia, a forgiare l'identità nazionale marocchina.

Il preambolo, benché non dotato dell'immediata forza precettiva del disposto normativo, contiene indicazioni già di per sé significative per comprendere lo scostamento da un paradigma giuridico - culturale accentratore, concepito per tutelare l'eredità arabo - islamica marocchina in opposizione a quella coloniale la cui esperienza si era ormai conclusa, in favore di un modello giuridico decentrato anche da un punto di vista culturale, che abbracciasse una concezione pluralista di unità nella molteplicità.

La Costituzione, ad ogni modo, non risolve unicamente nel preambolo la disciplina delle minoranze culturali e linguistiche non arabe, ma se ne occupa anche nel titolo dedicato ai principi fondamentali. Il suo articolo 5, infatti, se statuisce al suo primo e secondo comma che la lingua araba è «la lingua ufficiale dello Stato» che è competente per la sua protezione,

12 Sul caso tunisino, si veda A. KARIMI, *Linguistic and Cultural Rights in the Arab Constitutions: From Arabism to Linguistic and Cultural Diversity*, in *Constitutionalism, Human Rights, and Islam After the Arab Spring*, a cura di Rainer Grote, Tilmann J. Röder, Oxford University Press, Oxford 2016, p. 591.

13 Per il testo della Costituzione ci si è basati sulla versione ufficiale in lingua francese pubblicata su *Bulletin Officiel*, n. 5964-bis, 28 chaabane 1432 (30 luglio 2012), pp. 1902 ss.

il suo sviluppo, e «per la promozione del suo utilizzo», si occupa ai comi successivi anche delle minoranze linguistiche, tra cui gli imazighen assumono un ruolo di primo piano. Sempre all'articolo 5, il comma terzo statuisce che «Allo stesso modo, l'amazigh costituisce una lingua ufficiale dello Stato, in quanto patrimonio comune di tutti i marocchini senza eccezione». Spingendosi quindi più in là rispetto all'esempio algerino del 2002, che definiva l'amazigh come una lingua nazionale, la nuova Costituzione marocchina la definisce come una lingua ufficiale. Per ragioni di diffusione ed anche per convinzioni religiose, il berbero, che è "una" lingua ufficiale, non potrà comunque sfidare la preminenza dell'arabo, che continua ad essere "la" lingua ufficiale. Tuttavia, l'ufficialità del suo riconoscimento in Costituzione, anche nell'ottica del già menzionato processo di regionalizzazione, costituisce senza dubbio un passaggio culturale di grande importanza. Ancora, l'affermazione seconda la quale la lingua berbera costituirebbe un patrimonio comune a tutti i marocchini, e non solo ai berberi, sembra almeno nominalmente segnare la transizione dal principio di tolleranza a quello di inclusione, e da quello del riconoscimento a quello dell'ufficializzazione.

L'enunciato dell'articolo 5 appena menzionato può essere considerato come una norma programmatica deputata a tracciare delle linee guida per l'inclusione della lingua berbera non solo nel patrimonio culturale nazionale, ma anche, e forse soprattutto, per un suo riconoscimento giuridico e istituzionale che, necessariamente, necessiterà di strumenti attuativi parimenti giuridici. Al di là delle dichiarazioni dei Sovrani, è la prima volta che l'amazigh riceve una consacrazione ed una tutela a livello costituzionale, seguendo l'esempio algerino, e superandolo nella misura in cui il Costituente non si limita a prevedere generiche tutele, ma eleva il berbero a lingua ufficiale, con tutte le conseguenze giuridiche del caso. Vero è, in fondo, che l'enunciato potrebbe essere interpretato come una dichiarazione d'intenti, ma l'intento programmatico della norma risulta chiaro.

Il comma quarto dello stesso articolo, infatti, demanda ad una successiva legge organica il compito di «definire il processo di messa in opera del carattere ufficiale di questa lingua, così come le modalità della sua integrazione nell'insegnamento e nei domini prioritari della vita pubblica, al fine di permetterle di portare a termine la sua funzione di lingua ufficiale». L'ufficializzazione della lingua amazigh contenuta nell'articolo 5 rappresenta l'antecedente logico del quarto comma dello stesso articolo, che fornisce invece la base giuridica costituzionale per una sua più puntuale attuazione.

A giudicare dal dettato costituzionale, quindi, il riconoscimento dell'amazigh non si qualifica come un mero riconoscimento formale e simbolico, ma tramite le successive previsioni di una legge organica vi si prevede un piano d'azione operativo per contribuire fattualmente alla sua diffusione e alla protezione, di conseguenza, dell'identità linguistica e culturale ber-

bera. Inoltre, al sesto comma dello stesso articolo si prevede la creazione di un Consiglio Nazionale per le Lingue e per la Cultura Marocchina, incaricato «della protezione e dello sviluppo delle lingue araba e amazigh e delle diverse espressioni culturali marocchine», demandando ancora una volta ad una legge organica la determinazione dei suoi compiti e delle sue attribuzioni di dettaglio.

Il testo complessivo dell'articolo 5 è significativo per comprendere l'atteggiamento innovatore della nuova Costituzione nei riguardi delle lingue e della cultura berbera. Il testo è infatti concepito in maniera graduata, prevedendo la tutela delle lingue del Regno partendo da quella rivestita di maggior importanza. Come detto, la lingua araba è la prima ad essere disciplinata, seguita da quella amazigh, parimenti "lingua ufficiale" dello Stato ma chiaramente relegata ad una posizione subalterna rispetto all'arabo, e seguita ancora dalla lingua hassanya<sup>14</sup>, e, più in generale, dalle altre lingue ed espressioni culturali presenti in Marocco. L'elenco si chiude con un riferimento all'incoraggiamento delle lingue straniere di maggior utilizzo, in linea con quella apertura alle influenze culturali del bacino del Mediterraneo già espressa nel preambolo come eredità storica e vocazione identitaria.

L'intento del Costituente del 2011, quindi, appare come qualcosa di incisivo sotto molteplici punti di vista.

Innanzitutto, traccia una prima tutela delle lingue berbere da un punto di vista giuridico, tutela che risultava assente nella precedente Carta costituzionale, delineando una normativa di principio, nel preambolo ma anche nel dettato normativo, in cui l'amazigh viene rivestito di una dignità istituzionale che lo riconosce come parte del patrimonio culturale del Regno. Ciò, se si vuole, segue l'esempio della Costituzione algerina e del suo riconoscimento dell'amazigh sopra richiamato.

In secondo luogo, ed in maniera più incisiva, il testo costituzionale si rivela norma programmatica che demanda una tutela più puntuale ad una normativa di secondo grado, prevedendo altresì la creazione di un apposito organo di sorveglianza, appunto il Consiglio Nazionale per le Lingue e per la Cultura Marocchina, per vigilare sull'attuazione dell'articolo 5, in modo che esso non si risolva con l'essere una mera dichiarazione di intenti.

Tuttavia, ciò che è forse di maggior interesse da un punto di vista giuridico è, come accennato, la transizione ad un nuovo modello culturale, che da un lato influenza l'ordinamento e il rapporto tra le lingue del Regno, e dall'altro rappresenta il riflesso della presa di coscienza di una mutata realtà storica e sociale. L'affermazione a livello giuridico e costituzionale dell'identità culturale arabo - islamica del Marocco prima, e della pluralità

<sup>14</sup> La lingua hassanya, o hassani, come da Costituzione, è l'arabo - mauritano parlato prevalentemente nel Sud del Marocco, in Mauritania e nell'area del Sahara Occidentale, oltre che in certe zone di Paesi subsahariani.

linguistica e delle multiple affluenze poi, corrisponde ad un cambiamento di esigenze politiche e giuridiche che avviene dall'acquisto dell'indipendenza all'affermazione del Paese nell'area maghrebina. Se, infatti, con la redazione della prima Costituzione del Paese il Costituente avvertiva la pressante esigenza di distanziarsi dalla precedente dominazione coloniale tramite l'affermazione a livello giuridico di una forte identità nazionale marocchina, fondata sull'appartenenza culturale e linguistica araba e sulla religione islamica, progressivamente il quadro è venuto a mutare. Acquisito il dato irrinunciabile dell'indipendenza, e intendendo conciliare le varie anime culturali del Regno iscrivendole in un'unica cornice costituzionale nazionale, sotto la guida di una Monarchia che si propone di essere una guida per tutto il Paese e quindi non solo per la sua componente arabo - islamica, il Costituente del 2011, anche recependo alcune richieste provenienti dai movimenti di protesta della c.d. "Primavera araba" che invocavano maggior partecipazione e democrazia, ha completato la transizione ad un nuovo modello culturale che meglio rispondesse alle nuove esigenze del mutato contesto socio - giuridico marocchino.

In conclusione, la disciplina costituzionale traccia un sistema in cui l'unità nazionale, comunque giudicata caratteristica irrinunciabile, è tuttavia composta da multiple affluenze culturali e linguistiche, in linea, del resto, con la progressiva evoluzione storica e sociale della regione di al-Maghreb al-Aqsa. Il ruolo dell'amazigh è quindi da considerarsi, almeno attenendosi alla lettera della norma, come secondo per importanza nel Paese dopo l'arabo, con cui comunque condivide la qualifica di "lingua ufficiale". Tale riconoscimento in seno alla riforma Costituzionale del 2011 si colloca, quindi, in un'ottica non solo di inclusione sociale, ma anche di definizione, e di ridefinizione, dell'identità nazionale in chiave pluralistica, in linea con l'eredità storica del Marocco dei secoli passati.

### **3 Le lingue berbere in Marocco**

Se uno dei principali veicoli di una cultura e, soprattutto, di una identità è costituito dalla lingua, si può dire che le lingue berbere rappresentino uno dei punti di maggior interesse per comprendere il ruolo, anche giuridico, della cultura amazigh in Marocco, anche alla luce degli ultimi sviluppi che hanno interessato il Regno in seguito all'adozione della Costituzione del 2011.

La lingua amazigh, nonostante sia riconosciuta in Costituzione, non si identifica come "la lingua berbera" in sé considerata, che si compone di una pluralità di dialetti e di varianti locali, di cui l'amazigh costituisce comunque la versione rivestita di maggior importanza. Le lingue berbere, in ragione del loro lascito ancestrale nell'ambito della regione ed essendo le più antiche lingue del Nord Africa, hanno senza dubbio tracciato un solco

profondo nella cultura marocchina, soprattutto di determinate regioni settentrionali. Si stima, a tal proposito, che tra il trentacinque e il quaranta per cento della popolazione marocchina parli amazigh, anche se la stessa determinazione della percentuale forma oggetto di controversia<sup>15</sup>. Tuttavia, anche in considerazione delle divisioni delle tribù berbere storiche, non esiste una versione ufficiale e codificata dell'amazigh, che per molto tempo ha continuato a vivere secondo metodi di trasmissione tradizionali e nelle particolarità dei dialetti locali diffusi tra la popolazione rurale.

Tuttavia, come compreso anche dagli stessi attivisti berberi, la trasmissione orale e i metodi di insegnamento intimamente legati alla tradizione non risultano più sufficienti per garantire la sopravvivenza di questo gruppo di lingue. La progressiva presa di coscienza della necessità di preservare l'amazigh in quanto ricchezza non solo locale, ma marocchina in generale, ha condotto gli attivisti berberi a domandare un riconoscimento ufficiale alle Autorità di Rabat. La Carta di Agadir, del 1991, rappresenta il primo passo verso questa presa di coscienza. Sottoscritta da sei associazioni di imazighen, la Carta costituiva un manifesto volto a richiedere allo Stato marocchino una serie di misure per l'inclusione giuridica delle lingue berbere nel bagaglio culturale nazionale. Tra le misure vi erano un riconoscimento ufficiale della lingua in Costituzione, la creazione di un centro di studi ufficiale, l'unificazione linguistica e alfabetica, e la diffusione dell'amazigh nei mezzi di comunicazione di massa<sup>16</sup>. Si chiedeva, quindi, che il ruolo delle lingue berbere, sino ad allora confinato ad un'influenza culturale più o meno accentuata a seconda delle regioni, trovasse una propria consacrazione anche giuridica. Se infatti la lingua araba, per motivazioni culturali, religiose e identitarie, trovava una propria ufficializzazione nelle Carte costituzionali della maggior parte dei Paesi del Maghreb<sup>17</sup>, non vi era, al tempo, alcun riconoscimento giuridico delle

15 Cfr. A. MABROUR, K. MGHARFAOUI, *The Teaching of Amazigh in France and Morocco. Language Politics and Citizenship Between Pedagogy and Power Politics*, in *World Yearbook of Education 2010. Education and the Arab 'World'. Political Projects, Struggles, and Geometries of Power*, a cura di André E. Mazawi, Ronald G. Sultana, Routledge, Abingdon - New York 2010, pp. 214 - 216.

16 Si veda a tal proposito, e per un elenco più puntuale delle richieste contenute nella Carta di Agadir, J.J. DE RUITER, K. ZIAMARI, *Le marché sociolinguistique contemporain du Maroc*, L'Harmattan, Parigi 2014, segnatamente pp. 12 - 13.

17 Un esempio potrebbe essere la Costituzione egiziana del 1971, che al suo articolo 2 affermava che «L'Islam è la religione dello Stato e l'arabo la sua lingua ufficiale». Tale previsione è rimasta invariata anche nelle versioni successive della Carta, ed è ripresa anche in altri testi costituzionali come quello tunisino (art. 1) e algerino (art. 1 co. 3). Si deve inoltre ricordare che negli ordinamenti costituzionali maghrebini l'appartenenza a quella che talora viene definita come "Nazione araba" o "Maghreb arabo" è una costante, anche per quanto riguarda il Marocco. La nuova Costituzione marocchina, infatti, ribadisce nel preambolo l'impegno a «operare per la costruzione dell'Unione del Maghreb».

minoranze linguistiche. Il diritto, quindi, veniva concepito dagli attivisti berberi quale strumento di emancipazione di una realtà che, sino ad allora, era stata una realtà tradizionale che tuttavia non era mai riuscita ad inserirsi in un contesto istituzionale che era sempre stato – e forse non poteva che essere – sostanzialmente arabo<sup>18</sup>.

Si tratta, come è facile osservare, di misure che vent'anni più tardi avrebbero trovato, almeno nominalmente, una prima risposta positiva innanzitutto con la Costituzione. Tuttavia, il percorso del riconoscimento delle lingue berbere fu un percorso graduale e non privo di ostacoli.

Come già un tempo di fronte all'arabizzazione della società avvenuta durante la conquista islamica del Maghreb, così al presente le lingue berbere hanno dovuto affrontare sfide in apparenza ancora più imponenti, vista la transizione al modello di Stato nazionale, dotato di una lingua ufficiale incardinata stabilmente nel sistema educativo statale e di cui si servono i mezzi di comunicazione di massa. Nella conseguente impossibilità di continuare ad appoggiarsi ai tradizionali metodi di trasmissione della lingua, si è quindi chiesto un sempre più accentuato sostegno, innanzitutto giuridico, delle Istituzioni statali nella preservazione delle lingue berbere in quanto patrimonio comune<sup>19</sup>.

Già nel 1994 lo stesso Re Hassan II mostrò di aver sviluppato una certa sensibilità per l'argomento, quando il 20 agosto, in occasione del discorso annuale per il Giorno del Trono, ebbe modo di affermare che i «dialetti» costituivano «una delle componenti dell'autenticità della nostra storia». Benché nei previgenti testi costituzionali la lingua araba venisse indicata come l'unica lingua dello Stato, senza lasciare spazio a possibili equiparazioni, il Re promise anche di introdurre lo studio dell'amazigh nelle scuole del Regno, al fine di contribuire alla sua conservazione. Benché nel suo

18 L'uso della lingua araba nei sistemi giuridici islamici, e più nello specifico maghrebini, costituirebbe oggetto di uno studio troppo vasto per essere qui approfondito. Basti ricordare, ad ogni modo, che la lingua araba, essendo la lingua divina in cui il Corano "increato" sarebbe stato dettato a Maometto, acquista una rilevanza unica nel contesto culturale e religioso musulmano. Inoltre, non è da dimenticare che, anche se la fede islamica postula la prevalenza dei legami di fede ai legami di sangue, e quindi l'universalità della *Umma* dei credenti, l'elemento etnico ha comunque assunto una certa rilevanza, soprattutto con riferimento ai Quraysh, sino a far ritenere alcuni autori come al-Mawardi che la carica universalistica di Califfo dovesse obbligatoriamente essere rivestita da un appartenente a tale tribù araba. Ciò si tradusse, talora, e come si è visto con riferimento alla grande rivolta berbera, con un'iniziale egemonia araba che continuò sostanzialmente sino alla creazione, molti secoli dopo, del primo Califfato non arabo: quello ottomano. Sul tema si veda A.M. EMON, *Religious Pluralism and Islamic Law. Dhimmis and Others in the Empire of Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 102 - 103.

19 Si veda a tal proposito la riflessione di Hassan Rachik in merito alle sfide che si profilano per la sopravvivenza delle lingue berbere: H. RACHIK, *L'esprit du terrain: Études anthropologiques au Maroc*, pubblicazione del Centre Jaques - Berque, Open Edition Books, Rabat 2015, pp. 299 - 300.

discorso Hassan II parlasse semplicemente di “dialetti”, il riferimento alle lingue berbere, anche se non esplicitato, è evidente. L'arabo, in previsione, pur mantenendo il suo ruolo di ufficialità non sarebbe stata l'unica lingua riconosciuta dall'apparato istituzionale della Nazione, a cominciare dal suo vertice supremo, il che rappresentava di per sé già un'innovazione notevole. L'apertura istituzionale all'introduzione dell'amazigh nei *curricula* scolastici, inoltre, consentì ad alcuni attivisti di intravedere l'arrivo di tempi migliori, mentre altri si mantennero più prudentemente in uno stato di scetticismo<sup>20</sup>.

Da questo punto di vista, anche se l'amazigh non venne riconosciuto in alcun testo giuridico, ufficiale, la parola del Sovrano sembrava acquistare già di per sé un'aura di ufficialità istituzionale.

Alcune concrete misure di tutela delle lingue berbere, anche in vista di una loro possibile ufficializzazione o comunque di una loro tutela e consacrazione a livello giuridico, furono effettivamente intraprese. Nel 1994, lo stesso anno dell'annuncio del Re, la televisione nazionale marocchina cominciò a trasmettere giornalmente una rassegna di notizie della durata di dieci minuti nelle tre principali lingue berbere: amazigh, tachelhit e tarifit, mentre la promessa concernente l'introduzione delle lingue berbere nelle scuole dovette attendere ancora diversi anni. Nel 2003, ad ogni modo, lo studio dell'amazigh venne introdotto in modo sperimentale in trecento scuole elementari del Regno, dando una prima risposta alle aspettative create dall'annuncio di Hassan II<sup>21</sup>.

Tuttavia, nonostante queste misure, che comunque avevano mostrato una certa apertura da parte delle autorità marocchine, la situazione fattuale relativa all'uso e al riconoscimento della lingua amazigh mostrava ancora alcuni evidenti problematiche. Alcune associazioni berbere, infatti, continuarono a denunciare una certa volontà ostruzionistica da parte della burocrazia nazionale, per esempio per quanto riguarda l'arabizzazione dei toponimi stradali di origine berbera, la possibilità dei genitori di dare ai propri figli dei nomi berberi, o lo stesso riconoscimento legale delle associazioni degli attivisti. A tutto questo si aggiungano episodi di tensione come quello, risalente al 2004, in cui restarono coinvolti alcuni studenti berberi di Agadir, repressi dalla polizia marocchina mentre manifestavano per commemorare il ventiquattresimo anniversario della c.d. “Primavera berbera” algerina<sup>22</sup>.

La situazione, già di per sé complessa per tutta una serie di fattori, risultava quindi caratterizzata da una prima apertura da parte delle auto-

20 Cfr. B. MADDY - WEITZMAN, *op. cit.*, p. 112.

21 Cfr. R. BASSIOUNEY, *Arabic Sociolinguistics*, Edimburgh University Press, Edimburgo 2009, pp. 226.

22 Cfr. B. MADDY - WEITZMAN, *op. cit.*, p. 115.

rità istituzionali del Regno verso una maggior tutela ed un effettivo riconoscimento dell'amazigh come parte integrante del patrimonio culturale marocchino, ma allo stesso tempo da notevoli difficoltà nel portare avanti una chiara politica in tal senso, che comunque non risultava ancora essere delineata in precisi riferimenti costituzionali.

