

UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO
DI ECCELLENZA

 23
27

Giurisprudenza

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

Semestrale

ISSN 2974-9751

VOLUME LXV
2024/2



JOVENE

UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO
DI ECCELLENZA



Giurisprudenza

**STUDI
ECONOMICO-GIURIDICI
ON LINE**

Semestrale

ISSN 2974-9751

**VOLUME LXV
2024/2**



JOVENE

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

ISSN 2974-9751

ISBN 978-88-243-2894-4

Rivista del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari
Centro dipartimentale di eccellenza in Diritto, innovazione e sviluppo sostenibile
Law, Innovation and Sustainable Development (DISS/LISD)

Gli Studi economico-giuridici ospiteranno, nel segno del pluralismo scientifico e metodologico che da sempre caratterizza il periodico, ricerche scientifiche di studiosi italiani e stranieri in materia giuridica ed economica.

Direttore responsabile: CRISTIANO CICERO (cicero@unica.it)

Comitato di direzione: Aldo Berlinguer - Marco Betzu - Valeria Caredda - Corrado Chessa - Pietro Ciarlo - Giovanni Cocco - Paoloefisio Corrias - Andrea Deffenu - Gianmario Demuro - Rossella Fadda - Riccardo Fercia - Peter Gröschler (Johannes Gutenberg-Universität Mainz) - Margareth Helfer (Universität Innsbruck) - Franck Laffaille (Université Sorbonne Paris Nord) - Giuseppe Lorini - Angelo Luminoso - Anna Maria Mancaloni - Ilenia Ruggiu - Maria Virginia Sanna - Francesco Seatzu - Francesco Sitzia - Marek Smolak (Adam Mickiewicz University) - Anna Paola Ugas - Stephan Wolf (Universität Bern)

Comitato scientifico nazionale: Vincenzo Barba - Alberto Maria Benedetti - Emanuele Bilotti - Roberto Bin - Roberto Calvo - Andrea Cardone - Raffaele Caterina - Fulvio Cortese - Vincenzo Cuffaro - Tommaso dalla Massara - Paolo Di Lucia - Iole Fagnoli - Vincenzo Ferrari (Università di Milano) - Giampaolo Frezza - Matilde Girolami - Antonio Incampo - Pasquale Laghi - Sara Landini - Raffaele Lener - Sara Longo - Enrico Minervini - Andrea Nervi - Stefano Pagliantini - Salvatore Patti - Giovanni Perlingieri - Fabrizio Piraino - Claudio Scognamiglio - Vito Velluzzi - Pietro Virgadamo - Roberto Virzo - Andrea Zoppini

Comitato scientifico internazionale: Christian Baldus (Universität Heidelberg) - Adoración Castro Jover (Universidad del País Vasco) - María José Bravo Bosch (Universidad de Vigo) - Sylvaine Laulom (Université de Saint-Etienne - Avocate générale à la Chambre Sociale de la Cour de Cassation française) - Guillaume Le Floch (Université de Rennes) - Marc Pichard (Université Paris Nanterre) - Johannes Platschek (Ludwig-Maximilians-Universität München) - Laura Sautonie Laguionie (Université de Bordeaux) - Jorge Enrique Viñuales (University of Cambridge) - Constantin Willems (Philipps Universität Marburg)

Comitato esterno di valutazione: Enrico Mario Ambrosetti - Stathis Banakas (University of East Anglia) - Maria Caterina Baruffi - Ettore Battelli - Gabriele Carapezza Figlia - Francesca Carimini - Marina Castellana - Enrico Caterini - Alessandro Ciatti Càimi - Claudio Colombo - Edoardo Ferrante - Vincenzo Ferrante - Alessandro Ferrari - Vincenzo Ferrari - Arianna Fusaro - Mauro Grondona - Simona Grossi (Loyola Law School) - Marco Ieva - Claudia Irti - Paola Lambrini - Lorenzo Mezzasoma - Salvatore Monticelli - Antonio Musio - Luigi Nonne - Vittorio Occorsio - Massimo Palazzo - Angel Tinoco Pastrana (Universidad de Sevilla) - Francesco Paolo Patti - Maria Pia Pignalosa - Massimo Proto - Maddalena Rabitti - Ilaria Riva - Roberto Senigaglia - Aziz Tuffi Saliba (Federal University of Minas Gerais) - Loredana Tullio - Giovanni Maria Uda - Abel Benito Veiga Copo (Comillas Universidad Pontificia) - Vincenzo Zeno Zencovich