In questo quadro si colloca la riforma costituzionale del 2011 che, come visto, segna un punto di svolta fondamentale, intendendo porre fine alle situazioni di ambiguità circa il riconoscimento dell'amazigh. Già con l'ascesa al Trono di Mohammed VI, infatti, venne intrapresa una politica più risoluta in materia, ponendosi nel solco dell'azione di Hassan II, ma ritagliando alle Istituzioni nazionali un ruolo più attivo nella promozione e nella tutela delle lingue berbere. Le nuove previsioni costituzionali dell'articolo 5, in fine, cristallizzano l'impegno dello Stato nel massimo atto normativo del Regno, definendo al contempo un ruolo ufficiale per l'amazigh. Si tratta, inoltre, di una vera e propria rivisitazione della stessa concezione di cultura e di identità marocchina, laddove si afferma che essa si costituisce di una unità nella pluralità, sulla base delle varie influenze che hanno interessato il suo territorio nei vari secoli della sua storia. Questo, al pari dell'enfasi posta sul concetto di regionalizzazione e di decentramento amministrativo e politico, contribuisce a porre le basi per un ruolo effettivamente più incisivo delle lingue berbere, soprattutto in determinate zone del Paese. L'amazigh, quindi, da semplice dialetto si trasforma in lingua ufficiale, e la sua influenza culturale nella costituzione dell'identità nazionale è ora espressamente riconosciuta, immediatamente dopo quella araba.

La Corona si pone ancora una volta al centro di questo processo di rinnovamento culturale, incarnando nella sua persona l'unità della Nazione ad un duplice livello: da un lato, in quanto Re di uno Stato - Nazione, si presenta come Sovrano di tutti i marocchini, senza dare al Regno una connotazione culturale unicamente araba, ma, come detto, di un Paese attraversato da diverse influenze culturali, tra le quali quella amazigh assume una rilevanza particolare; dall'altro lato, come *Amir al-Mu'minin*, ossia Comandante dei Credenti<sup>23</sup>, si presenta come autorità religiosa islamica capace di accomunare tutti i credenti musulmani del Regno, quindi anche i berberi, la cui islamizzazione risale alla conquista islamica del Maghreb.

Da questo punto di vista, si potrebbe dedurre che l'inclusione della cultura berbera all'interno del nuovo paradigma culturale marocchino avvenga, in ragione di quanto sopra detto, anch'essa ad un duplice livello: da un lato, in ragione dell'accettazione del principio statualistico che si fonda sull'esistenza di confini territoriali, in cui i berberi si inseriscono come par-

23 Sul ruolo di autorità religiosa rivestito dal Re del Marocco, si veda A. BOUASRIA, *Sufism and Politics in Morocco. Activism and Dissent*, Routledge, Abingdon 2015, pp. 38-43.

te integrante del territorio del Regno; ed in secondo luogo in ragione della preminenza religiosa del Sovrano, guida suprema di tutti i credenti del Marocco, a qualsiasi etnia appartengano e qualunque lingua parlino. Due principi, ossia quello del paradigma statutale e quello dell'universalismo islamico, che anche se in apparenza sembrerebbero antitetici riescono, in Marocco, a trovare la propria unità nel peculiare ruolo della Monarchia.

Nonostante l'opposizione degli islamisti conservatori, intenti a salvaguardare la preminenza dell'arabo come lingua coranica e quindi sacra, e non equiparabile ad altre, e nonostante quella delle sinistre pan - arabe, che individuavano nell'etnia araba uno dei fondamenti imprescindibili dello Stato marocchino nell'ottica del più grande Maghreb, il Sovrano ottenne comunque l'effetto sperato, almeno per quanto attiene alla riforma costituzionale.

In futuro si potrà giudicare se alle premesse legislative seguiranno concrete azioni volte a promuovere l'amazigh come lingua ufficiale del Regno anche in punto di fatto, e non solo di diritto. Quello che è certo, sino ad ora, è che la soverchiante preminenza dell'arabo nella vita pubblica non sembra poter considerare la lingua berbera come paragonabile ad una vera lingua ufficiale.

Tuttavia, è anche vero che delle azioni concrete, anche in campo linguistico, sono state intraprese, anche nell'ottica di addivenire alla codificazione ufficiale delle lingue berbere, allo scopo di farle uscire dalla sfera dei "dialetti", confinati quindi ad un uso prettamente locale, per accoglierli in quella delle lingue vere e proprie, per di più rivestite del carattere dell'ufficialità, innanzitutto concepite come ricchezza culturale ma anche aperte all'uso veicolare. Alcune accademie, sia in Marocco che in Algeria, hanno posto in essere diversi tentativi per addivenire ad una codificazione del linguaggio berbero, ed anche in base alla riuscita o meno di questo progetto si giocherà il futuro dell'amazigh<sup>24</sup>. Particolarmente attivo su questo fronte è il governativo *Institut Royal de la Culture Amazighe*, che tuttavia non incontra pochi ostacoli nella codificazione di una lingua di cui esistono numerose varianti, i cui fonemi afferiscono ad un sistema alfabetico arcano e non comprensibile alla maggior parte della popolazione<sup>25</sup>.

Le difficoltà, in conclusione, sono ancora molte, per esempio quelle inerenti al tentativo di dare una propria codificazione e quindi un proprio ruolo istituzionale ad una lingua che, fino a poco tempo addietro, è stata tramandata unicamente in modo tradizionale, lontano quindi dai mezzi

24 Cfr. M. ENNAJI, *The Arab World. Maghreb and Near East*, in *Handbook of Language and Ethnic Identity. Disciplinary and Regional Perspectives*, vol. I, a cura di Joshua A. Fishman, Ofelia García, Oxford University Press, Oxford 2010, pp. 418 - 419.

25 Si tratta dell'alfabeto tifinagh. L'Istituto ha considerato inoltre di traslitterare il berbero in caratteri latini o arabi. Per un approfondimento si veda MABROUR, MGHARFAOUI, *op. cit.*, p. 221.

di diffusione della cultura di massa<sup>26</sup>. Tuttavia, il testo costituzionale e le prime misure intraprese mostrano come, al di là delle difficoltà strutturali legate alla situazione linguistico - culturale berbera, l'orientamento delle Istituzioni sia quello di valorizzare l'identità marocchina a partire dalle sue varie componenti, compresa quella amazigh.

#### 4 Un nuovo modello culturale: comunicazione e informazione

Oltre all'aspetto linguistico, più in generale, l'aspetto culturale costituisce senza dubbio il cuore dell'identità berbera, ed è sull'aspetto culturale che ambiziose previsioni legislative, come quelle della Costituzione del 2011, possono misurare il parametro della loro credibilità effettiva. La lingua, infatti, rappresenta solo uno degli elementi di una cultura - quella amazigh, appunto - che attraverso i secoli non ha mancato di contribuire a forgiare l'identità comune marocchina. Le misure culturali possono quindi rivelarsi determinanti per trasporre sul piano della concreta realtà sociale l'ufficialità, accordata finora in punto di diritto, alla lingua berbera. Con l'evolversi delle tecniche della comunicazione, ora divenuta di massa, e soprattutto con lo sviluppo delle nuove tecnologie, l'identità culturale avverte ora più che mai la necessità di confrontarsi con la società mediatica. E se l'amazigh, fino a poco tempo addietro relegato in una dimensione relativamente distante dalla società di massa, non sembra possedere gli strumenti per affrontare la sfida del futuro, un ruolo fondamentale sembra doversi giocare sul piano istituzionale. Dopo il 2011, infatti, sono le stesse istituzioni nazionali ad essersi assunte il compito, ora prescrittivo a livello legale, di promuovere attivamente lo studio e lo sviluppo della cultura berbera.

Una misura importante, da questo punto di vista, era già stata, nel 2001, la creazione dell'*Institut Royal de la Culture Amazighe (IRCAM)*. Creata con *dahir* n. 1-01-299 del 17 ottobre 2001, si tratta di una istituzione consultiva direttamente connessa al Gabinetto Reale, incaricata della promozione dell'amazigh, il cui ruolo non può che risultare oggi accresciuto in ragione delle nuove disposizioni costituzionali e dell'ufficialità riconosciuta a tale lingua. Le pubblicazioni dell'Istituto, inoltre, confluiscono regolarmente nella Biblioteca Nazionale del Regno, il che vuole contribuire a costruire una cultura nazionale non più solo araba, ma in cui anche le com-

<sup>26</sup> Per dei dati statistici sull'amazigh e il suo utilizzo, e per il suo rapporto con le altre lingue diffuse in Marocco, si veda Montserrat B. FERNÁNDEZ, J.J. DE RUITER, Y. TAMER, *Questions of mother tongue and identity belonging in Morocco*, in *Mother Tongue and Intercultural Valorization. Europe and its migrant youth*, a cura di Francesco Grande, Jan Jaap de Ruiter, Massimiliano Spotti, Editore Franco Angeli, Milano 2012, segnatamente pp. 88 ss.

ponenti berbere, e specialmente l'amazigh, abbiano un ruolo più attivo<sup>27</sup>.

E se uno degli aspetti critici, come si è osservato, è il carattere non solo locale ma anche tradizionale della cultura amazigh, che vive e si sviluppa lontana dai nuovi mezzi comunicativi che usualmente sono serviti, nella storia moderna, a consolidare l'uso delle lingue ufficiali, le autorità marocchine hanno cercato, in questa strategia di progressiva ufficializzazione dell'amazigh, di avvicinarne la cultura ai mezzi di comunicazione di massa. Una misura importante, in tal senso, è stato l'accordo siglato nel 2006, quindi già antecedentemente all'entrata in vigore della nuova Costituzione, tra l'IRCAM e il Ministero della Comunicazione marocchino; in base a tale accordo ognuno dei due canali televisivi di Stato avrebbe dovuto produrre annualmente dodici film o spettacoli teatrali in lingua amazigh, al fine di aumentarne la diffusione<sup>28</sup>.

Anche se l'accordo non è stato puntualmente rispettato, la sua sottoscrizione è significativa per comprendere come, a livello istituzionale, l'ufficializzazione della lingua berbera passi anche da un ripensamento del paradigma culturale nazionale.

Dopo l'accordo del 2006, un nuovo passo importante è rappresentato dall'annuncio, avvenuto nel 2009, della creazione di un intero canale televisivo dedicato all'amazigh, con i due terzi delle proprie trasmissioni in questa lingua, e con un totale di quindici ore settimanali di trasmissione. Il 6 gennaio 2010 venne infatti creato il canale *Tamazight TV*, di proprietà della *Société Nationale de Radiodiffusion et de Télévision* marocchina, che trasmette programmi tutti i giorni, dalle sei alle dieci ore quotidiane, nelle tre lingue berbere maggiormente diffuse nel Paese: amazigh, tachelhit e tarifit<sup>29</sup>. Da notare che la quasi totalità dei programmi del canale sono sottotitolati in lingua araba: quest'ultima si configura come una misura importante, dal punto che implica la volontà delle Istituzioni non tanto di creare un'emittente televisiva destinata alla fruizione delle popolazioni berbere, ma la diffusione di programmi in berbero anche destinati alla popolazione araba. Sembra rappresentare, quindi, un tentativo di diffusione delle lingue berbere in ambito nazionale, al fine di poterne aumentare la familiarità anche in seno alla stessa maggioranza araba del Paese,

27 Si veda a tal proposito D. KHROUZ, *Bibliothèque Nationale du Royaume du Maroc: dialogue et diversité culturelle*, in *Libraries Serving Dialogue. Les bibliothèques au service du dialogue*, a cura di Odile Dupont, edizioni Walter de Gruyter, Berlino 2014, p. 51.

28 Cfr. K. DWYER, *Morocco. A national cinema with large ambitions*, in *Film in the Middle East and North Africa. Creative Dissidence*, a cura di Josef Gugler, University of Texas Press, Austin 2011, pp. 330 - 331.

29 Cfr. S. ASLAN, *Negotiating National Identity. Berber Activism and the Moroccan State*, in *The Everyday Life of the State. A State-in-Society Approach*, a cura di Adam White, University of Washington Press, Seattle 2013, p. 185. Il sito ufficiale dell'emittente televisiva è <http://www.tamazight-tv.ma>.

contribuendo in tal modo alla qualificazione della cultura berbera come patrimonio comune marocchino, come sarebbe stato a breve sancito dalla Carta costituzionale del 2011.

E se ancora le lingue berbere stentano ad affermarsi a livello mediatico nazionale, anche in ragione dei problemi strutturali già menzionati, risulta essere piuttosto florido il mercato mirato agli amazigh, come quello dei film in lingua berbera in DVD, con una molteplicità di produzioni annue, ed anche una prima produzione animata che risale al 2006<sup>30</sup>.

Oltre all'aspetto televisivo e cinematografico, che senza dubbio costituisce una delle sfide più importanti per la diffusione dell'amazigh, è interessante anche esaminare quello giornalistico. Esistono infatti diversi quotidiani in lingua amazigh, come *Le Monde Amazigh*, *Tawiza*, *Tifawt*, *Tasafut* e *Tifinagh*, che prende il nome, quest'ultimo, dal sistema alfabetico berbero<sup>31</sup>. Rispetto alle produzioni cinematografiche, le testate giornalistiche si trovano ad affrontare i già menzionati problemi di trascrizione dell'amazigh, che si possono effettuare secondo il tradizionale e poco conosciuto sistema alfabetico tradizionale ma anche, come proposto da alcuni, in caratteri latini o arabi, contribuendo a una differenziazione delle varianti delle lingue berbere.

Le iniziative fin qui descritte muovono ad una riflessione. Se in seguito all'indipendenza del Paese l'affermazione del carattere linguistico - culturale arabo della Nazione rappresentava il simbolo del rigetto della dominazione coloniale, progressivamente le nuove condizioni sociali e politiche, ivi incluse le istanze degli attivisti imazighen, hanno indotto le autorità ad un cambio di prospettiva. Come detto, questo processo si configura come una presa di coscienza graduale che troverà il suo apice nella consacrazione costituzionale con l'articolo 5 della Carta del 2011. In base a quello che può essere considerato come il nuovo modello culturale nazionale, l'unità della Nazione si fonda necessariamente non più su una monolitica identità araba che si opponga a quella di colonia europea, ma sulle varie affluenze culturali che hanno interessato la regione storica di al-Maghreb al-Aqsa, ivi compresa l'autoctona cultura berbera.

Come visto, da questo punto di vista l'adattamento dell'amazigh alle nuove tecnologie risulta di fondamentale importanza. Se le lingue nazionali si costruirono anche, e forse soprattutto, grazie alla diffusione operata dalla comunicazione radiofonica, televisiva e oggi multimediale, che provvede anche in certa misura a codificare le lingue stesse, se si vorrà effettivamente dare ufficialità all'amazigh sarà necessario facilitare e accompagnare il suo ingresso nei canali della comunicazione di massa.

30 Cfr. DWYER, *op. cit.*, pp. 330 - 331.

31 Cfr. ENNAJI, *op. cit.*, p. 419.

## 5 Una nuova normativa

La legge organica che avrà il - difficile - compito di regolare l'uso dell'amazigh al fine di renderlo effettivamente una lingua ufficiale dello Stato marocchino, sebbene con qualche anno di ritardo, sembra prossima alla votazione<sup>32</sup>. Con l'entrata in vigore della nuova normativa, che andrà a fornire un quadro di dettaglio laddove la Costituzione aveva sancito l'ufficialità dell'amazigh accanto all'arabo, ci si aspetta quindi che il complesso quadro, soprattutto legato alle difficoltà di codificazione e diffusione delle lingue berbere, si venga almeno in parte a chiarire, delineando una strategia d'azione per ufficializzare non solo a livello normativo ma anche fattuale l'uso istituzionale dell'amazigh.

Come anche raccomandato dall'IRCAM, oltre a chiarire le modalità operative di uso dell'amazigh a livello istituzionale, la legge dovrà occuparsi di consolidare e proseguire nell'opera di diffusione delle lingue berbere, ponendosi sulla via di quanto già attuato per esempio in ambito di diffusione mediatica. Si tratterà, dunque, di recepire ed eventualmente di normativizzare le attività già svolte in tal senso, ponendo le basi per una regolamentazione stabile della materia<sup>33</sup>. Altro punto importante è che la legge provvederà alla creazione del Consiglio Nazionale delle Lingue e della Cultura, organo già previsto in Costituzione ma per il cui funzionamento si richiede una disciplina normativa puntuale.

Le varie attività intraprese nel corso degli anni, a partire da quel celebre discorso di Re Hassan II nel 1994, dovranno quindi trovare una propria organica collocazione in un quadro normativo più ampio, puntualmente definito. Si può affermare che dal 1994 le iniziative a tutela dell'amazigh appoggiate dalle istituzioni marocchine siano cresciute, ponendo l'enfasi da un lato sulle intrinseche difficoltà di ufficializzazione di una lingua tradizionale e peculiare come l'amazigh, e dall'altro sulla necessità di ridefinire, in chiave inclusiva, il paradigma identitario - culturale del Regno. Tali iniziative, tuttavia, si sono susseguite senza avere un proprio punto di

<sup>32</sup> Si veda Y. AMRANI, *Le projet de loi organique sur le caractère officiel de l'amazigh entrevoit le bout du tunnel*, su *Le Matin*, 16 giugno 2016, consultabile al sito <http://lematin.ma/journal/2016/le-projet-de-loi-organique-sur-le-caractere-officiel--de-l-amazigh-entrevoit-le-bout-du-tunnel/249276.html>.

<sup>33</sup> Nelle parole di Ahmed Boukous, Presidente dell'IRCAM: «Il secondo punto importante sollevato, è la necessità di capitalizzare tutte le acquisizioni in materia, specialmente quello che è stato fatto nell'ambito dell'insegnamento dopo il 2003, dei *media* dopo il 2006, dopo la creazione del canale amazigh; nell'ambito della cultura, con il sostegno fornito ai creatori e ai ricercatori, senza dimenticare il sostegno alla canzone e ai film amazigh, nel quadro dei premi organizzati dal Ministero della Comunicazione.» R. ZAIREG, *Loi organique sur l'amazighe: Trois questions à Ahmed Boukous, président de l'IRCAM*, su *Al Huffington Post - Maghreb*, 26 luglio 2016, intervista consultabile al sito [http://www.huffpostmaghreb.com/2016/07/11/amazigh-loi-ircam\\_n\\_10923612.html](http://www.huffpostmaghreb.com/2016/07/11/amazigh-loi-ircam_n_10923612.html).

riferimento legislativo chiaro, almeno fino alla Costituzione del 2011. La nuova legge organica, da questo punto di vista, potrà quindi rappresentare una disciplina normativa di dettaglio nella quale potranno andare ad iscriversi in modo omogeneo le azioni volte alla diffusione e all'ufficializzazione dell'amazigh.

## 6 Sviluppi futuri

Le sfide per il futuro sono senza dubbio importanti, e il testo della legge organica potrà rappresentare un'occasione per definire in modo onnicomprensivo una materia tanto complessa. Questo soprattutto in ragione del fatto che, come detto, non si tratta semplicemente dell'ufficializzazione di una lingua, quanto piuttosto di un cambio di prospettiva in merito al ruolo che la lingua e la cultura, o meglio le lingue e le culture, devono rivestire nell'ambito dell'identità nazionale. In un Paese da sempre caratterizzato dalla compresenza di varie influenze culturali, anche in ragione della propria storia e della stessa collocazione geografica, la ridefinizione di un ruolo delle culture in quanto affluenti costitutivi del volto della Nazione potrà comportare anche rilevanti ricadute politiche, oltre che normative. La ricerca della molteplicità culturale nell'unità nazionale, in qualità di principio costituzionale consacrato nell'ambito della Carta del 2011, rappresenterà dunque il punto fermo dal quale partire per l'azione culturale delle istituzioni del Regno, non solo per quanto riguarda l'amazigh, ma anche da punto di vista generale.

Se si pensa al fatto che i berberi non sono l'unica minoranza culturale e linguistica presente sul territorio marocchino, si potrà comprendere come, anche da un punto di vista politico, il nuovo paradigma culturale sancito dalla Costituzione potrebbe, eventualmente, trovare applicazione anche in altri contesti, per esempio con riferimento alla questione sahwawi, che rappresenta allo stato una delle maggiori sfide politiche per il Marocco.

La minoranza sahwawi, anch'essa dotata di una propria lingua e di una propria identità culturale, è da tempo alla ricerca di una propria collocazione organica nella regione maghrebina, non senza ripetute conflittualità con il Regno. La proclamazione della Repubblica Democratica Araba dei Sahrawi nel 1976 e la sua successiva ammissione all'Unione Africana, rappresentò forse il passo più audace e controverso per il riconoscimento di una identità sahwawi a livello regionale<sup>34</sup>. Tuttavia, i conflitti e le controversie che ne sono scaturiti, anche a livello internazionale, non sembrano consentire, almeno nell'immediato futuro, una risoluzione condivisa della

<sup>34</sup> Sulla vicenda del Sahara Occidentale si vedano, tra i tanti, A. BERRAMDANE, *Le Sahara occidental, enjeu maghrébin*, Karthala, Parigi, 1992, e A. GAUDIO, *Guerres et paix au Maroc. Reportages, 1950-1990*, Karthala, Parigi 1991.

controversia.

Tuttavia, anche se la questione sahwari è stata caratterizzata da un livello di conflittualità elevata, l'elemento di integrazione culturale può trovare un parallelismo nella vicenda berbera appena discussa. Anche nel caso sahwari si tratta di una minoranza identitaria e linguistica che, nel corso dei secoli, ha intrecciato la propria storia con la regione storica di al-Maghreb al-Aqsa, influenzando con il proprio retaggio alcune zone del territorio dell'attuale Marocco, come l'amazigh e la cultura berbera.

L'inclusione della cultura sahwari nel più ampio quadro dell'identità culturale nazionale «dai multipli affluenti», per mutuare lo stesso linguaggio costituzionale, potrebbe forse, nel più lungo periodo, estendere la nuova visione di inclusività culturale varata con la nuova Costituzione. Se, infatti, l'introduzione dell'attuale articolo 5 della Carta rappresenta un cambio di paradigma per quanto concerne la stessa concezione di identità linguistica e culturale della Nazione nel suo complesso, e quindi qualcosa che trascende la questione berbera e amazigh, lo *status* delle lingue sahwari potrebbe in linea di principio inserirsi all'interno del disposto costituzionale richiamato, andando quindi a qualificarsi come elemento concorrente alla formazione del volto culturale del Regno. Se l'identità culturale marocchina, così come riletta dalla nuova Costituzione, si compone delle molteplici affluenze che hanno interessato la sua storia, plasmandola nel corso dei secoli e degli anni, anche la cultura sahwari potrebbe quindi esserne concepita come una componente.

Infatti, e come ricordato, non si tratta solamente del riconoscimento di minoranze linguistiche, in analogia a quanto potrebbe avvenire in altri Paesi ed in altri contesti sociali, quanto piuttosto del ripensamento dell'identità culturale del Regno, andando quindi oltre la vicenda amazigh.

Se vogliamo, la questione è già vecchia di secoli, e rimonta alla conquista araba e islamica di al-Maghreb al-Aqsa, e alle difficoltà delle autorità califfali omayyadi di sottomettere la regione in occasione della grande rivolta berbera. Anche in quel caso, la rivendicazione di un'indipendenza da Damasco da parte della popolazione berbere aveva condotto ad un aspro conflitto giocato soprattutto sul terreno dell'identità culturale, che non era riuscita a trovare una propria collocazione nel più ampio quadro del Califato damasceno. Secoli dopo, una soluzione, pur con tutte le difficoltà del caso, è rappresentata da una rivisitazione del ruolo delle identità culturali dello Stato marocchino, proprio quando un'altra analoga questione - quella sahwari - si affaccia sullo scenario internazionale.

Le premesse per l'inclusione della cultura sahwari nel nuovo paradigma culturale marocchino, oltre ad essere già poste da questa nuova rivisitazione costituzionale in generale, è del resto già presente nel preambolo della Carta. Il testo parla infatti di «unità, forgiata dalla convergenza delle sue componenti arabo - islamiche, amazigh e saharo - hassani», individuando nella componente culturale sahwari uno degli elementi costitutivi dell'i-

dentità culturale nazionale, alla luce della nuova concezione suesposta. A livello più prettamente normativo, lo stesso articolo 5 al suo comma quinto statuisce che «Lo Stato opera per la preservazione dell'hassani, in quanto parte integrante dell'identità culturale marocchina unita», offrendo un primo indizio per quella che potrebbe essere una linea inclusiva d'azione per il futuro<sup>35</sup>.

Anche se la Costituzione pone la cultura e la lingua saharo - hassanya in una posizione subordinata rispetto alle due lingue ufficiali araba e amazigh, risulta comunque significativo il fatto che, nell'ambito della ridefinizione delle componenti culturali nazionali, quella saharawi trovi in Costituzione una propria, prima collocazione. L'hassanya, noto localmente anche con il nome di *klâm hassân* o come *hassani*, variante linguistica araba mauritana diffusa prevalentemente nel Sud del Marocco, proprio nell'area saharawi, e la sua menzione nel testo costituzionale, potrebbe effettivamente porre le basi per un'azione giuridica e culturale inclusiva, secondo il nuovo paradigma di pluralismo culturale sopra richiamato.

Alla luce di quanto esposto, secondo Ahmed Boukous, presidente dell'IR-CAM, quello relativo all'hassanya è un argomento di non poca rilevanza, e l'istituendo Consiglio Nazionale per le Lingue e la Cultura «dovrà vegliare non soltanto sulla promozione e sulla difesa, in primo luogo, delle due lingue ufficiali, ma dovrà anche contribuire alla promozione dell'hassani, in quanto lingua o idioma, ma anche in quanto espressione culturale»<sup>36</sup>.

Se ancora siamo distanti dai progressi compiuti dalle istituzioni marocchine con riferimento all'amazigh, e se le difficoltà strutturali legate alla diffusione linguistica saranno le stesse se non maggiori<sup>37</sup>, è comunque significativo rilevare come le basi per ulteriori sviluppi in tal senso siano già stati posti in Costituzione.

35 «La nuova Costituzione del 2011 (...) ha incluso il riconoscimento per la prima volta di quella che è stata chiamata nella Costituzione la lingua "hassani". Tale riconoscimento si iscrive fermamente nella cornice della diversità linguistica e culturale del Marocco all'interno del territorio percepito come nazionale, ma è stato forse un tentativo di concedere qualcosa di fronte alla più grande protesta saharawi sino ad oggi.» A. WILSON, *Western Sahara: change under the radar*, in *North African Politics. Change and Continuity*, cit., p. 134.

36 Sempre dall'intervista sopra citata.

37 Da un lato, è vero che non si porrebbe il problema della codificazione alfabetica, essendo l'hassanya una lingua araba, ma d'altra parte è anche vero che le implicazioni politiche di affidare, per esempio, programmi di informazione in lingua saharawi sarebbero maggiori di quanto non avvenga con le lingue berbere, a causa della tensione politica ormai radicata sulla vicenda del Sahara Occidentale.

## 7 Qualche conclusione

In conclusione, il testo del preambolo della Carta, e soprattutto il dettato dell'articolo 5, costituiscono un'innovazione importante non soltanto per quanto riguarda l'ufficializzazione dell'amazigh. Tale aspetto, infatti, non rappresenta che la naturale conseguenza del più profondo cambiamento che riguarda il ruolo dell'identità culturale marocchina, le sue componenti linguistiche e culturali, ed anche il ruolo dello Stato nella loro promozione. Secondo la nuova visione, è infatti lo Stato a doversi fare garante della promozione delle affluenze culturali, se del caso operando direttamente a livello istituzionale per codificare e diffondere lingue come l'amazigh, e prevedendo metodi di diffusione di massa di queste forme di espressione culturale, che ora non sono più considerate mere appendici di una cultura araba dominante, un tempo affermata in opposizione al trascorso passato coloniale. Esse, oggi, costituiscono a pieno titolo le varie componenti di un'unità più grande, che trascende la componente araba, e che quindi, come comprende a pieno titolo, almeno in punto di diritto, l'amazigh, potrebbe in futuro comportarsi similmente con le lingue sahwawi.

In passato, a partire dal 1994, il processo che ha trovato la propria consacrazione nel testo costituzionale e che riceverà a breve una più puntuale disciplina con la legge organica recentemente annunciata, la Corona ha assunto un ruolo fondamentale per giungere a questo ripensamento del paradigma culturale marocchino. Anche se ora esso è stato normativizzato e sancito in Costituzione, si ha ragione di ritenere che la Corona e i suoi organi istituzionali, come per esempio l'IRCAM, avranno ancora un ruolo incisivo da svolgere per quanto attiene alle questioni qui considerate. Se infatti, con riferimento all'amazigh ma anche in qualche misura alle lingue sahwawi, i testi legislativi rappresentano un imprescindibile punto di partenza, fondamentale risulterà l'azione istituzionale degli organi dello Stato, per giungere alla messa in opera fattuale della nuova visione culturale del Regno. Se il nuovo e ripensato volto del Marocco, fondato sull'unicità nella molteplicità e sulle particolarità storiche e sul regionalismo pur nell'unica sovranità territoriale, è stato finalmente annunciato a livello legislativo, spetterà ora alle Istituzioni proseguire sulla strada tracciata, e dare seguito alle promesse costituzionali, non senza uno sguardo agli sviluppi politici che ne potranno derivare.



# L'applicabilità della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni alle transazioni aventi ad oggetto software: vendita o licenza?

Dushica Atanasovska  
(Dottore di ricerca in Diritto, Mercato e Persona  
nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

**Abstract** The growth and the continuous development of the information technology have changed the panorama of the international trade. New types of goods became object of the commercial transactions, such as software. The virtual intangible nature and the presence of intellectual property rights, made the regulation of the software transaction particularly difficult and unclear: should the transactions containing this good be treated as license agreement or sales contract? The United Nations Convention on international sale of goods offers one possible solution.

**Sommario** 1. Lo sviluppo tecnologico e l'interpretazione progressiva della CVIM. – 2. Il software: bene o servizio? – 3. La giurisprudenza. – 4. Applicazione della CVIM alle transazioni che hanno come oggetto il software: contratto di vendita o contratto di licenza? – 5. Conclusioni.

**Keywords** Vendita internazionale. Beni mobili. Software. Licenza. Proprietà intellettuale.

## 1 Lo sviluppo tecnologico e l'interpretazione progressiva della CVIM

La Convenzione delle Nazioni Unite sulla vendita internazionale di beni mobili (CVIM) del 1980 rappresenta un *corpus* di diritto internazionale caratterizzato da un sistema particolare di interpretazione che, nel corso degli anni, ha esteso e adeguato la sua applicabilità in ragione agli sviluppi della società moderna e alle nuove tecnologie. Un esempio importante rappresenta la vendita internazionale del software - inizialmente non regolata dalla CVIM a causa della sua poca rilevanza durante la negoziazione della Convenzione. Fu solo verso la fine del 1980, quando IBM decise di separare l'hardware dal software che quest'ultimo divenne un oggetto indipendente di commercio. Precedentemente a questo sviluppo il software si vendeva come un supplemento dell'hardware oppure su richiesta - personalizzato. Tuttavia, l'indipendenza del software, insieme

al rapido sviluppo della tecnologia informatica cambiarono il panorama del commercio internazionale<sup>1</sup>.

A causa della sua natura transnazionale<sup>2</sup>, presto si pose la domanda se una normativa uniforme e internazionale fosse necessaria per il regolamento del commercio elettronico del quale il software rappresentava il fondamento.

Nel 1996 UNCITRAL adottò la Legge modello sul commercio elettronico e, successivamente, nel 2001 la Legge modello sulla firma digitale<sup>3</sup>. Sempre nel corso dell'anno 2001, il Gruppo di lavoro di UNCITRAL dedicò la sua attenzione alla CVIM. La questione postasi era se la Convenzione necessitava di un aggiornamento, in particolare se il suo campo di applicazione doveva essere esteso a tutti i tipi di "beni virtuali".

Il rapporto del Gruppo di lavoro, se da un lato fu molto prudente nel raccomandare una qualsiasi espansione della CVIM alle transazioni di beni virtuali non tangibili o ai diritti sui dati, dall'altro concentrò la sua attenzione ai contratti conclusi con mezzi elettronici<sup>4</sup>. Tuttavia, il Rapporto raccomandava l'adozione di norme armonizzate per regolare le transazioni internazionali diverse dalla vendita di beni mobili e tangibili in senso tradizionale, omettendo, però, di specificare se queste nuove norme avrebbero dovuto includere o meno anche il software.

Con il passare degli anni il termine software acquisiva significati diversi a seconda del suo utilizzo: non includeva più solamente i programmi per i PC o il software per i sistemi operativi, ma anche altri tipi di informazioni digitali come la musica, i film, i giochi, sia su CD o DVD che online<sup>5</sup>. Per questo motivo sembrava che la comprensione giuridica dello sviluppo tecnologico non potesse andare a pari passo con l'ampliamento del significato commerciale e sociale del software.

Infatti, dal punto di vista giuridico il software rilevava per due ragioni principali. Innanzitutto, si distingueva da qualsiasi altro bene mobile

1 H. SONO, *The Applicability and Non-Applicability of the CISG to Software Transactions*. in *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing (2008) 512-526, p. 512.

2 Vedi CISG Advisory Council Opinion No. 4, *Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op4.html>; P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (2nd (English) edn, Oxford University Press, Oxford, 2005), pp. 54-55; F. DIEDRICH, *CISG and Computer Software Revisited* (2002) 6 *Vindobona J Int'l Commercial L Arbitration* 55, pp. 64-65.

3 Vedi <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

4 UNCITRAL, *Report of the Working Group on Electronic Commerce on the work of its 38th session*, A/CN.9/484, Para. 95 (14 April 2001).

5 H. SONO, op. cit., p. 512.

convenzionale familiare al diritto e, in secondo luogo, nonostante fosse uno dei beni più diffusi nell'era commerciale, non aveva una discernibile identità giuridica. Anche i più autorevoli testi giuridici dedicarono solo pochi paragrafi alle norme relative alla vendita di questo bene<sup>6</sup>. Tutto ciò, insieme alla mancanza di autorità giudiziarie dedicate a questa materia, ha reso ancora meno chiaro quale sia il tipo di trattamento giuridico che debba essere applicato alle controversie riguardanti il software<sup>7</sup>.

In alcuni sistemi giuridici, il criterio di tangibilità è cruciale per determinare se l'oggetto in questione rappresenti un bene<sup>8</sup>. La tangibilità generalmente è definita dalla forma fisica dell'oggetto o dalla sua capacità di essere percepito dai sensi. Questa nozione ha avuto un ruolo molto importante nel dibattito corrente ed è anche stato dichiarato che la tangibilità sia un presupposto essenziale per poter classificare il software come un bene<sup>9</sup>. Ciò è stato, infine, ribadito anche nella sentenza *St Albans DC v International Computers*<sup>10</sup> del 1994 nella quale veniva fatta una distinzione fra software di *per sé* e software contenuto in un disco, non considerando il primo come un bene. Per essere considerato come un bene, invece, il software doveva essere contenuto in un mezzo tangibile.

Contrariamente a quanto sostenuto nella sentenza precedente, l'interpretazione data dai tribunali in applicazione della CVIM, risulta molto meno categorica. Non esiste uniformità nella considerazione della rilevanza della tangibilità o dell'intangibilità del bene. Nel caso n. 19 U 282/93 del 11 novembre 1993, la Corte d'Appello di Colonia decideva che il software personalizzato non era tangibile e sulla base di questo implicava che non era da considerarsi come un bene ai sensi della CVIM<sup>11</sup>. Invece, nel caso n. 2 U 1230/91 del 17 settembre 1993, la Corte d'Appello

6 Vedi A.G. GUEST (ed.), *Benjamin's Sale of Goods* (6th edn, Sweet & Maxwell, London, 2002), para. 1-086; M.G. BRIDGE, *The Sale of Goods* (Oxford University Press, Oxford, 1997), p. 31. p. S. ATIYAH, J. ADAMS, H. MCQUEEN, *The Sale of Goods* (11th edn, Longman, London, 2005) pp. 77-82.

7 S. GREEN, D. SAIDOV, *Software as Goods*, *Journal of Business Law* (March 2007), p. 161-181.

8 Una posizione simile rispetto alla definizione del "bene" è stata adottata in un caso deciso dalla Corte Europea di Giustizia (vedi F. SMITH, L. WOODS, *A Distinction without a Difference: Exploring the Boundary between Goods and Services in the World Trade Organization and the European Union* (2005-2006) 12 *Columbia J European L* 1 at p. 31).

9 L. LONGDIN, *Liability for Defects in Bespoke Software*, (2000) 8 *Int'l J L Information Technology*, p. 11.

10 <http://swarb.co.uk/st-albans-city-and-district-council-v-international-computers-ltd-qbd-11-nov-1994/>.

11 Appellate Court Köln, August 26, 1994 (Germany) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940826g1.html>.

di Koblenz adottava un approccio molto più liberale ribadendo che la nozione di “bene” ai sensi della Convenzione includeva sia i beni tangibili che quelli non tangibili che potevano essere oggetto di un contratto di vendita internazionale<sup>12</sup>. Il disaccordo esisteva anche nell’ambito accademico. Secondo una parte della dottrina i beni non dovevano essere tangibili ai sensi della CVIM<sup>13</sup>, mentre un’altra parte seguiva l’indirizzo secondo il quale la Convenzione regolava la vendita solo di beni tangibili<sup>14</sup>. Un’ulteriore posizione adottata era quella secondo la quale la CVIM generalmente regolava la vendita di beni tangibili, suggerendo che il termine “bene” doveva essere interpretato in senso ampio per poter includere anche i diversi tipi di software<sup>15</sup>.

## 2 Il software: bene o servizio?

Quando si parla della vendita di software si devono prendere in considerazione alcuni aspetti. Innanzitutto, la vendita del software potrebbe far riferimento alla vendita dei diritti d’autore del software<sup>16</sup>. In altre occasioni, invece, la vendita di software potrebbe riferirsi alla vendita di un mezzo tangibile (CD/DVD) nel quale il software è contenuto. Con questo tipo di vendita il compratore ottiene il diritto di piena proprietà della copia fisica, ma l’utilizzo del software è soggetto alle restrizioni imposte dal diritto d’autore. Infine, il software può attribuirsi all’informazione che sarà posseduta dalla persona che ne detiene i diritti d’autore, ma solo con riferimento alla copia fisica, e non all’informazione *di per sé*<sup>17</sup>.

Il software, ossia la sua copia fisica non è solamente un diritto o un’idea, ma trasferito su un mezzo tangibile (disco), diventa un bene materiale<sup>18</sup>. Anche nel caso di un trasferimento elettronico ossia *download*, la

12 Appellate Court Koblenz, September 17, 1993 (Germany) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930917g1.html>.

13 H. BERNSTEIN, J. LOOKOFSKY, *Understanding CISG in Europe* (2nd edn, Kluwer Law International, 2003), pp. 19-22; J. LOOKOFSKY, *In Dubio Pro Conventione?* (2003) 13 *Duke J Comp Int’l L*, p. 263.

14 Vedi F. FERRARI, *Cross-Reference and Editorial Analysis - Article 1*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cross/cross-1.html>; F. FERRARI, *How to Create One Uniform Contract Law*, (2001) 5 *Vindobona J Int’l Commercial L Arbitration* 3, pp. 18-19.

15 SCHLECHTRIEM in P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on CISG*, *op. cit.*, pp. 28-30; HERBER in Schlechtriem, *Commentary on CISG*, *op. cit.*, p. 23.

16 GREEN, SAIDOV, *op. cit.*, pp. 176-177

17 H. SONO, *op. cit.*, p. 515.

18 *South Central Bell Telephone Co v Sidney J Barthelemy*, 643 So. 2d 1240, 1246.

forma che acquisisce è sempre materiale a causa dell'esistenza di una serie di impulsi elettrici<sup>19</sup>.

Poiché il software ha questa forma tangibile, ha anche la capacità di essere alienato e preso in possesso. In tal senso il software deve avere determinate caratteristiche, e, innanzitutto, deve essere controllabile.

Il fatto che l'hardware rappresenti l'attributo fisico del software, significa che su questo vi possa essere mantenuto un accesso esclusivo e possa essere controllato. Il software deve essere mobile, poiché deve essere trasferito senza perdere la capacità di essere di possesso esclusivo. La mobilità di un prodotto, infatti, rappresenta un indicatore dell'abilità di quest'ultimo ad essere classificato come bene a scopo di vendita. Inoltre, una distinzione essenziale fra le cose mobili e quelle immobili è data dalla possibilità di essere separati dalla propria fonte. La mobilità è direttamente collegata al requisito della consegna<sup>20</sup>.

La consegna ai sensi della CVIM è altrettanto intesa come un atto che permette al compratore di avere il possesso del bene<sup>21</sup>. È proprio questo che distingue il software dagli altri diritti di proprietà intellettuale che non possono essere consegnati. Poiché l'adempimento del contratto di vendita si riflette nella consegna del bene<sup>22</sup>, la trasferibilità rappresenta una caratteristica essenziale affinché un bene possa essere oggetto del contratto di vendita.

Un altro indicatore della mobilità del software è rappresentato dalla sua capacità di essere trasmesso come un oggetto separato nonostante si trovi installato su un oggetto fisico, ossia un disco. Il software non è un accessorio relativamente all'oggetto su cui si trova; questo perché il software può essere trasferito dal o sul disco senza causare danni materiali a quell'oggetto<sup>23</sup>.

Il trasferimento, generalmente, richiede anche passaggio di proprietà.

19 "This corporeal body takes the form of massive strings of "bits". If a program is stored permanently on a CD ROM, each "bit" is represented by either the presence or absence of a pit on the disc's surface. When a program is stored in a less permanent form, such as on a computer hard disc, it takes the form of a series of magnetic switches, positioned at either "I" or "O". Even in the case of an electronic transfer or "download", when a program is in its most transient state, it still has a corporeal form because it exists as a series of electrical pulses. As electronic communication is merely a form of linking up hardware, any software that is received on a computer has not been plucked out of the ether, but has come from another machine located elsewhere.", in GREEN, SAIDOV, *op. cit.* p. 165.