Comitato editoriale: Daniele Amoroso - Luca Ancis - Stefano Aru - Fabrizio Calisai - Alessandra Camedda - Federico Cappai - Nicolas Carrillo Santarelli - Stefania Cecchini - Andrea Chelo - Alice Cherchi - Gabriele Civello - Giovanni Coinu - Valentina Corona - Maria Francesca Cortesi - Silvia Corso - Giuseppina De Giudici - Carlo Dore - Maurizio Ferrari - Silvia Izzo - Alessandra Leuzzi - Olimpia Giuliana Loddo - Giovanni Manca - Anna Maria Mandas - Marcella Martis - Enrico Maria Mastinu - Lorenzo Moroni - Federico Onnis Cugia - Daniela Pappadà - Carlo Pilia - Elisabetta Piras - Alessandra Pisu - Stefania Puddu - Marianna Rinaldo - Luca Sitzia - Silvia Viaro

Sede del comitato editoriale:

Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Cagliari
Viale Sant'Ignazio 17 - 09121 Cagliari - Italia
email: studicagliari@unica.it

Sede amministrativa:

JOVENE EDITORE
Via Mezzocannone 109
80134 Napoli - Italia
www.jovene.it info@jovene.it

INDICE
luglio - dicembre 2024

STUDI

DANIELE AMOROSO - RITA PILIA

La convenzione delle nazioni unite sui diritti delle persone con
disabilità nella giurisprudenza italiana p. 3

FABRIZIO CALISAI

Metamorfosi e (fisiologica) evoluzione delle categorie del di-
ritto privato tra contesto economico-sociale, mercato e realtà
circostante » 27

VALERIA CAREDDA

La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei contadini e
delle altre persone che lavorano in aree rurali nel prisma del di-
ritto privato » 67

CARLO DORE

Riflessioni a margine della Dichiarazione ONU del 10 settem-
bre del 2018 sui diritti dei lavoratori della terra: la “Cavalcata
di Sciacca” e il sistema dei beni comuni » 113

RICCARDO FERCIA

Libera administratio peculii e fraus creditorum: un appunto su
Marcell. D. 42.8.12 » 141

VINCENZO FERRARI

Certezza del diritto e razionalità linguistica » 151

MAURO GRONDONA

La dimensione ermeneutica del contratto in Nicolò Lipari e le
potenzialità del testualismo contrattuale - *in memoriam* (1934-
2024) » 165

FABRIZIO PIRAINO

I rapporti tra adempimento in natura ed esecuzione forzata in
forma specifica p. 185

ELISABETTA PIRAS

La clausola di delega nella coassicurazione » 213

FRANCESCA PULITANÒ

Gli usi processuali della *sponsio* da Cicerone a Gaio: brevi
riflessioni sulla cosiddetta *sponsio in probrum* » 239

GABRIELE RACUGNO

Stato, positivismo e antivalori: un monito coscienziale » 261

ORIENTAMENTI

ALESSANDRA LEUZZI

La qualificazione della donazione *si praemortuar* quale negozio
inter vivos valido » 281

SILVIA USALA

Intorno a usi civici e demanio » 303

RILETTURE DEL PASSATO

CRISTIANO CICERO

Chi era Vittorio Polacco? » 329

GABRIELE CIVELLO

Giuseppe Bettiol: dalla prolusione cagliaritano (1936) alla
prolusione patavina (1943). Tra concetti, interessi e valori » 333

RECENSIONI

LUCA OLIVERI

Compensazione e sanzione nella responsabilità civile. Con-
tributo a un'analisi funzionale [Cristiano Cicero] » 389

MAURIZIO FERRARI

Genitorialità e successioni nelle famiglie ricomposte [Cristiano
Cicero] » 391

AUTORI » 399

STUDI

DANIELE AMOROSO - RITA PILIA

LA CONVENZIONE DELLE NAZIONI UNITE
SUI DIRITTI DELLE PERSONE CON DISABILITÀ
NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'adattamento dell'ordinamento italiano alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: ordine di esecuzione ed altri rinvii alla Convenzione. – 2.1. (*Segue*) Il presunto carattere non *self-executing* della Convenzione. La posizione della Corte costituzionale. – 3. La Convenzione nella giurisprudenza dei giudici comuni. In particolare: il potere-dovere di interpretazione conforme. – 4. Conclusioni.