20 *Ibid*, p. 167.

21 HUBER e WIDMER in SCHLECHTRIEM, SCHWENZER, *op. cit.*, pp. 337-339; J.S. ZIEGEL, C. SAMSON, *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1981), <http://www.cisg.law.pace.edu>.

22 Art. 30 CVIM.

23 R.M. GOODE, *Commercial Law* (3rd edn, Penguin, London, 2004), p. 197.

Nel caso di un bene intangibile si è spesso ritenuto che sia l'alienazione sia il possesso siano impossibili o che il bene non abbia la capacità di essere di proprietà perché non possa essere fisicamente posseduto<sup>24</sup>.

Poiché secondo alcuni autori le transazioni che riguardano il software non sono vendite ma sono servizi, per evitare questo tipo di generalizzazione conviene distinguere tra i vari modi in cui il software può essere trattato<sup>25</sup>.

La prima distinzione che va fatta è tra i contratti che riguardano software standardizzato e i contratti di software sviluppato specificamente per i bisogni di un determinato cliente<sup>26</sup>. Questa distinzione rileva ai sensi della CVIM, poiché alcuni Tribunali<sup>27</sup> ritengono che i contratti riguardanti un software personalizzato fossero contratti di servizio, mentre quelli di software standardizzato - contratti di vendita.

La differenza fra il software personalizzato e quello standard si ritrova nella quantità di servizi impiegati per il suo sviluppo, basandosi su questo presupposto anche la possibilità di esclusione dall'ambito della CVIM ai sensi dell'art. 3.

Per quanto riguarda il software personalizzato e l'esclusione *ex art.* 3(1), secondo una parte della dottrina, il materiale fornito dal compratore non deve necessariamente essere tangibile, e poiché le istruzioni o i dati forniti dal compratore possono rappresentare una parte sostanziale del prodotto finale, l'applicazione della CVIM si escluderebbe. Essendo basata sulla proprietà la previsione dell'art. 3(1), quando il compratore fornisce una parte sostanziale del materiale, allora quest'ultimo diventa proprietario del prodotto finale e conseguentemente l'applicazione della CVIM non può essere giustificata<sup>28</sup>. Questa *ratio* non si applica nei casi

24 *South Central Bell Telephone Co v Sidney J Barthelemy*, 643 So. 2d 1240, 1246.

25 A. SCOTT, *Software as Goods: Nullum Simile Est Idem* (1987) 3 Computer L Practice 13, p. 136.

26 GREEN, SAIDOV, *op. cit.*, p. 170.

27 Appellate Court Köln, 26/08/1994 (Germany), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940826g1.html>; District Court of München 08/02/1995 (Germany) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g4.html>.

28 Per approfondimenti vedi HERBER in SCHLECHTRIEM *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) op. cit.*, p. 23; J. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* Kluwer Law International, 1999, p. 55; J. LOOKOFKY, *Understanding the CISG in the USA* (2nd ed) Kluwer Law International, 2004, p. 21-22; SCHLECHTRIEM in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods op. cit.*, p. 29; M. BRIDGE, M., *The International Sale of Goods: Law and Practice* Oxford University Press, 2007, p. 520. Vedi anche S. PRIMAK, *Computer Software: Should the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods Apply? A Contextual Approach to the Question* (11) *Computer Law Journal* 197, p. 217; F. FERRARI, *Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing* (15) *Journal of Law and Commerce*, 1995, p. 66; F. DIEDRICH, *Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG* (8) *Pace International Law*

in cui il compratore fornisce dati<sup>29</sup>.

Una questione particolare riguarda se lo sviluppo di un software personalizzato rientri nelle previsioni del primo o del secondo comma dell'art. 3. Nella giurisprudenza è stato confermato che le transazioni relative al software personalizzato rientrano nella previsione dell'art. 3(2), mentre se il software è considerato come un bene fabbricato e prodotto deve applicarsi l'art. 3(1)<sup>30</sup>. L'essenza di questa disposizione sta nel fatto che si tratta di un contratto di vendita qualora il contraente che ordina il bene fornisca *una parte sostanziale dei materiali necessari per la sua fabbricazione o produzione*<sup>31</sup>. Per determinare se una transazione che riguarda software sviluppato per i bisogni di un determinato cliente rappresenti un contratto di vendita, devono essere prese in considerazione le particolarità del caso<sup>32</sup>.

Molto spesso la consegna del software è accompagnata da vari servizi di supporto<sup>33</sup>, come l'installazione, l'ausilio per il sistema, *training*. Ai sensi della Convenzione, tali contratti sono contratti di vendita, perché non includono la fabbricazione ossia la produzione del software né forniscono servizi o manodopera che rappresenti una parte sostanziale delle obbligazioni del venditore<sup>34</sup>.

Il software può essere venduto o distribuito oppure concesso in modo diverso, restringendo o ampliando i diritti del compratore su di esso. Quello che rileva ai sensi della CVIM è che il diritto di proprietà sia completamente trasferito al compratore.

Attualmente, le transazioni che coinvolgono il software possono essere

Review 303, 1996, p. 336; F. DIEDRICH, *The CISG and Computer Software Revisited* (6) *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, Supplement 55, 2002, p. 64-65; T. COX, *Chaos versus Uniformity: The Divergent Views of Software in the International Community* (4) *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 3, 2000, p. 6; J. LOOKOFKY, *In Dubio pro Conventione? Some Thoughts about Opt-outs, Computer Programs and Preemption under the 1980 Vienna Sales Convention (CISG)* (13) *Duke Journal of Comparative and International Law* 263, 2003, p. 279; J. MOWBRAY, J., *The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to E-Commerce Transactions: The Implications for Asia* (7) *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 121, 2003, p. 127.

29 H. SONO, *op.cit.*, p. 522.

30 Commercial Court Zürich February 17, 2000 (Switzerland) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000217s1.html>; and Supreme Court December 4, 1996 (Germany) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961204g1.html>.

31 CISG Advisory Council Opinion No. 4.

32 *ibid*, punto 1.2.

33 *American Mint LLC v GOSoftware, Inc*, Federal District Court (Pennsylvania) (United States), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050816u1.html>.

34 Art. 3(2) CVIM; vedi anche SCHLECHTRIEM in SCHLECHTRIEM, SCHWENZER, *op. cit.*, pp. 60-61.

classificate in modo diverso in base ai limiti imposti dal proprietario oppure dalla funzionalità o lo scopo del bene.

Nella vendita del software standardizzato che include anche il passaggio di proprietà di una copia fisica (disco), la parte preponderante dell'obbligo del datore di licenza non è rappresentata dal trasferimento della copia fisica (il valore economico della copia tangibile è minimo), ma piuttosto dal trasferimento dell'informazione e della concessione della licenza con riguardo all'utilizzo del software. La mancanza di una copia tangibile nei casi in cui la vendita non lo preveda, ossia nei casi in cui il software sia scaricato online, non rileva per l'applicabilità della CVIM, poiché l'esistenza di una copia fisica e tangibile è solo in funzione della consegna ai sensi della Convenzione.

Una situazione giuridica molto più complessa riguarda la vendita di un software personalizzato, sviluppato come soluzione specifica in base alle richieste dell'utente/acquirente. Questo implica che l'acquirente sia già in possesso di un software modificabile in base alle proprie richieste, oppure che lo stesso abbia la tecnologia per svilupparlo. In entrambi i casi, e in particolare nel secondo, si pone la domanda se le istruzioni e i dati forniti dal compratore al venditore possano essere considerati come fornitura di una parte sostanziale dei materiali per la produzione o per lo sviluppo del software, rientrando così nella previsione dell'art. 3(1) della CVIM.

Vi sono due motivi che non consentirebbero l'applicazione dell'art. 3, co. 1. Innanzitutto, secondo il criterio dell'art. 3(1) il fatto che l'acquirente fornisca una parte sostanziale del materiale necessario per la produzione che gli consentirebbe di divenire proprietario anche di una parte sostanziale del prodotto finale. La seconda *ratio* di questo articolo riguarda la fornitura dei materiali, e quando si tratta di software non rilevano i dati e le informazioni, ma il risultato finale e l'utilizzo dell'informazione in base alla competenza del venditore e alla tecnologia usata. Perciò la parte sostanziale può essere fornita solo dal venditore con il suo *know-how*<sup>35</sup>.

A questo proposito in giurisprudenza sono di grande rilievo le decisioni della Corte Federale tedesca di giustizia, che aveva categorizzato i contratti per il trasferimento del software personalizzato quali contratti di fabbricazione/produzione (§ 631 BGB) o di fornitura di beni e servizi (§ 651 BGB). La fornitura della manodopera qualificata per la produzione del software era considerata come vero e proprio oggetto del contratto. Questa categorizzazione, tuttavia, non poteva rappresentare un criterio per la disapplicazione della CVIM, poiché i contratti che prevedevano la produzione o la fabbricazione del bene rientravano nell'ambito della Convenzione *ex art.* 3(1).

Per quanto riguardava, invece, il software standardizzato, esiste un am-

35 UNCITRAL - Report of the Working Group on Electronic Commerce on the work of its 38th session, A/CN.9/484, Para. 95 (14 April 2001) nella conclusione sosteneva che il criterio dell'art. 3(1) non è materiale quando il compratore aveva fornito una parte sostanziale di informazioni, istruzioni e dati, l'applicazione della CVIM deve essere esclusa.

pio numero di casi in cui il trasferimento era inquadrato come contratto di vendita di beni (§ 433 BGB). Tuttavia, questi casi riguardavano il trasferimento di una copia del software su un mezzo tangibile<sup>36</sup>.

### 3 La giurisprudenza

La questione della vendita di software è stata affrontata in maniera differente da tribunali diversi. Mentre per alcuni la forma fisica e tangibile giocava un ruolo fondamentale, per altri quest'ultima non veniva presa in considerazione. Le sentenze elaborate di seguito mostrano le posizioni differenti adottate dai Tribunali europei.

La Corte regionale di Monaco in una sua pronunzia<sup>37</sup> ribadiva l'applicazione della CVIM ai contratti internazionali che prevedevano l'acquisto permanente di software standardizzato con un pagamento singolo del prezzo, a prescindere dalla denominazione del contratto scelta dalle parti.

La Corte d'Appello Olandese<sup>38</sup>, invece, applicava gli artt. 18 e 19 CVIM alla conclusione di un contratto internazionale di vendita di beni senza fare riferimento al fatto che il programma per il computer era un bene non tangibile e come tale poteva creare problemi per l'applicazione della disciplina convenzionale. Poiché il problema giuridico di applicazione della CVIM ai contratti di acquisto di software non è stato espressamente preso in considerazione, questa sentenza non poteva essere considerata un precedente. Tuttavia, essa indica che i tribunali non considerano necessariamente il software come qualcosa diverso da un qualsiasi altro oggetto fisico esistente, finché il software viene scambiato per un determinato prezzo<sup>39</sup>.

La Corte Federale di Giustizia tedesca<sup>40</sup> riteneva applicabile la Convenzione ai sensi dell'art. 3(1) poiché i contratti per la fornitura di beni da fabbricare o prodotti sono equivalenti ai contratti ordinari di vendita di beni. La Corte non distingueva fra il software e l'hardware e nemmeno poneva il problema dell'intangibilità nell'ambito di applicazione della CVIM. La posizione adottata dalla Corte in questa sentenza era quella

36 F. DIEDRICH, op.cit., p. 55.

37 Regional Court Munich/Landgericht München, Germany, (8 HKO 24667/93) of 8 February 1995 ("*Graphiplus*").

38 Court of Appeal Hertogenbosch/Gerechtshof te's-Hertogenbosch, The Netherlands, (770/95/HE) of 19 November 1996 (*Princen Automatisering Oss B.V. v. Internationale Container Transport GmbH*).

39 F. DIEDRICH, op.cit., p. 72.

40 Federal Court of Justice/Bundesgerichtshof, Germany, (8 ZR 306/95) of 4 December 1996 ("*dynamic page printer*").

che un contratto internazionale di trasferimento di software consistente nella vendita sia del software che dell'hardware ad un prezzo unico, sia considerato come un contratto di vendita ai sensi dell'art. 1 o dell'att. 3(1) della CVIM.

Nella sua più recente pronuncia la Corte Olandese<sup>41</sup> stabiliva che un contratto di licenza internazionale può essere classificato come un contratto di vendita ai sensi della Convenzione di Vienna nel caso in cui la licenza sia concessa per un periodo indeterminato, il prezzo sia pagato interamente e il software sia consegnato come copia fisica tangibile o scaricato online. Per quanto riguarda il requisito di tangibilità del bene, la definizione deve essere interpretata ampiamente, comprendendo in sé anche i beni intangibili come il software. Per questo motivo la Corte affermava che anche se il software non si trovava su un mezzo fisico come DVD, CD o memoria USB, la sua vendita rientrava nell'ambito di applicazione della CVIM.

#### **4 Applicazione della CVIM alle transazioni che hanno come oggetto il software: contratto di vendita o contratto di licenza?**

Mentre le caratteristiche del software causano incertezza in riferimento alla sua classificazione come bene, la natura delle transazioni aventi ad oggetto un software crea ulteriori confusioni. La posizione comunemente accettata definisce molte delle transazioni riguardanti il trasferimento del software non come vendite, ma licenze poiché nella maggior parte dei contratti deve essere effettuata una distinzione tra i due fenomeni: la transazione delle proprietà intellettuali e la transazione dei beni<sup>42</sup>.

Tuttavia, l'esistenza di diritti di proprietà intellettuale non preclude la possibilità che la consegna del software possa essere una vendita, anche se in molti casi la natura del contratto di licenza influisce sulle modalità

<sup>41</sup> Netherlands 25 March 2015 Rechtbank Midden-Nederland, C / 16/364668 / HA ZA 14-217, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/150325n1.html>.

<sup>42</sup> La distinzione tra questi due concetti proviene dal fatto che molto spesso la vendita della copia fisica del software è accompagnata da una licenza che restringe i corrispondenti diritti intellettuali su di esso. Vi sono due motivi principali, entrambi da attribuire alla natura unica del software: prima di tutto la facilità con la quale il software può essere duplicato e distribuito, e in secondo luogo perché il valore del mezzo fisico con il quale il software è distribuito, è molto basso. Perciò, la licenza del software, insieme alle barriere tecniche relative alla sua distribuzione (per esempio il processo di registrazione del software), sono di grande importanza per l'effettiva protezione dei diritti di proprietà intellettuale di tale bene. Tuttavia, nonostante onnipresente restrizione dei diritti d'autore sul software, la posizione concettuale rimane inalterata: il software può essere oggetto di vendita. Sebbene, nella maggior parte dei casi, le licenze rappresentano un elemento commerciale sensibile legato al software, non sono né logicamente né giuridicamente necessarie.

di consegna del software a causa delle varie restrizioni e condizioni che provengono dai suddetti diritti, facendo in modo che il contratto non fosse considerato una vendita<sup>43</sup>.

Nei casi di acquisto di volumi tangibili di software per rivendita o per uso professionale, il venditore è proprietario della copia, ma non necessariamente anche dei diritti d'autore. Perciò l'acquirente diviene pieno proprietario del disco, ma l'utilizzo del software è limitato dai diritti d'autore<sup>44</sup>. Questo tipo di contratto è regolato dalla CVIM. Di solito si tratta di vendite di software standardizzati<sup>45</sup>. Anche la vendita dei c.d. *smart-goods* che all'interno contengono software, è trattata nella stessa maniera<sup>46</sup>.

Dall'altro lato, quando il venditore è anche proprietario dei diritti d'autore, con il contratto può imporre ulteriori restrizioni oltre a quelle previste dai diritti d'autore stessi. In questo caso si tratta di un contratto di licenza anche se la proprietà della copia tangibile passa al compratore e quindi la CVIM non si applica. L'esclusione dall'ambito della Convenzione può essere giustificata ai sensi dell'art. 3(2). Infatti, tale articolo stabilisce che la disciplina uniforme non si applica ai contratti nei quali una parte sostanziale delle obbligazioni consiste nella fornitura di servizi o manodopera. Esistono molti dubbi nel classificare la licenza come una fornitura di manodopera o di servizi. Tuttavia, in quei casi si esclude l'applicazione della Convenzione ai sensi dell'art. 3(2) trattandosi di contratti nei quali la parte preponderante dell'obbligo non riguarda la vendita.

Il concetto centrale del contratto di vendita è la libertà dell'acquirente da qualsiasi restrizione per quanto riguarda l'utilizzo del bene acquistato. Tuttavia, possono esserci restrizioni all'utilizzo a causa di diritti di proprietà intellettuale di terzi. L'art. 42 CVIM riconosce, infatti, al venditore la possibilità di informare l'acquirente a tal proposito al momento della conclusione del contratto. Quindi una transazione internazionale di software, denominata dalle parti come "licenza" può essere interpretata ai sensi degli artt. 8 e 9 CVIM come contratto di vendita con il quale il com-

43 GREEN, SAIDOV, *op. cit.*

44 Vedi PRIMAK, *op. cit.*, p. 465-466; SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER, *Commentary on CISG*, *op. cit.*, p. 29; GREEN, SAIDOV, *op. cit.*, p. 177.

45 Supreme Court (Austria), 21 June 2005 (*Standard software on disk*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050621a3.html>; Supreme Court (Germany), 27 June 2007 (*Software case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070627g1.html>; District Court München Germany, 8 February 1995 (*Standard software case*), CLOUT no 131: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g4.html>; Appellate Court 's-Hertogenbosch (Netherlands), 19 November 1996 (*ICT v. Princen Automatisering Oss*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961119n1.html>; Regional Court Arnhem (Netherlands), 28 June 2006 (*Silicon Biomedical Instruments B.V. v. Erich Jaeger GmbH*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060628n1.html>; Commercial Court Zurich (Switzerland), 17 February 2000 (*Software and hardware case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000217s1.html>.

46 H. SONO, *op. cit.*, p. 518.

pratore accetta le restrizioni dell'utilizzo del software dovuti ai diritti di proprietà intellettuale di terzi che gli sono stati divulgati ai sensi dell'art. 42(2)(a) della Convenzione. Se, dall'altro lato, il venditore è proprietario dei diritti intellettuali e offre solo la licenza del bene o del prodotto al compratore, allora non esiste una manifesta volontà da nessuna delle due parti di trasferire la proprietà del bene. L'obbligo del venditore di trasferire la proprietà del bene, rappresenta un elemento centrale del contratto di vendita secondo la CVIM<sup>47</sup>.

L'art. 41 della Convenzione obbliga il venditore a consegnare i beni liberi da ogni diritto o pretesa almeno che il compratore non li accetti in tali condizioni. In più, l'art. 42(1) prevede che il venditore debba consegnare il bene libero da ogni diritto o pretesa di terzi basato sulla proprietà industriale o altra proprietà intellettuale. Quest'obbligo del venditore non si estende ai casi in cui il compratore, al momento della conclusione del contratto, è o può essere a conoscenza di tali diritti o pretese. Per questo motivo un soggetto può restringere l'utilizzo del software nel quadro di un contratto di vendita internazionale.

La CVIM generalmente rimane applicabile alla transazione quando il compratore è o può essere a conoscenza dei diritti d'autore sul software. In questo caso, infatti, il compratore accetta la licenza, ossia non riceve diritti illimitati sulla copia del software. Questo, tuttavia, permetterebbe al compratore di fare ricorso per danni contro il venditore qualora la copia del software non fosse conforme al contratto di vendita (art. 35 CVIM).

Si può concludere che la presenza di diritti di proprietà intellettuale sul software non esclude l'applicazione della Convenzione. Questo deriva dalle disposizioni degli artt. 41 e 42 della CVIM. Finché il compratore è informato ai sensi degli artt. 41 e 42(2)(a) che non riceverà il bene libero dai diritti di proprietà intellettuale di terzi, il venditore non ha nessun obbligo di consegnargli il bene libero da tali diritti. Solo nel caso in cui il venditore sia anche autore o unico proprietario di tutti i diritti intellettuali sul bene, costui avrà l'obbligo di trasferire la proprietà del bene ai sensi dell'art. 30 CVIM. Tuttavia l'obbligo previsto nell'art. 30 è soggetto alla volontà delle parti come espressa nel contratto. Perciò le stesse possono discostarsi dall'obbligo del venditore di trasferire la proprietà del bene modificando il contratto di vendita attraverso una clausola che contenga la licenza, oppure stipulando un contratto di licenza. Quest'ultimo risulterebbe particolarmente favorevole al compratore in quanto, avendo di rado bisogno di tutti i diritti di proprietà relativi al software stesso, otterrebbe una notevole riduzione dei costi. Perciò, un contratto di licenza, non regolato dalla CVIM, sarebbe la soluzione meno costosa e più appropriata, ma in questo caso il compratore non avrebbe tutti i vantaggi che provengono

47 GREEN, SAIDOV, *op.cit.*, p. 74.

dalla Convenzione<sup>48</sup>, *sub specie*, di tutela nei casi in cui il software non fosse conforme al contratto. Ciononostante, la volontà delle parti di escludere l'applicazione della CVIM o di derogare alle sue previsioni *ex art.* 6, deve essere fatta espressamente, in caso contrario l'interpretazione autonoma del contratto ai sensi degli artt. 8 e 9 potrebbe portare all'applicazione della disciplina convenzionale della transazione che riguarda il software anche utilizzando la denominazione "contratto di licenza".

## 5 Conclusioni

Il software generalmente si considera un bene ai sensi dell'art. 1 della CVIM nonostante la sua inesistenza fisica. Nella Convenzione stessa non può essere ritrovata nessuna limitazione sulla forma fisica del bene oggetto della transazione. In più, l'art. 7 ed il Preambolo invitano ad un'interpretazione ampia ed autonoma delle previsioni della Convenzione per permettere ad un numero più grande di transazioni di beneficiare delle sue disposizioni uniformi. Tuttavia, i termini della CVIM cambiano e si adattano ai mutamenti delle circostanze, diventando così applicabili alle transazioni che hanno come oggetto il trasferimento del software ad un determinato prezzo. Alcune limitazioni possono essere ritrovate nella struttura della transazione e nella volontà delle parti. Anche i limiti contenuti nell'art. 3(1) con riferimento ai beni da produrre e nell'art. 3(2) riguardo la fornitura di manodopera e servizi, devono essere valutati caso per caso, tenendo sempre in considerazione l'intento e la volontà delle parti.

La presenza di diritti di proprietà intellettuale al software, perciò, non esclude l'applicazione della CVIM.

48 Art. 35 e ss. CVIM.



# Osservatorio



## **CASSAZIONE CIVILE; sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962**

Di Palma Presidente, Acierno Estensore

**Adozione di minore – Genitore omosessuale - Curatore speciale – Nomina – Esclusione  
(l. n. 184/83 artt. 44, 46 e 57)**

*L'interesse del genitore al consolidamento del proprio progetto di vita omosessuale e genitoriale non è ex se confliggente con l'interesse del minore, e pertanto la nomina del curatore speciale deve essere esclusa se non sono presenti particolari circostanze che la richiedano, oggetto di valutazione del giudice caso per caso.*

**Adozione di minore – Coppia omosessuale – Adozione del compagno di uno dei genitori – Necessità affidamento preadottivo – Esclusione - Best interest del minore - Fattispecie**

*Nell'applicare il principio del best interest del minore, l'espressione "impossibilità di affidamento preadottivo" contenuta nella clausola residuale di cui all'Art. 44 c. 1 lett. d) della L. 184/83 deve essere interpretata estensivamente, nel senso di ricomprendere oltre all'impossibilità di fatto, anche quella di diritto, nella prospettiva di valorizzare rapporti di fatto già esistenti con il minore. (Nel caso di specie, al fine di permettere l'adozione del minore al compagno del genitore, si è ritenuto integrato tale requisito anche nell'ipotesi del minore non in stato di abbandono, attesa la presenza di un genitore accudente).*

MOTIVI DELLA DECISIONE – 1. – Con il primo motivo (con cui deduce: "Omesa nomina del curatore speciale della minore ai sensi dell'articolo 18 c.p.c. – nel procedimento di adozione il conflitto di interessi del minore è in re ipsa"), il Pubblico Ministero ricorrente critica la sentenza impugnata, sostenendo che: a) la situazione di conflitto d'interessi si manifesta nello stesso ricorso introduttivo, laddove è esplicitato che la nascita di (OMISSIS) è stata il frutto di un progetto portato avanti dalla coppia costituita dalla madre biologica e dalla ricorrente, "dal che è agevole ravvisare l'aspirazione di entrambe, e quindi anche della madre della minore, a vivere la bigenitorialità nell'ambito del rapporto di coppia come consolidamento dello stesso" (cfr. Ricorso, p. 4); b) tale conflitto è "potenziale", dal momen-

to che la madre agisce nel proprio interesse e ritiene che tale interesse coincida con quello della minore, sicché la decisione impugnata, anche se formalmente tesa a salvaguardare l'interesse della minore, appare sostanzialmente ispirata da una concezione "adultocentrica"; c) l'assenso della madre all'adozione non è risolutivo, trattandosi di una condizione della procedura prevista per qualsiasi tipologia di adozione in casi particolari; d) pertanto, sarebbe stato necessario scindere le due posizioni, quella di portatrice di un interesse morale all'adozione e quella di legale rappresentante dell'adottanda, appunto con la nomina di un curatore speciale della minore.

Con il secondo motivo (con cui deduce: "Errore nella applicazione della legge L. 184 del 1983, ex articolo 44, lettera d"), il ricorrente critica ancora la sentenza impugnata, quanto all'interpretazione dell'articolo 44, comma 1, lett. d), data dalla Corte d'Appello, sostenendo che: a) la "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" presuppone pur sempre la preesistenza di una situazione di abbandono, trattandosi di un istituto giuridico unitario dai caratteri individuabili in negativo che mira a offrire tutela a situazioni di adozione difficili od impossibili di fatto, come è comprovato dalla stessa scelta del participio passato "constatata", che rimanda ad un'attività materiale - la ricerca di una coppia idonea all'affidamento preadottivo - al cui esito infruttuoso soltanto si apre la possibilità dell'adozione speciale; b) al riguardo, il richiamo della sentenza della Corte Costituzionale n. 383 del 1999 non appare pertinente, in quanto tale sentenza è relativa ad una fattispecie concernente la domanda di adozione speciale rivolta da parenti entro il quarto grado che già si occupano ed accudiscono il minore, così impedendo la dichiarazione di abbandono; c) invece, la sentenza della Corte di Cassazione n. 22293 del 2013 afferma correttamente che non può dilatarsi la nozione d'impossibilità di affidamento preadottivo al punto da ricomprendervi l'ipotesi del contrasto con l'interesse del minore, con la conseguenza che l'impossibilità di affidamento preadottivo rappresenta un'ipotesi subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante.

1.1. - Nell'odierna udienza di discussione, il sostituto Procuratore Generale ha chiesto: 1) in via preliminare, la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite, perché involgente una questione di massima di particolare importanza; 2) in via subordinata, l'accoglimento del ricorso, ritenendo inapplicabile alla fattispecie dedotta nel presente giudizio la L. 184 del 1983, articolo 44, comma 1, lett. d), in quanto tutta la disciplina normativa relativa all'adozione, comprensiva dell'articolo 44, è rivolta alla tutela dell'infanzia maltrattata, abbandonata ed abusata, mentre nel caso di specie la minore ha un genitore legittimo che si occupa in modo del tutto idoneo di lei; inoltre, l'interpretazione della condicio legis "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo" che non richieda la preventiva esistenza di una condizione di abbandono determinerebbe un aggiramento

del limite contenuto nella lett. *b*) dello stesso articolo 44, il quale consente soltanto l'adozione del figlio del coniuge ed esclude tale possibilità per le coppie eterosessuali o dello stesso sesso che non siano unite in matrimonio; ancora, la Corte d'Appello di Roma non ha neanche tentato un'interpretazione costituzionalmente orientata della lett. *h*) dell'articolo 44, volta ad estenderne l'applicazione anche alle coppie di fatto, ne' ha ritenuto di sollevare eccezione d'illegittimità costituzionale della norma per disparità di trattamento tra le unioni matrimoniali e le altre forme di relazione stabile oppure per discriminazione dovuta ad orientamento sessuale, ma ha ritenuto applicabile la lett. *d*) nonostante il carattere derogatorio e di stretta interpretazione della norma; infine, a fronte di un'ampia varietà di situazioni familiari stabili meritevoli di tutela, deve ritenersi rimessa al legislatore la scelta in ordine ai valori ed ai diritti da tutelare.

2. - Preliminarmente, quanto alla richiesta di rimessione alle Sezioni Unite formulata dal sostituto Procuratore Generale, il Collegio osserva innanzitutto che, secondo il consolidato e condiviso orientamento di questa Corte (cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 4219 del 1985, 359 del 2003, 8016 del 2012), l'istanza di parte volta all'assegnazione del ricorso alle sezioni unite, formulata ai sensi dell'articolo 376 cod. proc. civ. (nella specie, ai sensi del terzo comma dello stesso articolo 376) e dell'articolo 139 disp. att. cod. proc. civ., costituisce mera sollecitazione all'esercizio di un potere discrezionale, che non solo non è soggetto ad un dovere di motivazione, ma non deve neppure necessariamente manifestarsi in uno specifico esame e rigetto di detta istanza.

Fermo restando quanto ora ribadito, può in ogni caso osservarsi che la Corte di cassazione ha pronunciato a sezione semplice su numerose questioni variamente collegate a temi socialmente e/o eticamente sensibili, in tema sia di "direttive di fine vita" (sentenza n. 21748 del 2007), sia di limiti al riconoscimento giuridico delle unioni omoaffettive (sentenze nn. 4184 del 2012 e 2004 del 2015), sia di adozione da parte della persona singola (sentenze nn. 6078 del 2006 e 3572 del 2011), sia di surrogazione di maternità nella forma della gestazione affidata a terzi (sentenza n. 24001 del 2014). Deve, pertanto, ritenersi che non tutte le questioni riguardanti diritti individuali o relazionali di più recente emersione ed attualità sono per ciò solo qualificabili come "di massima di particolare importanza" nell'accezione di cui all'articolo 374 c.p.c., comma 2.

3. - In limine, il Collegio precisa che, nella specie, il rapporto di filiazione esistente tra la minore e la madre biologica e legale, al pari del rapporto che lega la minore alla richiedente l'adozione ai sensi della L. 184 del 1983, articolo 44, comma 1, lett. *d*), non è riconducibile ad alcuna delle forme di cosiddetta "surrogazione di maternità" realizzate mediante l'affidamento della gestazione a terzi: la minore, infatti, è stata riconosciuta dalla donna

che l'ha partorita, in applicazione dell'articolo 269 c.c., comma 3.

4. - Il ricorso non merita accoglimento.

4.1. - Il primo motivo non è fondato.

Con esso (cfr., *supra*, n. 1.), la critica del ricorrente si incentra sulla prefigurabilità di un conflitto "potenziale" (così qualificato dallo stesso ricorrente) tra l'interesse della madre ad ottenere riconoscimento giuridico dell'unione con la propria partner e quello, autonomo, della minore adottanda, conflitto dal quale scaturirebbe la necessità della nomina di un curatore speciale della minore medesima.

La questione che tale motivo pone non ha precedenti specifici e consiste nello stabilire se, nell'ambito di un rapporto di convivenza di coppia, la domanda proposta da una delle persone componenti la coppia per l'adozione del figlio minore dell'altra, ai sensi della L. 184 del 1983, articolo 44, comma 1, lett. *d*), determini *ex se* un conflitto di interessi, anche solo potenziale, tra la madre ed il minore adottando.

Al riguardo, è indispensabile premettere il quadro normativo di riferimento interno e convenzionale concernente la rappresentanza e la partecipazione del minore ai giudizi che lo riguardano.

La generale previsione contenuta nell'articolo 78 c.p.c., comma 2 - "Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto di interessi col rappresentante" - deve integrarsi, con specifico riferimento al minore, con gli articoli 3 e 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989 e resa esecutiva dalla L. 27 maggio 1991, n. 176, nonché con gli articoli 4 e 9 della Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e resa esecutiva dalla L. 20 marzo 2003, n. 77.

In particolare, la Convenzione di New York - dopo aver affermato, nell'articolo 3, par. 1, il fondamentale principio, secondo cui "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente" -, con l'articolo 12, par. 2, stabilendo che "... si darà... al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in modo compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale", sancisce l'autonomia dei diritti e degli interessi del minore anche nei procedimenti giurisdizionali.

A sua volta, l'articolo 4, par. 1, della Convenzione di Strasburgo dispone che "Salvo quando disposto dall'articolo 9, il fanciullo ha il diritto di chiedere, personalmente o per il tramite di altre persone o organi, la designazione di un rappresentante speciale delle procedure dinanzi ad

un'autorità giudiziaria che lo concernono, qualora il diritto interno privi coloro che hanno responsabilità di genitore, della facoltà di rappresentare il fanciullo per via di un conflitto d'interesse con lo stesso". E il successivo articolo 9, par. 1, stabilisce che "Nelle procedure che interessano un fanciullo, se, in virtù del diritto interno, coloro che hanno responsabilità di genitore si vedono privati della facoltà di rappresentare il fanciullo a causa di un conflitto d'interessi con lo stesso, l'autorità giudiziaria può designare un rappresentante speciale per il fanciullo in tali procedure".

Tale quadro normativo convenzionale esige, dunque, che possa essere rappresentata autonomamente la posizione del minore nei giudizi che lo riguardano e si riferisce in particolare a quelli relativi ad interventi sulla responsabilità genitoriale ed a quelli adottivi, riservando tuttavia ai legislatori nazionali di stabilirne le modalità.

La scelta operata dal legislatore italiano è fondata sulla predeterminazione normativa di alcune peculiari fattispecie nelle quali è ipotizzabile in astratto, senza dover distinguere caso per caso, il conflitto d'interessi, con conseguente necessità di nomina del curatore speciale a pena di nullità del procedimento per violazione dei principi costituzionali del giusto processo (cfr., ad esempio, articolo 244 cod. civ., comma 6, articolo 247 cod. civ., commi 2, 3 e 4, articolo 248 cod. civ., commi 3 e 5, articolo 249 cod. civ., commi 3 e 4, articolo 264 cod. civ.), mentre tutte le altre concrete fattispecie di conflitto d'interessi potenziale, che possa insorgere nei giudizi riguardanti i diritti dei minori, sono regolate dall'articolo 78 cod. proc. civ., comma 2: ciò significa che il giudice del merito è tenuto a verificare in concreto l'esistenza potenziale di una situazione d'incompatibilità tra gli interessi del rappresentante e quello preminente del minore rappresentato.

L'impostazione binaria ora illustrata è coerente con l'interpretazione complessiva del sistema di tutela della effettiva rappresentanza degli interessi del minore nei giudizi che lo riguardano, derivante dagli orientamenti della Corte costituzionale e della giurisprudenza di legittimità.

In particolare, la Corte costituzionale, già nell'ordinanza n. 528 del 2000, allude alla necessità di verificare l'esistenza nel nostro ordinamento di norme che consentano la nomina del curatore speciale del minore nei giudizi che hanno ad oggetto la potestà genitoriale (articoli 333 e 336 cod. civ., *ratione temporis applicabili*), ancorché non vi sia una previsione puntuale al riguardo nelle norme codicistiche richiamate. La stessa indicazione è contenuta nella sentenza n. 1 del 2002, nella quale viene espressamente precisato che il menzionato articolo 12 della Convenzione di New York integra la disciplina contenuta nell'articolo 336 cod. civ. (nella versione *ratione temporis applicabile*) in modo da consentire, "se del caso", la nomina di un curatore speciale. Nella sentenza n. 83 del 2011, la Corte è esplicita nell'affermare che, se di regola la rappresentanza sostanziale e processuale del minore è affidata al genitore, qualora si prospettino situa-

zioni di conflitto d'interessi, spetta al giudice procedere alla nomina del curatore anche d'ufficio, "avuto riguardo allo specifico potere attribuito in proposito all'autorità giudiziaria dall'articolo 9, comma 1, della Convenzione di Strasburgo.... previa prudente valutazione delle circostanze del caso concreto" (n. 5 del Considerato in diritto).

Coerentemente con i principi soprarichiamati -fondati sul rafforzamento del potere-dovere del giudice del merito di verificare in concreto l'esistenza di una situazione d'incompatibilità tra gli interessi del genitore-rappresentante legale e quelli del minore -, sono state individuate, anche ai fini della delimitazione del sindacato di legittimità di questa Corte, le ipotesi di conflitto d'interessi, rilevabili in astratto ed in via generale, distinguendole dalle situazioni concrete che volta a volta il giudice del merito ha il potere-dovere di esaminare, anche alla luce delle norme convenzionali sopra indicate e del sistema potenziato di tutela processuale della posizione del minore nei giudizi che lo riguardano, derivante dalla L. 28 marzo 2001, n. 149 (di modifica della l. n. 184 del 1983, le cui norme processuali sono entrate in vigore il 1 luglio 2007). Al riguardo, può richiamarsi la sentenza n. 7281 del 2010, con la quale, in ordine ad un giudizio di adottabilità, si è ritenuto che il conflitto d'interessi tra genitori e minore, ai sensi della L. 184 del 1983, articolo 8, u.c., e articolo 10, comma 2, sia in re ipsa, con conseguente obbligo per il giudice di provvedere alla nomina del curatore speciale, mentre relativamente al rapporto tra tutore e minore la valutazione in concreto di una situazione d'incompatibilità debba essere frutto di valutazione svolta caso per caso dal giudice (cfr., in senso conforme, le sentenze nn. 12290, 16553 e 16870 del 2010, 11420 del 2014).

L'apprezzamento dell'esistenza di un potenziale conflitto d'interessi, che non sia previsto normativamente in modo espreso (come ad esempio, nel disconoscimento di paternità, dal citato articolo 244 c.c., u.c.) o non sia ricavabile dall'interpretazione coordinata delle norme che regolano il giudizio (come nel procedimento volto alla dichiarazione di adottabilità), è rimesso in via esclusiva al giudice del merito e non è sindacabile in sede di giudizio di legittimità: al riguardo, può richiamarsi la sentenza n. 5533 del 2001, secondo la quale il conflitto d'interessi tra genitore e figlio minore si determina non "in presenza di un interesse comune, sia pure distinto ed autonomo, di entrambi al compimento di un determinato atto, ma soltanto allorché i due interessi siano nel caso concreto incompatibili tra loro". Il medesimo principio è affermato nella motivazione della sentenza n. 21651 del 2011, proprio con riferimento ad una fattispecie di adozione in casi particolari, ai sensi della L. 184 del 1983, articolo 44, comma 1, lett. b), laddove non si esclude "in linea di principio" l'applicabilità dell'articolo 78 c.p.c., comma 2, ma si afferma, richiamando la precedente pronuncia n. 2489 del 1992, che "il conflitto deve essere concreto, diretto ed attuale, e sussiste se al vantaggio di un soggetto corrisponde il danno dell'altro".

Alla luce dei richiamati principi, emerge chiaramente l'infondatezza

del motivo in esame. Rilevato che viene censurata - sotto il profilo della violazione di norme di diritto di cui all'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, - l'"Omessa nomina del curatore speciale della minore ai sensi dell'articolo 78 c.p.c.", sul rilievo che "nel procedimento di adozione il conflitto di interessi del minore è in re ipsa", anche se da ritenersi non in atto ma potenziale, deve escludersi che possa trarsi in via ermeneutica, in carenza d'indici normativi specifici, un'incompatibilità d'interessi ravvisabile in generale quale conseguenza dell'applicazione della L. 184 del 1983, articolo 44, comma 1, lett. d). Questa peculiare ipotesi normativa di adozione in casi particolari mira infatti - come meglio risulterà nel corso dell'esame del secondo motivo (cfr., *infra*, n. 4.2.) - a dare riconoscimento giuridico, previo rigoroso accertamento della corrispondenza della scelta all'interesse del minore, a relazioni affettive continuative e di natura stabile instaurate con il minore e caratterizzate dall'adempimento di doveri di accudimento, di assistenza, di cura e di educazione analoghi a quelli genitoriali. La ratio dell'istituto è quella di consolidare, ove ricorrano le condizioni dettate dalle legge, legami preesistenti e di evitare che si protraggano situazioni di fatto prive di uno statuto giuridico adeguato. All'interno di tale paradigma non può ravvisarsi una situazione d'incompatibilità d'interessi in re ipsa, desumibile cioè dal modello adottivo astratto, tra il genitore-legale rappresentante ed il minore adottando.

Al riguardo, deve aggiungersi che non può non cogliersi, nella necessità dell'assenso del genitore dell'adottando previsto dalla L. 184 del 1983, articolo 46, un indice normativo contrario alla configurabilità, in via generale ed astratta, di una situazione di conflitto d'interessi anche solo potenziale. Tale situazione può, invece, riscontrarsi in concreto nel corso del procedimento di adozione di cui all'articolo 44, sicché il giudice, se sollecitato da una delle parti o dal pubblico ministero, deve verificarne l'esistenza nella fattispecie dedotta in giudizio. Nella specie, la Corte d'Appello, con l'ordinanza del 9 aprile 2015 (cfr., *supra*, Fatti di causa, n. 2.) ha trattato espresamente la questione, escludendo la necessità della nomina di un curatore speciale, sia in considerazione della radicale diversità della situazione sub iudice rispetto a quelle che caratterizzano le dichiarazioni di adottabilità, nelle quali viene in luce proprio l'inidoneità dei genitori e l'inadempienza ai doveri discendenti dal vincolo di filiazione, sia in relazione alla valutazione in concreto della comunanza - e non dell'incompatibilità - degli interessi del genitore e del minore, sia, infine, in considerazione della necessità dell'assenso preventivo all'adozione da parte del genitore stesso.