1. Il 15 maggio 2009 l'Italia ha proceduto alla ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 12 dicembre 2006 (la Convenzione), sottoponendosi da subito al meccanismo di controllo istituito dal Protocollo Opzionale alla Convenzione. La sollecita assunzione di questo impegno internazionale è stata senz'altro resa meno gravosa dalla sostanziale conformità dell'ordinamento italiano «agli obiettivi, ai principi e alle norme della Convenzione»¹, frutto – sua volta – di una proficua sinergia tra legislatore e organi giudiziari. Risale al 1992, infatti, la prima disciplina organica dei diritti delle persone con disabilità², aggiornata ed am-

¹ Istituto di Studi Giuridici Internazionali del Consiglio Nazionale delle Ricerche (ISGI), *La Convenzione delle Nazioni Unite del 2007 sui diritti delle persone con disabilità: modalità di recepimento, attuazione a livello nazionale e regionale, strumenti di monitoraggio. Rapporto di sintesi con indicazioni sugli adattamenti nell'ordinamento italiano*, Roma, 30 dicembre 2008, p. 7.

² Il riferimento è, ovviamente, alla l. n. 104/1992 («Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate»).

pliata da numerosi interventi legislativi e dalla preziosa attività interpretativa operata dalla Consulta a partire dagli artt. 3 e 38 della Costituzione³.

Sarebbe tuttavia un errore sminuire l'impatto della ratifica della Convenzione sull'ordinamento italiano. Al di là del sorgere di alcuni specifici obblighi di adeguamento della legislazione interna alla disciplina convenzionale⁴, infatti, la Convenzione è stata oggetto di un certo interesse da parte dei giudici italiani, che hanno fatto un uso ampio e variegato delle sue disposizioni. Si tratta, invero, di una giurisprudenza in continuo aggiornamento e ricchissima di spunti, che solo raramente è stata oggetto di studio approfondito in dottrina.

Su tali premesse, questo scritto si propone di esaminare la rilevanza della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità nell'ordinamento italiano, con specifico riguardo alla sua applicazione in sede giudiziaria. Nel par. 2, in particolare, ci si soffermerà sulla posizione della Convenzione nel sistema delle fonti del diritto italiano. Anzitutto, verranno brevemente esaminate le modalità attraverso cui si è proceduto all'adattamento dell'ordinamento italiano alla Convenzione. A questo riguardo, si darà conto della tendenza del legislatore italiano ad inserire rinvii alla Convenzione in atti normativi ulteriori rispetto all'ordine di esecuzione. Verrà poi analizzato criticamente l'orientamento giurisprudenziale, seguito tanto dalla Corte costituzionale quanto dalla Corte di giustizia dell'UE, secondo cui la Convenzione *nel suo complesso* sarebbe priva di efficacia *self-executing*. Il par. 3 si concentrerà sull'uso della Convenzione da parte dei giudici ordinari ed amministrativi, prestando particolare attenzione al ricorso alle disposizioni convenzionali a fini interpretativi. Questa

³ D. PICCIONE, *Costituzionalismo e disabilità. I diritti delle persone con disabilità tra Costituzione e Convenzione ONU*, Torino, 2023; C. COLAPIETRO - F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, Napoli, 2020.

⁴ V. ad esempio ISGI, *Valutazione della conformità della normativa italiana all'Articolo 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, Roma, 2018. Un contributo fondamentale a tale opera di adeguamento è stato offerto dai decreti legislativi di attuazione della l. n. 227/2021 («Delega al Governo in materia di disabilità»). V. in particolare il d.lgs. n. 62/2024 («Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato»)

analisi metterà in evidenza come, indipendentemente dal riconoscimento della sua efficacia *self-executing*, la Convenzione eserciti un'importante influenza sulla giurisprudenza italiana, orientando – con le sue definizioni ed i suoi principi – la soluzione in ambito giudiziario delle complesse problematiche poste dalla tutela delle persone con disabilità. Il par. 4 conclude.