La censura, in conclusione, è da respingersi sotto il profilo della violazione di legge, dal momento che il conflitto d'interessi denunciato non è in re ipsa ma va accertato in concreto con riferimento alle singole situazioni dedotte in giudizio.

Può, infine, osservarsi che l'unica ragione posta a sostegno della denunciata incompatibilità d'interessi è stata individuata nell'interesse della

madre della minore al consolidamento giuridico del proprio progetto di vita relazionale e genitoriale. Al riguardo, tuttavia: o si ritiene che sia proprio la relazione sottostante (coppia omoaffettiva) ad essere potenzialmente contrastante, in re ipsa, con l'interesse del minore, incorrendo però in una inammissibile valutazione negativa fondata esclusivamente sull'orientamento sessuale della madre della minore e della richiedente l'adozione, di natura discriminatoria e comunque priva di qualsiasi allegazione e fondamento probatorio specifico; oppure si deve escludere tout court, come già ampiamente argomentato, la configurabilità in via generale ed astratta di una situazione di conflitto d'interessi. E, comunque, anche a voler qualificare il vizio denunciato all'interno del paradigma di cui all'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5 (ancorché non espressamente dedotto), la Corte d'Appello ha compiutamente esaminato il profilo indicato, ne ha trattato in modo completo ed ha espresso, di conseguenza, una valutazione finale insindacabile.

4.2. - Anche il secondo motivo è privo di fondamento.

Il suo esame sarà incentrato sull'esatta delimitazione dell'ambito di applicazione dell'ipotesi normativa di adozione in casi particolari disciplinata nella L. 184 del 1983, articolo 44, comma 1, lett. *d*). In particolare, l'indagine ermeneutica sarà concentrata sul contenuto da attribuire alla disposizione "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", condizione questa - in cui deve trovarsi il minore adottando - indispensabile per l'applicazione di tale fattispecie di adozione.

4.2.1. - Al fine di pervenire ad un'interpretazione coerente con la lettera e la ratio dell'istituto, oltreché con il contesto costituzionale e convenzionale all'interno del quale devono collocarsi i diritti del minore, è necessario esaminare il testo dell'articolo 44 nella sua interezza nonché la sua evoluzione normativa ed applicativa alla luce, in particolare, della giurisprudenza della Corte costituzionale e di questa Corte.

Il testo originario della norma era il seguente: "I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7: a) da persone unite al minore, orfano di padre e di madre, da vincolo di parentela fino al sesto grado o da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo comma 1. L'adozione, nei casi indicati nel precedente comma, è consentita anche in presenza di figli legittimi comma 2. Nei casi di cui alle lett. *a*) e *c*) l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, il minore deve essere adottato da entrambi i coniugi terzo comma. In tutti i casi l'adottante deve superare di almeno diciotto anni l'età di coloro che intende adottare comma 4".

L'articolo 25 della menzionata L. 28 marzo 2001, n. 149, ha sostituito l'intero articolo 44, inserendo, in particolare, una nuova ipotesi adottiva relativa al minore disabile, contrassegnata dalla lett. c). Per effetto di questa interpolazione, l'adozione "quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo" risulta attualmente contrassegnata dalla lett. d). Inoltre, le successive modifiche hanno riguardato la soppressione - ad opera del Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, articolo 100, comma 1, lett. t), nel comma 2 dello stesso articolo 44, dell'attributo "legittimi" dopo "figli", nonché l'inserimento - ad opera della L. 19 ottobre 2015, n. 173, articolo 4, comma 1, (Modifiche alla L. 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare) -, nell'articolo 44, comma 1, lett. a), dopo le parole "stabile e duraturo", relative al rapporto del minore orfano di padre e di madre con parenti fino al sesto grado, delle parole "anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento".

Il testo vigente della L. 184 del 1983, articolo 44 risulta, pertanto, il seguente: "2. I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7: a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dalla L. 5 febbraio 1992, n. 104, articolo 3, comma 1, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. 2. L'adozione, nei casi indicati nel comma 1, è consentita anche in presenza di figli. 3. Nei casi di cui alle lett. a), e), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi. 4. Nei casi di cui alle lett. a) e d) del comma 1 l'età dell'adottante deve superare di almeno diciotto anni quella di coloro che egli intende adottare".

È, infine, indispensabile tener presente che il tribunale per i minorenni, per ogni ipotesi di adozione non legittimante, oltre all'acquisizione dell'assenso del genitore dell'adottando (articolo 46, comma 1, cit.), deve svolgere l'indagine prevista dal successivo articolo 57, il quale dispone: "Il tribunale verifica: 1) se ricorrono le circostanze di cui all'articolo 44; 2) se l'adozione realizza il preminente interesse del minore primo comma. A tal fine il tribunale per i minorenni, sentiti i genitori dell'adottando, dispone l'esecuzione di adeguate indagini da effettuarsi, tramite i servizi locali e gli organi di pubblica sicurezza, sull'adottante, sul minore e sulla di lui famiglia secondo comma. L'indagine dovrà riguardare in particolare: a) l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti; b)

i motivi per i quali l'adottante desidera adottare il minore; c) la personalità del minore; d) la possibilità di idonea convivenza, tenendo conto della personalità dell'adottante e del minore terzo comma". La lett. a) del terzo comma è stata sostituita ad opera della L. 149 del 2001, articolo 29, che ha esteso l'accertamento da svolgere anche alla "idoneità affettiva".

4.2.2. - Alla luce di tale quadro normativo, l'interpretazione della condizione costituita dalla "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", non può essere scissa ne' dall'esame complessivo dell'istituto dell'adozione in casi particolari ne' dalle modifiche normative medio tempore intervenute, al fine di verificare se la sua ratio originaria possa ritenersi tuttora intatta oppure sia mutata in conseguenza dell'evoluzione del quadro normativo.

Il Procuratore generale ricorrente ed il sostituto Procuratore generale d'udienza aderiscono nettamente alla richiamata "tesi restrittiva" (cfr., *supra*, un. 1. e 1.1.), che si fonda sulla qualificazione della "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" come "impossibilità di fatto": secondo tale tesi, l'inveramento della condizione richiede ineludibilmente la preesistenza di una situazione di abbandono (o di semi abbandono) del minore.

Al riguardo, possono individuarsi tre ragioni giustificative di questa lettura della norma: 1) la valorizzazione dell'intentio legis: l'originaria lett. c), ora lett. d), del comma 1 dell'articolo 44, anche secondo alcuni orientamenti dottrinali espressi nella fase di prima applicazione della norma, doveva essere rivolta a scongiurare l'affidamento a terzi di minori da parte dei genitori mediante l'aggiramento del rigoroso regime dell'adozione legittimante; tale ratio originaria ha, di conseguenza, permeato l'istituto, limitandone anche attualmente l'applicazione a minori in condizioni di prolungata istituzionalizzazione, alla quale non sia seguito, e verosimilmente non possa seguire, l'affidamento preadottivo; 2) l'utilizzazione del sintagma "constatata impossibilità" richiama una situazione di fatto preesistente; 3) la contraria interpretazione "estensiva" come sottolineato anche dal sostituto Procuratore Generale nella sua requisitoria d'udienza - condurrebbe a dichiarare l'adozione in casi particolari tutte le volte che ciò corrisponda all'interesse del minore adottando, con conseguente aggiramento della condizione limitativa imposta dalla legge.

Il Collegio non condivide tale opzione interpretativa.

L'esame critico del suo fondamento va svolto, come già detto, muovendo dal quadro normativo costituito dalla L. 184 del 1983 e dagli altri rilevanti interventi innovativi in tema di filiazione, dianzi delineati. L'analisi deve essere completata con la verifica dell'incidenza del quadro costituzionale e convenzionale, ed in particolare dei principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di "best interest" del minore.

Deve sottolinearsi che l'articolo 44, al comma 1, stabilisce che l'ac-

certamento di una situazione di abbandono (articolo 8, comma 1) non costituisce, differentemente dall'adozione legittimante, una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari, e che tale prescrizione di carattere generale si applica a tutte le ipotesi previste dallo stesso articolo 44, lett. *a)*, *b)*, *c)* e *d)*. Infatti, tale norma dispone che "I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7" e il richiamato articolo 7, al comma 1, stabilisce come condizione necessaria per l'adozione legittimante la dichiarazione di adottabilità, la quale presuppone a sua volta l'accertamento della situazione di abbandono così come prescritto nel successivo articolo 8, comma 1. Risulta pertanto, anche dal mero esame testuale delle norme sopraindicate, che l'adozione in casi particolari può essere dichiarata a prescindere dalla sussistenza di una situazione di abbandono del minore adottando.

La conferma dell'assunto si trae anche dal successivo articolo 11, comma 1, nella parte in cui stabilisce che, relativamente al minore orfano di entrambi i genitori e privo di parenti entro il quarto grado che abbiano con lui rapporti significativi, il tribunale per i minorenni deve dichiarare lo stato di adottabilità, "salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'articolo 44".

Le altre differenze di regime giuridico tra le due diverse categorie di adozione, hanno invece una portata applicativa più limitata. Il limite dovuto alla differenza d'età si applica soltanto alle ipotesi sub *a)* e *d)* e l'estensione alle persone non sposate non riguarda l'ipotesi relativa all'adozione del figlio del coniuge, regolata dalla lett. *b)*.

Deve, pertanto, essere pienamente valorizzata ai fini ermeneutici la portata generale della prescrizione contenuta nel comma 1 dell'articolo 44, secondo la quale -si ribadisce - la preesistenza dello stato di abbandono non costituisce limite normativo all'applicazione della norma nella sua interezza e conseguentemente, per quanto rileva in questa sede, anche all'ipotesi descritta nella lett. *d)*.

Sostenere invece che, per integrare la condizione della "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo", debba sempre sussistere la situazione di abbandono, oltretutto contrastare con l'articolo 44, comma 1 -nella parte in cui ne esclude la necessità per tutte le ipotesi descritte dalla norma, senza distinzione tra le singole fattispecie, come invece si riscontra nel terzo comma dell'articolo 44 relativamente agli altri requisiti relativi all'età o all'insussistenza dello status coniugale -, condurrebbe sempre ad escludere che, nell'ipotesi di cui alla lett. *d)*, l'adozione possa conseguire ad una relazione già instaurata e consolidata con il minore, essendo tale condizione relazionale contrastante con l'accertamento di una situazione di abbandono così come descritta nella L. 184 del 1983, articolo 8 cit., comma 1.

Già sul piano dell'esame testuale delle norme l'adozione in casi particolari si caratterizza per una radicale differenza di disciplina in ordine

alle condizioni di accesso (oltrech  a differenze di rilievo anche quanto agli effetti, il cui esame   per  superfluo) non priva d’influenza sul piano sistematico. Al riguardo, deve ritenersi che vi siano due modelli di adozione, quella legittimante, fondata sulla condizione di abbandono del minore, e quella non legittimante, fondata su requisiti diversi sia in ordine alla situazione di fatto nella quale versa il minore, sia in ordine alla relazione con il richiedente l’adozione.

All’interno di questa diversa categoria di genitorialit  adottiva prevista dal nostro ordinamento, deve rilevarsi che delle quattro fattispecie di adozione in casi particolari descritte nell’articolo 44, quella contrassegnata dalla lett. *d*)   caratterizzata da un grado di determinazione inferiore alle altre tre: nella prima, infatti, vengono esattamente definite le situazioni del minore (orfano di padre e madre) e dell’adottante (parente entro il sesto grado con preesistente rapporto stabile e duraturo con il minore); nella seconda, ugualmente, il minore adottando deve essere figlio, anche adottivo, di un coniuge e l’adottante non pu  che essere l’altro coniuge; nella terza, il minore deve essere orfano di entrambi i genitori e portatore di handicap, mentre non   richiesta alcuna condizione in ordine all’adottante; nella lett. *d*), invece, nessun requisito viene indicato per definire i profili dell’adottante e dell’adottando, essendo soltanto prevista la condicio legis della “constatata impossibilit  dell’affidamento preadottivo”.

L’impostazione di cui alle considerazioni che precedono   del tutto coerente con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 383 del 1999.

Con questa pronuncia, infatti, la Corte – nel dichiarare non fondata, in riferimento all’articolo 3 Cost. e articolo 30 Cost., co. 2, anche la questione di legittimit  costituzionale della L. 184 del 1983, articolo 44, co. 1, lett. *c*), (testualmente corrispondente alla vigente lettera *d* dello stesso articolo 44: cfr., *supra*, n. 4.2.1.) – ha affermato, tra l’altro, che:

- a) “.... la L. 184 del 1983, articolo 44 si sostanzia in una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell’adozione “legittimante”, consentendo l’adozione dei minori “anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell’articolo 1”. In questa logica di apertura, la lett. *c*) fornisce un’ulteriore “valvola” per i casi che non rientrano in quelli pi  specifici previsti dalle lettere *a*) e *b*)”;
- b) “Le ordinanze di rimessione ritengono di dover trarre dal riferimento letterale della disposizione impugnata alla “constatata impossibilit  di affidamento preadottivo” il presupposto interpretativo secondo cui, per far ricorso all’ipotesi prevista dalla lett. *c*) della norma, occorre necessariamente la previa dichiarazione dello stato di abbandono del minore e quindi la declaratoria formale di adottabilit , nonch  il vano tentativo del predetto affidamento. In realt , l’articolo 44   tutto retto dalla “assenza delle condizioni” previste

- dal primo comma del precedente articolo 7 della medesima L. 184: pertanto, gli stessi principi relativi alle prime due ipotesi dell'articolo 44 valgono anche per le fattispecie ricadenti sotto la lett. c)";
- c) "Una ulteriore conferma della adottabilità dei minori in tutti i casi rientranti nelle tre lettere dell'articolo 44 anche quando non sono stati o non possono essere formalmente dichiarati adottabili si trae dal disposto del primo comma del precedente articolo 11. .... È evidente allora che, nelle ipotesi considerate, il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante", ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima. Ciò è pienamente conforme al principio ispiratore di tutta la disciplina in esame: l'effettiva realizzazione degli interessi del minore" (nn. 2. e 3. del Considerato in diritto).

L'attenzione prestata dalla Corte costituzionale all'aspetto della continuità affettiva ed educativa della relazione tra l'adottante e l'adottando, come elemento caratterizzante la realizzazione dell'interesse del minore, anticipa significativamente le linee ispiratrici degli interventi legislativi di riforma della filiazione e degli istituti dell'adozione e della stessa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani, sviluppatasi nell'ultimo decennio intorno al contenuto e alla preminenza del "best interest" del minore anche rispetto all'interesse pubblico degli Stati.

In particolare, quanto ai predetti interventi legislativi, la riforma della filiazione, di recente attuata mediante la L. Delega 10 dicembre 2012, n. 219, ed il già citato D.Lgs n. 154 del 2013, ha modificato incisivamente la preesistente disciplina normativa degli status filiali, stabilendo solo per il figlio l'imprescrittibilità del diritto a far prevalere la verità biologica: questa opzione evidenzia il riconoscimento del rilievo delle relazioni instaurate e consolidate nel tempo tra genitore e figlio sotto il profilo del diritto di quest'ultimo a conservare tale profilo caratterizzante l'identità personale fin dalla nascita. Inoltre, il medesimo principio, rafforzato dal canone dell'assunzione di responsabilità in ordine alle scelte genitoriali fatte consapevolmente, è a fondamento della L. 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 9, commi 1 e 2: in queste norme è stabilito, infatti, che un rapporto di filiazione - sorto per effetto dell'accesso a pratiche di procreazione medicalmente assistita vietate dalle legge, ove il consenso all'accesso a tali pratiche sia ricavabile da atti concludenti - non può essere messo in discussione mediante il disconoscimento di paternità, l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità o l'esercizio del diritto all'anonimato materno. Ancora, la salvaguardia della continuità affettiva costituisce la ratio della già menzionata, recentissima L. 173 del 2015, tanto da costituire il titolo della novella, recante appunto "Modifiche alla L. 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in

affido familiare". Infine, anche l'istituto dell'adozione in casi particolari è stato significativamente lambito dalle riforme legislative sopra indicate: infatti, con riferimento all'indagine da svolgersi ai sensi del menzionato articolo 57, co. 3, lett. a) – nel testo sostituito dalla L. 149 del 2001, articolo 29 – il tribunale per i minorenni, al fine di verificare, oltre alla sussistenza dei requisiti normativi astratti, anche l'effettiva rispondenza dell'adozione richiesta all'interesse del minore, deve operare una specifica valutazione della "idoneità affettiva" del genitore adottante, valutazione la quale non può che essere effettuata sulla base di una relazione preesistente adottante-minore, come tale incompatibile con una situazione di abbandono.

In conclusione, l'interpretazione della espressione "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo" da prescegliere non può che essere quella adottata dalla Corte d'Appello di Roma: coerentemente con il sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva attualmente vigente, deve ritenersi sufficiente l'impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo e non solo quella "di fatto", derivante da una condizione di abbandono in senso tecnico-giuridico o di semi abbandono (articolo 8, comma 1).

4.2.3. – Al riguardo, deve osservarsi che la sentenza di questa Sezione n. 22292 del 2013, con orientamento confermato dalla successiva n. 1792 del 2015, non è in contrasto con la scelta ermeneutica assunta dal Collegio. Le due pronunce definiscono la nozione d'impossibilità dell'affidamento preadottivo in relazione alla richiesta di adozione ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lett. d), da parte di una coppia affidataria riferita ad un minore che era già in affidamento preadottivo presso altra coppia, perché in corso il procedimento volto all'adozione legittimante. In questo peculiare conflitto, la Corte ha ritenuto che l'impossibilità dell'affidamento preadottivo non potesse desumersi dall'allegato contrasto della scelta dell'adozione legittimante con l'interesse del minore. La condicio legis in questione viene, pertanto, esplorata sotto un versante del tutto diverso ed autonomo da quello oggetto del presente giudizio. La menzionata L. 173 del 2015, volta a facilitare l'accesso all'adozione legittimante da parte delle famiglie affidatarie che abbiano condiviso con il minore un lungo periodo di affidamento, è stata introdotta anche al fine di evitare conflittualità quali quelle alla base delle due richiamate pronunce.

L'interpretazione della "impossibilità di affidamento preadottivo" all'interno di conflitti quale quello sopra delineato non osta, in conclusione, alla più ampia opzione ermeneutica che ricomprenda nella formula anche l'impossibilità "di diritto", e con essa tutte le ipotesi in cui, pur in difetto dello stato di abbandono, sussista in concreto l'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami affettivi sviluppatisi con altri soggetti, che se ne prendano cura.

4.2.4. - Il quadro della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani è del tutto coerente con le conclusioni raggiunte, dal momento che si sta sempre più affermando, in particolare nei procedimenti adottivi, il principio secondo il quale il rapporto affettivo che si sia consolidato all'interno di un nucleo familiare, in senso stretto o tradizionale o comunque ad esso omologabile per il suo contenuto relazionale, deve essere conservato anche a prescindere dalla corrispondenza con rapporti giuridicamente riconosciuti, salvo che vi sia un accertamento di fatto contrario a questa soluzione (cfr., tra gli altri, il caso Moretti e Benedetti contro Italia -ricorso n. 16318 del 2007 - deciso con la sentenza 27 aprile 2010, nella quale viene affrontato un conflitto analogo a quello sopra illustrato in ordine alla sentenza di questa Corte n. 22292 del 2013, ma con soluzione che privilegia la relazione istaurata con gli affidatari provvisori; il medesimo principio e' stato affermato nella sentenza Paradiso e Campanelli contro Italia del 27 gennaio 2015 - ricorso n. 25358 del 2012 - la cui fattispecie riguarda un progetto procreativo realizzato mediante gestazione per altri, vietato nel nostro ordinamento).