2. La Convenzione è stata introdotta nell'ordinamento italiano attraverso il rinvio operato dall'ordine di esecuzione contenuto nell'art. 2 della l. n. 18/2009. Nel tessuto normativo del nostro ordinamento, tuttavia, sono presenti ulteriori richiami alla Convenzione.

Possiamo ricordare, ad esempio, l'art. 1 della l. n. 112/2016 («Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare»), il quale chiarisce che la legge mira ad attuare i principi stabiliti «dagli articoli 3 e 19, con particolare riferimento al comma 1, lettera *a*), della Convenzione». Rinvii di analogo tenore possono rinvenirsi nelle leggi adottate a livello regionale in materia di politiche del turismo, le quali prevedono in genere una disposizione sul turismo accessibile in cui si specifica che le Regioni assicurano «che le persone con disabilità fisiche, sensoriali e intellettive, possano fruire dell'offerta turistica in modo completo e in autonomia, ricevendo servizi in condizioni di parità con gli altri fruitori» in attuazione «[dell'art. 30] della Convenzione»⁵.

In alcuni casi, poi, il riferimento è ancora più puntuale ed ha ad oggetto istituti specifici introdotti dalla Convenzione, com'è il caso dell'obbligo del datore di lavoro di adottare «accomodamenti ragionevoli» (art. 3, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003) o dei principi della «progettazione universale» (art. 10, del d.l. n. 83/2014).

Numerosi – e non potrebbe essere altrimenti – sono infine i riferimenti alla Convenzione (e ad alcune sue disposizioni specifiche)

⁵ V., ad esempio, l. reg. (Toscana) n. 86/2016, art. 2; l. reg. (Friuli-Venezia Giulia) n. 21/2016, art. 4; l. reg. (Lombardia) n. 27/2015, art. 4. Tali disposizioni riproducono, con modifiche minime, il testo dell'art. 3 del d.lgs. n. 79/2011 («Codice del turismo»), il quale era stato dichiarato incostituzionale perché incidente su una materia di competenza esclusiva delle Regioni (C. cost., sent. n. 80/2012).

contenuti nella l. n. 227/2021 («Delega al Governo in materia di disabilità»)⁶ e nei relativi decreti attuativi⁷.

È piuttosto frequente imbattersi, soprattutto nella prassi legislativa più recente, in rinvii a convenzioni internazionali già introdotte nell'ordinamento italiano mediante ordine d'esecuzione. Tale circostanza ha indotto la dottrina ad interrogarsi su funzione ed efficacia giuridica di questi richiami al diritto internazionale, per descrivere i quali è stata impiegata l'espressione «rinvii narrativi» (o dichiarativi o pedagogici o impropri), al fine di distinguerli dalle tradizionali forme di rinvio (c.d. proprio), vale a dire il rinvio materiale e quello formale⁸.

In caso di rinvio «proprio», infatti, la norma rinviante attribuisce alla/e norma/e richiamata/e (rinvio materiale) o alle norme prodotte da una determinata fonte (rinvio formale) rilevanza giuridica in relazione ad una fattispecie che, in assenza di rinvio, la norma o la fonte richiamate non avrebbero potuto disciplinare. Questo è il caso dell'ordine di esecuzione di un trattato, il quale rende applicabile sul piano dei rapporti giuridici interni una fonte propria dell'ordinamento giuridico internazionale.

I rinvii narrativi, invece, si caratterizzano proprio per il fatto che le norme (o le fonti) richiamate sono già applicabili. Il rinvio, dunque, dal punto di vista degli effetti giuridici, è superfluo e la sua funzione risulta essere, piuttosto, quella di fornire «un riferimento utile, volto a facilitare presso gli operatori giuridici l'individuazione delle norme [...] da applicare al caso concreto»⁹.

La ragione dell'introduzione di norme di questo tipo va ricercata nei caratteri propri del diritto contemporaneo. Al giorno d'oggi, infatti, l'operatore giuridico è immerso in un sistema normativo altamente complesso, costituito da una miriade di disposizioni poten-

⁶ V., *ex plurimis*, art. 1, co. 1 e art. 2, co. 2, lett. a) nn. 1, 4 e 5.

⁷ V., ad es., art. 1, co. 1, del d.lgs. 222, del 13 dicembre 2023 («Disposizioni in materia di riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità»).

⁸ V., anche per ulteriori riferimenti, D. AMOROSO, *I rinvii al diritto comunitario e internazionale nei recenti codici italiani di settore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1029 ss., 1032-1036.

⁹ C. cost., sent. n. 304/1986, Considerato in diritto, par. 3.

zialmente in contrasto tra loro e, soprattutto, poste da fonti le cui relazioni non sono più riconducibili, come in passato, ad una chiara gerarchia piramidale. Norme regionali, statali, comunitarie (o, se si preferisce, «euro-unitarie») ed internazionali si intrecciano e si scontrano rendendo particolarmente arduo il compito dell'interprete. Per evitare che quest'ultimo si smarrisca e applichi erroneamente il diritto, è necessaria una guida che orienti correttamente le sue scelte ermeneutiche. In questa precisa prospettiva, vengono in rilievo i rinvii «narrativi», i quali non pongono norme, ma le «raccontano», fornendo informazioni che sono già in astratto reperibili da parte dell'interprete, ma che possono di fatto essere «smarrite» nella congerie di norme propria dei sistemi giuridici contemporanei.

I rinvii alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, dunque, pur non producendo effetti giuridici ulteriori rispetto all'ordine di esecuzione, svolgono comunque una importante funzione di orientamento dell'attività di interpretazione da parte degli operatori giuridici interni (*in primis*, giudici e P.A.) volta ad assicurare che le rilevanti disposizioni pattizie siano puntualmente applicate.

Particolarmente indicativa, al riguardo, appare la vicenda che ha portato all'introduzione del co. 3-*bis* all'art. 3 del d.lgs. n. 216/2003, il quale opera un rinvio narrativo alla nozione di «accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione».

Tale modifica legislativa costituisce una misura di esecuzione della sentenza resa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea il 4 luglio 2013 nel caso *Commissione c. Italia*¹⁰. In quella circostanza l'Italia era stata condannata per non aver «imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili»¹¹, in violazione dell'art. 5 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. La Corte è giunta a questa conclusione interpretando la nozione di «soluzioni ragionevoli» impiegata dall'art. 5 della direttiva alla luce di

¹⁰ Corte di giustizia, sentenza del 4 luglio 2013, causa 312/11, *Commissione c. Italia*.

¹¹ *Ibidem*, punto 68.

quella di «accomodamenti ragionevoli», definita dalla Convenzione all'art. 2, co. 4¹².

Nel dare attuazione a questa sentenza, il legislatore italiano non si è limitato a prevedere l'obbligo per tutti i datori di lavoro di adottare «soluzioni ragionevoli» per i lavoratori disabili, così come indicato dalla direttiva e dal dispositivo della sentenza della Corte di giustizia, ma ha preferito includere un chiaro riferimento alla definizione convenzionale di «accomodamenti ragionevoli», al fine di limitare il più possibile il rischio che i destinatari della norma e le autorità giudiziarie ricostruissero diversamente il significato di tale espressione. Dal punto di vista formale, questa precisazione da parte del legislatore non era strettamente necessaria: il potere-dovere di interpretare la normativa nazionale in modo conforme ai trattati internazionali (*in casu*: alle rilevanti definizioni offerte dalla Convenzione) è ricavabile già dall'ordine di esecuzione. Si tratta, nondimeno, di un'indicazione preziosa, come dimostrato dalla circostanza – sulla quale torneremo più in là – che le sentenze che si occupano di «accomodamenti ragionevoli» sono particolarmente numerose nella giurisprudenza italiana in tema di applicazione della Convenzione¹³.

Nonostante i numerosi rinvii alla Convenzione che popolano l'ordinamento italiano il fondamento della sua efficacia interna va dunque rinvenuto nell'ordine di esecuzione di cui alla l. n. 18/2009, il quale dovrebbe bastare a consentire alla Convenzione di produrre gli effetti riconosciuti ai trattati debitamente introdotti nel nostro ordinamento¹⁴.