La Corte, infine, nel caso X ed altri contro Austria (sentenza del 19 febbraio 2013 nel ricorso n. 19010 del 2007), ha riconosciuto anche in tema di adozione del figlio del partner (o adozione cosiddetta "coparentale") la violazione del principio di non discriminazione stabilito dall'articolo 14 della Convenzione in presenza di una ingiustificata disparità di regime giuridico tra le coppie eterosessuali e le coppie formate da persone dello stesso sesso, dal momento che nell'ordinamento austriaco tale forma di adozione era consentita soltanto alle coppie di fatto eterosessuali. La Corte di Strasburgo, al riguardo, ha sottolineato che l'Austria non aveva fornito "motivi particolarmente solidi e convincenti idonei a stabilire che l'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione coparentale aperta alle coppie eterosessuali non sposate fosse necessaria per tutelare la famiglia tradizionale" (par. 151 della sentenza). Il rilievo della pronuncia rispetto al presente giudizio si coglie in relazione all'applicazione del paradigma antidiscriminatorio. Nel caso di una discriminazione fondata sul sesso o l'orientamento sessuale, il margine di apprezzamento degli Stati è limitato, ed il consenso dei medesimi in ordine all'estensione del diritto all'adozione alle coppie formate da persone dello stesso sesso non è immediatamente rilevante (parr. 147, 148, 149), se in concreto si verifica una situazione, come nella fattispecie esaminata dalla Corte, di disparità di trattamento tra coppie di fatto eterosessuali e dello stesso sesso non fondata su ragioni "serie" (non essendovi evidenze scientifiche dotate di un adeguato margine di certezza in ordine alla configurabilità di eventuali pregiudizi per il minore derivanti dall'omogenitorialità, come riconosciuto anche dalla sentenza di questa Corte n. 601 del 2013).

Ne consegue che, coerentemente con i principi sopra affermati, poiché all'adozione in casi particolari prevista dall'articolo 44, comma 1, lett. d),

possono accedere sia le persone singole che le coppie di fatto, l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto ("la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo"), sia in concreto (l'indagine sull'interesse del minore imposta dall'articolo 57, comma 1, n. 2), non può essere svolto - neanche indirettamente - dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner.

Deve sottolinearsi peraltro che, rispetto alla situazione descritta nel par. 91 della sopra citata sentenza X ed Altri contro Austria, il consenso degli Stati aderenti alla CEDU all'adozione legittimante da parte di persone dello stesso sesso e all'adozione cosiddetta coparentale è notevolmente cresciuto rispetto ai dati indicati dalla Corte di Strasburgo nella sentenza medesima: infatti, attualmente, in quattordici Stati (Belgio, Spagna, Paesi Bassi, Portogallo, Francia, Lussemburgo, Regno Unito, Irlanda, Svezia, Norvegia, Danimarca, Irlanda, Malta, Austria) è consentita l'adozione alle coppie dello stesso sesso, mentre in Germania è possibile l'adozione del figlio del partner, così come in Croazia, Estonia e Slovenia, ma non l'adozione *tout court*.

4.2.5. - Si rileva, infine, che la L. 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), entrata in vigore il 5 giugno 2016, non si applica, *ratione temporis* ed in mancanza di disciplina transitoria, alla fattispecie dedotta in giudizio.

5. - La circostanza che la parte soccombente è un ufficio del Pubblico Ministero comporta - in conformità con il costante principio, secondo cui l'ufficio del Pubblico Ministero non può essere condannato al pagamento delle spese del giudizio nell'ipotesi di soccombenza, trattandosi di organo propulsore dell'attività giurisdizionale al quale sono attribuiti poteri, diversi da quelli svolti dalle parti, meramente processuali ed esercitati per dovere d'ufficio e nell'interesse pubblico (cfr., *ex plurimis* e da ultima, la sentenza n. 19711 del 2015) - che non v'è luogo a provvedere sulle spese del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Dispone, ai sensi del Decreto Legislativo n. 196 del 2003, articolo 52, che in caso di diffusione della presente sentenza si omettano le generalità.

# L'adozione del minore alla coppia omosessuale: la cristallizzazione di un *trend* giurisprudenziale

## Considerazioni a margine della pronuncia della Cassazione n. 12962/2016

Daniela Muscillo

(Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche nell'Università di Siena, Italia)

**Abstract** The author comments on the recent decisions of the Supreme Court Chamber and the Courts of appeal concerning the adoption of a child to a homosexual couple. This paper aims to analyze how the courts resolve the problem on the assumption that there is not a specific law allowing homosexual couples to adopt a child.

**Sommario** 1. Analisi del caso. – 2. L'art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184/1983: impossibilità di fatto o giuridica? – 3. Il *fil rouge* dell'interesse del minore nella giurisprudenza: raffronto con la Corte d'Appello di Milano nella sent. 10 dicembre 2015. – 4. In tema di ordine pubblico: Cass. n. 19599/2016 e Corte d'appello di Napoli 30 marzo 2016. – 5. Osservazioni conclusive *de iure condendo*.

**Keywords** Adozione di minore. Adozione del compagno omosessuale. Ordine pubblico. Necessità affidamento preadottivo. Best interest del minore.

### 1 Analisi del caso

La sentenza in epigrafe si occupa della complessa questione inerente all'adozione del figlio del proprio compagno omosessuale<sup>1</sup>.

La Cassazione è chiamata a pronunciarsi, per la prima volta dopo la l. n. 76/2016, in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso, sulla c.d. *stepchild adoption*, ponendosi nella stessa linea interpretativa della decisione della Corte d'Appello di Roma, che conferma, e prima ancora del Tribunale per i minorenni di Roma.

Nel caso di specie, deciso dal Tribunale dei Minorenni di Roma con sentenza n. 299 del 30 luglio 2014, e confermato dalla Corte d'Appello il 23 dicembre 2015, due donne, sposate in Spagna, e conviventi in Italia, a seguito di fecondazione eterologa medicalmente assistita praticata in

<sup>1</sup> Cass., 22 giugno 2016, n. 12962 con nota di C. IRTI, *L'adozione del figlio del convivente (omosessuale): la Cassazione accoglie l'interpretazione evolutiva dell'art. 44 lett. d)*, l. n. 184 del 1983 in *Famiglia*, pp. 295-318; S. CELENTANO, *Nota a Cass. 12692/16*, reperibile sul sito [www.Questionegiustizia.it](http://www.Questionegiustizia.it); M. FINOCCHIARO, *Stepchild adoption: quella "forzatura" della Cassazione*, in *Guida dir.*, 2016, n. 29, pp. 19 e 25; A. FIGONE, *La Cassazione dice sì alla Stepchild Adoption*, in *Dir. e giust.*, 2016, n. 29, p. 61; A. FIGONE, *Figlio di due madri: la Cassazione lo ammette*, in *Dir. e giust.*, 2016, n. 56, p. 10.

Spagna, avevano generato una figlia. La bambina, nata grazie alla donazione di gameti maschili, cresceva quindi con una madre biologica ed una sociale, entrambe chiamate mamma. Dunque, trasferitesi in Italia, la madre sociale chiedeva di adottare la bambina della propria compagna regolarmente sposata in Spagna.

La Corte *in limine* si pronuncia sulla richiesta di rimessione alle Sezioni Unite formulata dal sostituto Procuratore Generale osservando che l'istanza *ex art.* 376 c.p.c. e 139 disp. att. c.p.c. rappresenta una mera sollecitazione di un potere discrezionale, e come tale, non è soggetto all'obbligo di motivazione, pertanto rigetta l'istanza poiché la circostanza che la questione riguardi diritti individuali o relazionali di più recente emersione ed attualità non è sufficiente a qualificarla come «di massima e particolare importanza».

Le questioni portate alla luce dal Procuratore Generale sono essenzialmente due, corrispondenti ai due motivi di ricorso: il conflitto "potenziale" tra l'interesse della madre a ottenere riconoscimento giuridico alla propria unione omosessuale e quello della minore, di talché si paleserebbe la necessità della nomina di un curatore speciale che tuteli gli interessi della minore; l'interpretazione a cui accedere nell'applicazione della "impossibilità di affidamento preadottivo" *ex art.* 44, co. 1, lett. d) l. n. 184/1983.

Per ciò che concerne le motivazioni del rigetto del primo motivo, la S.C. non si discosta da quanto statuito dalla Corte d'Appello di Roma, sostenendo che la necessità dell'assenso del genitore dell'adottando (art. 46, l. n. 184/1983) costituisce indice normativo astratto idoneo a escludere una situazione di conflitto che però deve essere verificato concretamente dal Giudice. Nel caso di specie tale verifica non difetta, essendo le motivazioni addotte a sostegno della propria decisione, pertinenti e soddisfacenti. La Corte, infatti, chiarisce espressamente che il conflitto si esplicherebbe nell'interesse della madre al riconoscimento della propria relazione omosessuale, ma che tale riconoscimento, a meno che non si ritenga contrastante *in re ipsa* con l'interesse della minore, non sembra essere ostativo al perseguimento del *best interest* della minore.

## **2 L'art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184/1983: impossibilità di fatto o giuridica?**

Proprio in riferimento all'interesse superiore del minore, nella sentenza della Suprema Corte si affronta il tema dell'impossibilità di affidamento preadottivo di cui all'art. 44, co. 1 lett. d) l. n. 184/1983, alla luce della non univoca interpretazione giurisprudenziale. La questione da dirimere è se per impossibilità s'intenda la sola impossibilità di fatto, accedendo ad una interpretazione più rigorosa, o viceversa, il requisito sarebbe integrato

anche da una impossibilità giuridica di dar luogo a tale affidamento dovuta alla mancanza di una dichiarazione di adottabilità o all'impossibilità di una dichiarazione di adottabilità per l'inesistenza di una situazione di abbandono. La questione era estremamente rilevante, poiché volendo accedere alla interpretazione più restrittiva, sarebbero mancati i presupposti applicativi per l'adozione in casi particolari.

La pronuncia, ribadendo quanto affermato dalla Corte d'Appello di Roma, si esprime a favore dell'interpretazione estensiva, evidenziando la caratteristica di residualità della clausola che sarebbe inficiata da un'interpretazione troppo rigorosa, rammentando che la *ratio* sottesa all'istituto è la valorizzazione dei legami esistenti con il minore al fine di porre in essere il suo interesse superiore, principio che trova un'espressa manifestazione all'art. 57, n. 2. Nonostante tutta la normativa sull'adozione si ispiri alla realizzazione di tale interesse, l'esigenza avvertita dal legislatore di far esplicito riferimento ad esso trova ragione proprio nel prospettato rilievo che la norma chieda requisiti meno rigorosi di quelli previsti per gli adottanti in via legittimante, con un procedimento più rapido e semplificato. Analizzando il profilo storico-evolutivo della norma, anche in ossequio alla giurisprudenza costituzionale e comunitaria in materia, la Corte trae l'esistenza del nostro ordinamento di due modelli di adozione: l'adozione legittimante, fondata sul presupposto della condizione di abbandono del minore, e l'adozione non legittimante, fondata su presupposti diversi sia per quanto riguarda la situazione in cui vive il minore, sia per ciò che concerne i rapporti tra adottante e adottato. Nella seconda categoria rientrano le quattro fattispecie riportate alle lettere *a)*, *b)*, *c)* e *d)* dell'art. 44 della legge sull'adozione. La lett. *d)* è caratterizzata da una maggiore indeterminatezza, non essendo definiti i profili dell'adottante e dell'adottato, poiché prevista solamente la *conditio legis* della "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo". Queste caratteristiche strutturali, lette alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale<sup>2</sup>, e della *ratio legis*, consentono alla Corte di ritenere l'art. 44 come una clausola residuale che permette di favorire il consolidamento di rapporti tra minore e persone che già si prendono cura di lui.

Del resto, accedendo a una interpretazione restrittiva<sup>3</sup>, si opterebbe per

2 Una tra tutte: C. Cost., 7 ottobre 1999, n. 383 reperibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

3 Interpretazione restrittiva dell'espressione "impossibilità di affidamento preadottivo" talvolta avallata dalla Corte come nella Cass., 2 febbraio 2015, n. 1792, reperibile sul sito [www.italgiureweb.it](http://www.italgiureweb.it), che richiama la sentenza n. 22292 del 2013, secondo la quale la «constatata impossibilità di affidamento preadottivo è "nozione che attiene solo all'ipotesi di mancato reperimento (o rifiuto) di aspiranti all'adozione legittimante, e non a quella del contrasto con l'interesse del minore, essendo le fattispecie previste dalla norma (art. 44) tassative e di stretta interpretazione». [...] «È contrario alla *ratio legis* dell'art. 44 dilatare la nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo" ricomprendendovi non solo l'ipotesi

un'applicazione anacronistica della norma, rifacendosi alla prima prassi applicativa, seguita negli anni ottanta, secondo la quale si riteneva che la norma facesse riferimento ai minori adottabili ma non collocabili in affidamento preadottivo, o perché affetti da gravi problemi sanitari e/o psicologici, comunque con caratteristiche tali da non poter essere accolti in affidamento preadottivo da alcuna delle coppie aspiranti all'adozione legittimante, o perché il forzoso distacco dagli affidatari abusivi avrebbe creato nel minore traumi irreversibili<sup>4</sup>.

L'interpretazione estensiva, oltre a essere conforme alla *littera legis*, permette un'applicazione della norma più in linea con i principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 3, consentendo di disporre l'adozione di minori anche alle coppie conviventi<sup>5</sup>. Non va peraltro trascurato che il dettato normativo non è chiaro nel senso di prevedere come presupposto dell'adozione in casi particolari l'impossibilità dell'affidamento preadottivo senza ulteriori specificazioni, ricomprendendovi sia l'impossibilità di fatto dell'affidamento preadottivo sia quella di diritto. Invero, un'interpreta-

*del mancato reperimento (o del rifiuto) di aspiranti all'adozione legittimante ma anche l'ipotesi del contrasto con l'interesse del minore, in quanto criterio guida di tutta la normativa sull'adozione. La valutazione dell'interesse del minore non è affatto esclusa da una interpretazione coerente alla volontà del legislatore di configurare un istituto specifico e destinato ad operare solo in casi particolari ma trova la sede propria di valutazione nel giudizio relativo allo stato di adottabilità e nel procedimento di adozione. Ne deriva che l'ipotesi dell'adozione per impossibilità di affidamento preadottivo rappresenta una ipotesi subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante e non può essere messa sullo stesso piano e comparata con la concreta possibilità di un affidamento preadottivo. Vi è in sostanza nel sistema normativo una scelta del legislatore per l'adozione legittimante che può essere disattesa solo nel caso in cui il suo esito sia negativo. Tale scelta del legislatore si basa, anch'essa, sulla tutela dell'interesse del minore sia dal punto di vista delle maggiori garanzie procedurali che conducono all'adozione legittimante sia con riferimento agli effetti dei due istituti, dato che l'adozione legittimante appresta, nella visione del legislatore, una migliore realizzazione dell'interesse del minore con il suo inserimento a pieno titolo nel nucleo familiare dei genitori adottivi».*

4 Trib. Roma, 30 luglio 2014, *Foro it.*, 2014, I, c. 2743; con nota di N. CIPRIANI, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali*, in *Dir. fam.*, 2015, I, p. 176; R. CARRANO - M. PONZANI, *L'adozione il minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e il riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*, in *Dir. fam.*, 2014, p. 1550; G. ZACCARO, *Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*, in *Questione Giust.*, 4 settembre 2014; J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, pp. 117 ss.; M.M. WINKLER, *Genitori non si nasce: una sentenza del Tribunale dei minorenni di Roma in materia di second-parent adoption all'interno di una realtà omogenitoriale*, in *Giust. civ.*, 13 novembre 2014, p. 10 ss.; M. GATTUSO, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è «sana e meritevole di essere riconosciuta»*, reperibile sul sito [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); R. DANOVÌ - R. PESCE, *Il tribunale per i minorenni di Roma ha disposto l'adozione in «casi particolari» di un minore da parte del convivente omosessuale del genitore biologico: motivazioni e prospettive*, reperibile sul sito [www.spiaaldiritto.it](http://www.spiaaldiritto.it); A. SCHILLACI, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*, reperibile sul sito [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

5 Trib. min. Milano, 28 marzo 2007, n. 626, reperibile sul sito [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

zione diversa rispetto a quella data non consentirebbe il perseguimento dell'interesse preminente del minore in situazioni, come quella in esame, in cui il figlio di un soggetto convivente abbia con l'adottante un rapporto del tutto equivalente a quello che si instaura normalmente con un genitore, al quale però l'ordinamento negherebbe qualsiasi riconoscimento e tutela.

Del resto, proprio sulla scorta del principio del *best interest*, la Corte d'Appello nella sentenza confermata dalla Cassazione, aveva valutato concretamente ogni aspetto della vita del minore per giungere alla pronuncia favorevole alla sua adozione da parte del compagno omosessuale del proprio genitore.

Infatti, altro importante principio cristallizzato nella sentenza di secondo grado è che l'indagine che il giudice è tenuto a compiere, deve essere completa, nel senso di toccare ogni ambito della vita del minore valutando la serenità affettiva e la capacità educativa dell'adottante con riferimento ai profili di sostegno allo sviluppo della personalità del minore: istruzione, salute, socialità, rapporti con il nucleo familiare, stato di benessere coinvolgente aspetti ludici, sociali, scolastici, ricreativi, affettivi, culturali, educativi e materiali che concorrono ad assicurare e soddisfare la sua serenità. La valutazione testé esplicita deve interessare la condizione del minore al momento dell'indagine, essendo oggettivamente impossibile compiere alcuna previsione sulla vita futura e sulla effettiva crescita equilibrata del minore.

Principio quest'ultimo senz'altro condivisibile, esplicitazione concreta di quanto asserito da giurisprudenza di legittimità<sup>6</sup>, secondo cui l'idea della dannosità della crescita in una famiglia omosessuale deriva da un mero pregiudizio, non essendo fondata su certezze scientifiche o dati di esperienza. Se le Corti avallassero tale pregiudizio, darebbero per scontato ciò che invece è da dimostrare, ovvero, che l'interesse preminente del minore non possa essere realizzato nel suddetto contesto.

6 Cass. 11 gennaio 2013, n. 601, *Foro it.*, 2013, I, p. 1193 con nota di richiami di G. CASABURI; F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio ... è nella valutazione del pregiudizio! a proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 574. Per un particolare approfondimento sul tema dell'educazione dei figli all'interno della famiglia omosessuale si veda Trib. Napoli 18 dicembre 1984, in *Dir. fam. e pers.*, 1985, 229 ss., in partic. p. 230. Parte della dottrina, espressamente parla di «valutazione della personalità morale del coniuge affidatario», nella convinzione «che l'educazione può essere data anzitutto con l'esempio della propria vita» (in questo senso v., in particolare, S. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi e il divorzio*, Milano, 1996, p. 379); in senso contrario chi, reputa che questo criterio vada «utilizzato con grande cautela» (in particolare, v. F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 395).

### 3 **Il *fil rouge* dell'interesse del minore nella giurisprudenza: raffronto con la Corte d'Appello di Milano nella sent. 10 dicembre 2015**

Sembra opportuno a questo punto evidenziare come il principio abbia trovato spazio nella giurisprudenza nazionale, ponendo particolare attenzione alla sentenza della Corte d'appello di Milano.

Il caso meneghino riguarda la richiesta di riconoscimento agli effetti civili interni dell'ordinanza di adozione spagnola della figlia della propria compagna, con riconoscimento degli effetti legittimanti della predetta adozione, nonché ordine di trascrizione del provvedimento all'ufficiale di stato civile, negati in primo grado dal Tribunale per i minorenni di Milano<sup>7</sup>.

Nonostante la divergenza fattuale, il tema centrale che accomuna le argomentazioni delle Corti è il *best interest* del minore, utilizzato nella sentenza meneghina al fine di escludere la contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione del provvedimento straniero, e in quella della Suprema Corte per valutare l'opportunità dell'adozione e la valorizzazione dei legami preesistenti.

La sentenza della Corte d'appello di Milano sembra essere ancor più foriera d'innovazione di quella della Cassazione, poiché per la prima volta accosta alla famiglia omosessuale l'istituto dell'adozione legittimante<sup>8</sup>. *L'iter* argomentativo della Corte si sviluppa partendo dalla negazione della trascrizione dell'atto di matrimonio contratto in Spagna e successivo divorzio della coppia omosessuale, in ossequio a quanto stabilito nella nota sentenza della S.C. che qualificava tale tipologia di atto non produttivo di effetti giuridici nel nostro ordinamento<sup>9</sup>.

7 Due cittadine italiane hanno intrecciato a partire dal 1999 una relazione affettiva. A seguito di fecondazione eterologa assistita una ha partorito la minore, da lei sola riconosciuta; la coppia CC-SS ha convissuto, formando una famiglia, unendosi in matrimonio in Spagna nel 2009. Le due donne hanno cresciuto, mantenuto ed educato insieme la bambina sin dalla sua nascita, tanto che nel 2010 su richiesta di entrambe, viene emessa l'ordinanza con cui è stata dichiarata l'adozione della minore da parte coniuge della madre biologica della bambina.

8 In senso contrario si v. Cass. 14 febbraio 2011, n. 3572, *Foro it.*, 2011, I, c. 728 con nota di richiami di G. DE MARZO; v. anche G. MAGNO, *Sulla delibazione di provvedimento straniero recante adozione di minore a favore di persona non congiunta*, in *Dir. fam.*, 2012, I, p. 131B.

9 Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, *Foro it.*, 2012, I, c. 2727 con nota di R. ROMBOLI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei "dicta" della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di cassazione*; v. anche C. SGOBBO, *Il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso: la cassazione abbandona la qualifica di "atto inesistente" approdando a quella di "non idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento interno"*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 2183B; M. GATTUSO, *Il dialogo tra le Corti*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin [et al.], Torino 2010, p. 159; B. PEZZINI, *La*

Dunque, il matrimonio nel nostro ordinamento - *res sic stantibus* - non è un istituto *gender-neutral*, ma a connotazione eterosessuale, così come si deduce da plurimi riferimenti normativi che, seppur non esplicitamente, sottendono una concezione eterosessuale dell'istituto, facendo riferimento ai contraenti come "marito" e "moglie". A riprova di quanto affermato si prendano ad esempio gli artt. 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis c.c. e corrispondenti disposizioni relative ai casi di scioglimento del vincolo<sup>10</sup>. Tesi sostenuta anche nelle pronunce della Consulta n. 138/2010<sup>11</sup> che - dichiarando inammissibile la questione sollevata in riferimento all'art. 2

*sentenza n. 4184/2012 della Corte di Cassazione, in Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione a cura di R. Torino, Roma, 2013; S. PATTI, I diritti delle persone omosessuali e il mancato riconoscimento del matrimonio contratto all'estero, in Fam. pers. e succ., 2012, p. 456 ss.; M. FINOCCHIARO, Matrimonio estero non trascrivibile in Italia se celebrato tra persone dello stesso sesso. L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento, in Guida dir., 2012, p. 35 ss. Per un ulteriore approfondimento sul tema si veda Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, in Nuova giur. civ. comm., 2015, I, pp. 649 e ss., con nota di T. AULETTA, Ammissibilità nell'ordinamento vigente del matrimonio fra persone dello stesso sesso; Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, ivi, 2015, I, pp. 777 ss., con nota di M. AZZALINI, Dal "divorzio imposto" al matrimonio "risolutivamente condizionato": le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale.*

Per un approfondimento generale del tema si v. G. FERRANDO, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 574.

**10** Cfr. Cons. St. 26 ottobre 2015, n. 4899 *Dir. giust.*, 2015, fasc. 39, 61, con nota di M. BOMBI, *Registrazione dei matrimoni tra omosessuali stipulati all'estero e poteri del prefetto*.

**11** Cfr. Cons. St., 15 aprile 2010 n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1361 ss., con note di R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*. La dottrina nel commentare la sentenza oscilla, tra il ritenere che la decisione n. 138 sia storica o comunque in grado di durare nel tempo (F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla «spiegazione» al matrimonio al «diritto» alla convivenza*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, pp. 1195 ss.; P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 537 ss.) ed il manifestare una sostanziale delusione per la risposta fornita dalla Corte, eccessivamente timida, se non proprio contraria un'effettiva tutela dei diritti fondamentali (P. CHIASSONI, *La grande elusione. Tecnica e cultura nella giurisprudenza sul matrimonio omosessuale*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, pp. 863 ss.). Si veda altresì anche M. GATTUSO, *La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. e dir.* 2010, p. 653. Successivamente, con ordinanza n. 276 del 2010, in *Fam. e dir.*, 2011, 18 con nota di A. RIVIEZZO, *Sulle unioni omosessuali la corte ribadisce: «questo matrimonio non s'ha da fare (se non lo vuole il legislatore)»*, in *Fam. dir.*, 2011, pp. 20 ss.; P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus l'inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, 2010, pp. 361 ss.; R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale e di fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, pp. 527 ss.; N. COLAIANNI, *Matrimonio omosessuale e Costituzione*, in *Corr. giur.*, 2010, pp. 845 ss.; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 2715 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettera non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, pp. 2697 ss.; A. D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio «nun s'ha da fare»*, reperibile sul sito [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); e con ordinanza n. 4 del 2011, la

Cost. - ha demandando la scelta della regolamentazione dell'unione omosessuale al legislatore, nonché alla sent. n. 170/2014<sup>12</sup> che, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli articoli 2 e 4 della l. 14 aprile 1982, n. 164 il riferimento all'art. 2 Cost - poiché non si prevedeva il mantenimento del rapporto di coniugio a seguito della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi - ha nuovamente rimesso la disciplina delle unioni omosessuali al legislatore<sup>13</sup>.

Neppure la normativa comunitaria e convenzionale, così come interpretata dalla Corte EDU, impone il riconoscimento nell'ordinamento italiano del diritto dell'omosessuale a contrarre matrimonio, limitandosi a considerarlo lecito, ma delegando la disciplina al singolo Stato membro, a cui si riconosce un certo margine di discrezionalità in materia, non essendoci uniformità di vedute<sup>14</sup>.

Assodata l'intrascrivibilità del matrimonio, e di conseguenza del divorzio, la Corte esamina la domanda di trascrizione dell'adozione c.d. "piena" avvenuta in Spagna.

Il problema centrale in questo caso, così come individuato dall'ufficiale di Stato Civile, sussiste ove il requisito per l'adozione "piena" ex art. 44, co. 1, lett. b), è il rapporto di coniugio della coppia, rapporto escluso nel nostro ordinamento per le motivazioni sopraesposte.

In base agli artt. 65 e 66 della l. 31 maggio 1995, n. 218 in materia di diritto internazionale privato i provvedimenti stranieri relativi alla capacità

Corte ha deliberato sulle questioni di legittimità proposte dalla Corte d'Appello Firenze e dal Tribunale di Ferrara.

**12** C. Cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro .it*, 2014, I, pp. 2674 ss., con note di R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, e di S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*.

**13** R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, *Foro it.*, 2010, I, pp. 1366 ss.; L. PALADINI, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, I, 2011, p. 137 - 151; F. SAITTO, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" dalla coppia*, in *Giur. cost.*, 2014, III, p. 2706B.

**14** Corte EDU 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Diritti politici e civili*, n. 210; per esteso in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1137 con nota di M.M. WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*; v. anche G. IORIO, *La trascrizione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso: tra ordinamento vigente e giurisprudenza 'creativa'*, in *Stato civ. it.*, 2015, pp. 10-14; R. CONTI, *Convergenze (inconsapevoli o ... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 579 ss.; L. CONTE, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr. Giur.*, 2011, pp. 573 ss.; E. ROSI, *Il matrimonio gay nella giurisprudenza di Strasburgo. Matrimonio tra persone dello stesso sesso: not yet*, reperibile sul sito [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

delle persone o all'esistenza di rapporti di famiglia, come quelli di volontaria giurisdizione, sono automaticamente riconosciuti e hanno effetto nell'ordinamento italiano quando producono effetti nell'ordinamento dello Stato in cui sono stati pronunciati, non sono contrari all'ordine pubblico e sono stati rispettati i diritti della difesa.

La nozione di ordine pubblico viene valutata alla luce della recente sentenza della Cassazione 19405/2013<sup>15</sup> che identifica quale ordine pubblico internazionale il complesso di principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento interno in un preciso periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comune a diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

L'interpretazione utilizzata dalla Corte si confà ai principi costituzionali dettati in materia di adozione di minori all'art. 30 secondo cui "*la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale*", al più generale principio dell'interesse preminente del minore, così come sancito nella convenzione sui diritti del fanciullo, all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, letto in combinato disposto con il principio di non discriminazione di cui all'art. 14.

La Corte conclude per la non contraddittorietà all'ordine pubblico, anche in riferimento a quanto previsto dall'art. 25 della legge in materia di adozione che, nel corso di un affidamento preadottivo alla coppia consente, nell'esclusivo interesse del minore, che l'adozione possa essere disposta anche nei confronti del solo coniuge che abbia deciso di porre fine alla convivenza coniugale separandosi. Alla stregua di tale previsione normativa la giurisprudenza non può che pronunciarsi in favore della non contrarietà all'ordine pubblico interno dell'adozione da parte di una persona singola. Assodata la non contraddittorietà nell'ordinamento italiano dell'adozione di un minore da parte di una persona non coniugata, anche in riferimento a quanto disposto dall'art. 44, co. 1, lett. d) della legge in materia di adozione, con le considerazioni anzidette circa la non necessaria presenza dello stato di abbandono, la Corte utilizza nuovamente il principio del *best interest* per riconoscere tra l'adottante e il minore un rapporto di adozione "piena" come sancito nel provvedimento spagnolo.

Del resto, l'interpretazione del concetto di ordine pubblico in relazione al *best interest* del minore non è una novità nel panorama giuridico<sup>16</sup>, in condizioni parzialmente diverse, aveva concesso la trascrizione dell'atto

15 Cass. 22 agosto 2013, n. 19405, *Foro it.*, 2015, I, p. 2909 con nota di M. CASORIA, «*Per aspera sic itur ad astra*»: la risarcibilità del danno «parentale» assurge a principio di ordine pubblico internazionale.

16 Corte App. Torino, 29 ottobre 2014, *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Minore, infanzia e maternità*, n. 32, confermata da Cass. 30 settembre 2016, n. 19599; G. NOTO LA DIEGA, *La trascrizione del certificato di nascita del figlio di coniugi "same sex". Filiazione omogenitoriale, ordine pubblico internazio-*

di nascita del minore recante tra i genitori due donne.

#### **4 In tema di ordine pubblico: Cassazione 19599/2016 e Corte d'appello di Napoli 30 marzo 2016**

Sotto diverso punto di vista si pone la sentenza che ha interessato la Corte d'appello di Torino prima, e la cassazione poi.

Il caso riguarda il certificato di nascita di un minore figlio di una coppia formata da due donne, una spagnola e l'altra italiana, unite in matrimonio in Spagna nel 2009, entrambe madri del minore, in quanto una ha donato gli ovuli, e l'altra ha portato avanti la gravidanza fino al parto.

Il procedimento nasce perché le donne, trasferitesi in Italia, chiedono la trascrizione dell'atto di nascita del minore, quindi l'accertamento del rapporto di filiazione tra il minore e la madre che ha fornito gli ovuli, ma non ha partorito.

Sembra interessante esaminare il caso perché le argomentazioni delle pronunce, più che strettamente giuridiche, hanno riguardato profili pratici e opportunistici della vita del minore, concludendo in favore della trascrizione poiché in mancanza di essa si sarebbero verificati molti e più gravi pregiudizi alla vita della piccola. Anche la Cassazione, non ravvisa una contrarietà all'ordine pubblico, dovendosi privilegiare, in tali occasioni, il diritto alla continuità dello *status filiationis*.

I punti su cui s'interroga la Corte d'Appello sono essenzialmente due: se sia possibile riconoscere un nucleo familiare costituito da un figlio e due madri ovvero se l'omosessualità delle donne costituisca un ostacolo; se l'atto di nascita del minore, nato dall'inseminazione eterologa in Spagna e avente due madri sia contrario o meno all'ordine pubblico. A questi due interrogativi, mediante ricorso in Cassazione, se ne aggiungono altri due: l'assimilabilità alla disciplina della maternità surrogata della situazione di fatto e la superabilità del principio secondo cui la madre è colei che partorisce.

Preso atto di questo moltiplicarsi di figure genitoriali si è imposta al giudice di legittimità la necessità di chiarire i rapporti tra la maternità surrogata e quanto invece accaduto nel caso di specie, ovvero l'impianto dell'ovulo di una *partner A* nell'utero della *partner B* che ha portato avanti la gestazione e partorito. La Cassazione si esprime nel senso della non assimilabilità delle due fattispecie. Per quanto attiene al secondo profilo di analisi, nonostante si riconosca la protezione accordata dall'ordinamento alla maternità, così come disposto dall'art. 31, co. 2 cost., nega che tale

*le e interesse del minore nella recente giurisprudenza torinese, in Dir. civ. cont., 19 gennaio 2015.*

posizione si manifesti esclusivamente con il parte, relegando, così, *nel mondo dell'irrelevanza giuridica la trasmissione del patrimonio genetico racchiuso nell'ovulo donato dalla donna*<sup>17</sup>.

Interessanti considerazioni sui concetti di *best interest* del minore e della compatibilità della sentenza straniera di adozione piena della coppia omosessuale, vengono altresì svolti dalla recente ordinanza della Corte d'Appello di Napoli che, occupandosi della richiesta di riconoscimento della sentenza francese di adozione piena di due minori in favore della coppia omosessuale, si premura di precisare che la valutazione dell'interesse preminente del minore non spetta al giudice italiano, ma al giudice dello Stato che ha emesso il provvedimento di adozione, spettando al giudice nazionale, la sola valutazione circa la contrarietà all'ordine pubblico della pronuncia. Il caso concreto preso in esame non si discosta da quelli venuti all'attenzione delle Corti precedentemente: una coppia omosessuale, regolarmente sposata in Francia, chiede la trascrizione delle adozioni piene ottenute nello Stato francese dei rispettivi figli biologici, nati mediante la tecnica della fecondazione artificiale. *In limine* la Corte chiarisce che la normativa applicabile è quella relativa alle adozioni nazionali e non quella più complessa riservata al caso delle adozioni internazionali. Nel sostenere questo, la Corte richiama la sentenza della Corte Costituzionale n. 74/2016 che aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità sollevata dal Giudice del Tribunale per i minorenni di Bologna che in un caso analogo aveva errato nell'inquadramento normativo della fattispecie, facendo riferimento all'art. 36, co. 4, l. n. 184/1983, invece che agli artt. 65 e 66 della l. n. 218/1995. La valutazione circa la contrarietà all'ordine pubblico è del tutto positiva, non rinvenendo, i Giudici, alcuna ragione per ritenere contrario all'ordine pubblico il provvedimento straniero che abbia statuito l'adozione piena tra persone unite in matrimonio e i rispettivi figli riconosciuti dei coniugi, anche dello stesso sesso, una volta valutato in concreto che il riconoscimento dell'adozione, e quindi il riconoscimento di tutti diritti e doveri scaturenti da tale rapporto, corrispondono *all'interesse superiore del minore al mantenimento della vita familiare costituita con ambedue le figure genitoriali e al mantenimento delle positive relazioni affettive ed educative con loro si sono consolidate, in forza della protratta convivenza con ambedue e dei provvedimenti di adozione*<sup>18</sup>.

Sembra, infine, opportuno accennare alla pronuncia della Corte Costi-

17 C. IRTI, *Digressioni attorno al "mutevole" concetto di ordine pubblico*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 3, 481 e ss.

18 Per un approfondimento sul punto A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, 4, 471 e ss.; C. IRTI, *Digressioni attorno al "mutevole" concetto di ordine pubblico*, p. ult. cit.; C. BENATI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, III, 241 e ss.; A. MEN-

tuzionale intervenuta recentemente in materia che, nonostante concluda con un giudizio di inammissibilità, sembra lasciare aperto uno spiraglio a una pronuncia di merito qualora la *quaestio iuris* sia inquadrata normativamente in modo adeguato dal giudice *a quo*<sup>19</sup>.

## 5 Osservazioni conclusive *de iure condendo*

Il principio del preminente interesse del minore sembra la chiave di volta fornita alla giurisprudenza per adeguare il diritto di famiglia ad una società in costante evoluzione, in contrapposizione alla statica lentezza del nostro legislatore, che solo recentemente ha mosso i primi passi verso la tutela delle coppie omosessuali, senza occuparsi, tuttavia, dei rapporti di filiazione. Esso è al contempo un principio generale dell'ordinamento giuridico e una clausola generale ampiamente richiamata nel diritto positivo nazionale e sovranazionale poiché idoneo a guidare l'interprete nella risoluzione del caso concreto con la pronuncia che meglio si confà alle esigenze del minore, anche in deroga alle garanzie sostanziali e procedurali ritenute, in astratto, dal legislatore, idonee all'interesse del minore.

Tuttavia, non si possono ignorare due profili critici imputabili alla mancanza di disciplina in punto di *stepchild adoption* della recente l. n. 74/2016.

Il primo, come notato da pressoché unanime dottrina, è che l'applicazio-

DOLA, *L'interesse del minore tra ordina pubblico e divieto di maternità surrogata*, in *Vita not.*, 2015, II, pp. 674 ss.

19 C. Cost., 24 febbraio 2016, n. 76. La controversia nasce e riguarda due donne, entrambe in possesso della cittadinanza americana, e solo una in possesso anche di quella italiana per discendenza. La donna cittadina solo statunitense, concepisce mediante fecondazione assistita eterologa una bambina che viene successivamente e regolarmente adottata dalla sua compagna, mediante una sentenza del Tribunale dello Stato dell'Oregon. Trasferitesi in Italia, le due donne chiedono il riconoscimento del provvedimento di adozione emesso dallo Stato americano.

Il Tribunale di Bologna solleva questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della l. n. 184/1983 nella parte in cui - come interpretati secondo diritto vivente: «*non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia.* Nel "considerato in diritto" della pronuncia si evince che secondo la Corte il giudice *a quo* ha erroneamente inquadrato la fattispecie nell'alveo dell'art. 36 della suddetta legge, considerando che al momento dell'adozione l'adottante era solo cittadina americana e che l'adozione pronunciata per gli Stati Uniti d'America riguardava una bambina di cittadinanza americana. Diversamente, l'articolo in questione è «*volto ad impedire l'elusione, da parte dei soli cittadini italiani, della rigorosa disciplina nazionale in materia di adozione di minori in stato di abbandono, attraverso un fittizio trasferimento della residenza all'estero. Pertanto, l'inadeguata individuazione, da parte del giudice rimettente, del contesto normativo determina, dunque, un'erronea qualificazione dei fatti sottoposti al suo giudizio, tale da riverberarsi sulla rilevanza delle questioni proposte*».

ne dell'art. 44, l. n. 184/1983 a tutela del diritto dell'omosessuale ad adottare il figlio del proprio *partner* è una chiara forzatura della *ratio* e della disciplina dell'adozione in casi particolari. L'adozione in casi particolari, artt. 44 ss., è stata introdotta dalla l. n. 184/1983 per tutelare il diritto del minore alla famiglia in situazioni che non avrebbero consentito di giungere ad un'adozione piena ma nella quali, tuttavia, l'adozione rappresenta una soluzione opportuna ed auspicabile.

Il diritto prioritario del minore è essere cresciuto ed allevato dalla propria famiglia che, attraverso l'istituto riceve un sostegno necessario per fronteggiare la situazione di difficoltà. Diversamente, allorché la famiglia d'origine non sia assolutamente in grado di garantire i diritti del minore, si procede con la dichiarazione dello stato di abbandono, così da renderlo adottabile<sup>20</sup>.

L'adozione *ex art. 44*, infatti, come chiarito da giurisprudenza di legittimità, è una "clausole residuale" e come tale dovrebbe essere utilizzata solo qualora, per le circostanze del caso concreto, sia idoneo ad assicurare l'interesse del minore un soggetto che eccezionalmente non disponga dei requisiti dell'adozione legittimante.

Alla luce di ciò, a parere della scrivente, è chiaramente inidoneo, in quanto clausola residuale, e quindi eccezionale per definizione, a diventare prassi applicativa per la *stepchild adoption*. Tanto più se si considera, come secondo punto di criticità, che la mancanza di una disciplina precisa sul tema apre la porta alla discrezionalità del Giudice, che può legittimamente ritenere che l'art. 44 non si confaccia all'adozione nella coppia omosessuale.

Ad avallare quest'ultima osservazione, è intervenuta pochi giorni orsono una pronuncia del Tribunale di Milano<sup>21</sup>, che sostiene: «*L'adozione è un istituto giuridico che prescinde dal dato biologico e richiede, quindi, un modello giuridico di riferimento*». E siccome «*non può riconoscersi – dice il tribunale – alcuno stato di abbandono materiale o morale delle minori, che anzi godono certamente di particolare attenzione da parte sia delle madri biologiche che delle rispettive compagne, ogni orientamento estensivo*» si scontra contro lo spirito e gli articoli delle leggi sino ad oggi in vigore. E, pur analizzando cavillosamente le sentenze romane e la giurisprudenza il tribunale dei minori, va ricordato che la corte di Strasburgo "ha sempre negato l'esistenza di un diritto ad adottare" e ha ripetuto che "spetta allo

20 Per un approfondimento generale sul tema si v. L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 4, *Persone e famiglia*, III, Torino, 1997; COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, pp. 951 ss.; G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, II, 2012, pp. 679 ss. (ed ivi ampi riferimenti bibliografici).

21 Trib. Milano, 17 ottobre 2016, n. 261.

*Stato regolare l'adozione"».*

In conclusione, dunque, sembra auspicabile un intervento normativo che chiarisca la posizione del legislatore sul punto, evitando la situazione di compromesso tra le forze politiche che si è vista all'indomani della c.d. legge Cirinnà, che demanda la scelta alla giurisprudenza, con la pilatesca formula «*resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*».



# Quaderni semestrali

del Progetto Dottorale di Alta  
Formazione in Scienze Giuridiche  
e del Centro Studi Giuridici  
del Dipartimento di Economia  
dell'Università Ca' Foscari Venezia



Università  
Ca'Foscari  
Venezia