In linea di principio, pertanto, le disposizioni della Convenzione dotate di efficacia *self-executing* sarebbero idonee ad incidere su rapporti giuridici di diritto interno, determinando – al pari delle norme nazionali – il sorgere di diritti ed obblighi azionabili, se necessario, in sede giudiziaria.

¹² *Ibidem*, punti 58-59.

¹³ Si noti che, in virtù dell'art. 17 del d.lgs. 62/2024, una definizione di «accomodamento ragionevole» in linea con il dettato convenzionale è stata inserita anche nel testo della l. 104/1992 (art. 5-*bis*).

¹⁴ Sul tema v. B. CONFORTI - M. IOVANE, *Diritto internazionale*, Napoli, 380-397.

In assenza di tale efficacia, le norme in questione spiegherebbero comunque alcuni importanti effetti normativi. Anzitutto, rimane fermo – anche per le norme non *self-executing* – il potere-dovere del giudice di interpretare il diritto interno in modo conforme alla Convenzione.

Inoltre, le disposizioni della Convenzione, quando non si limitino ad attribuire mere facoltà, possono concorrere a delimitare il perimetro della discrezionalità degli organi amministrativi. Invero, un atto amministrativo che si ponga in aperto contrasto con obblighi di diritto internazionale gravanti sullo Stato italiano può plausibilmente considerarsi viziato da violazione di legge o, quantomeno, da «eccesso di potere», nella misura in cui concretizza un cattivo esercizio della discrezionalità da parte della P.A.

Infine, va ricordato che anche le norme pattizie non *self-executing* dovrebbero operare come parametro di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost.¹⁵. Com'è stato chiarito dalla Corte costituzionale, l'eventuale carattere non *self-executing* della norma-parametro non è *di per sé* sufficiente a sottrarre la legislazione statale a tale controllo di legittimità. A ragionare diversamente, infatti, «non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo» delle norme in questione, ma le si priverebbe di «ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano», nonostante esse siano «cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie [...] per il tramite [dell'art.] 117, primo comma, Cost.»¹⁶.

2.1. La prima giurisprudenza della Corte costituzionale sembrava chiaramente puntare in questa direzione. Nella sentenza n.

¹⁵ Si ricorda che questa disposizione, secondo cui la «potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto [...] dei vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali», è stata interpretata dalla Consulta nel senso di elevare i trattati ratificati dall'Italia al rango di parametro interposto di costituzionalità, e dunque di legittimità, delle leggi (C. cost., sent. nn. 348/2007 e 349/2007).

¹⁶ Cfr. C. cost., sent. n. 28/2010, Considerato in diritto, parr. 5 e 7. Benché la sentenza si riferisca ad un atto di natura diversa, vale a dire una direttiva dell'Unione europea, non si vede perché lo stesso ragionamento non possa trovare applicazione in relazione alle disposizioni pattizie prive di efficacia *self-executing*. Resta fermo, ovviamente, il divieto per la Corte costituzionale di sostituirsi al Parlamento nell'esercizio della sua discrezionalità politica, sancito dall'art. 28, l. n. 87/1953 («Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale»).

251/2008, il Giudice delle leggi si è servito della Convenzione come «ausilio interpretativo», ancorché la procedura di ratifica non fosse ancora ultimata, in ragione del «suo carattere espressivo di principi comuni ai vari ordinamenti nazionali»¹⁷. In particolare, la Corte ha escluso la possibilità di desumere dal testo costituzionale un obbligo di eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici esistenti *di carattere assoluto*, vale a dire «senza il limite rappresentato dalla concreta possibilità della loro rimozione in termini di compatibilità con altre esigenze»¹⁸. Nel giungere a questa conclusione, grande peso è stato dato alla circostanza che è la stessa Convenzione, attraverso la nozione di «accomodamento ragionevole» a recepire

un sistema di tutela delle persone disabili che sia [...] in concreto compatibile con altri interessi che non possono essere pretermessi e che devono essere, invece, bilanciati con quello, certamente superiore, alla tutela ottimale delle medesime persone¹⁹.

Molto significativa, poi, è l'ordinanza n. 285/2009, in tema di condizioni di accesso del minore extra-comunitario affetto da disabilità alla cd. «indennità di frequenza» di cui alla l. n. 289/1990. In quell'occasione, infatti, la Corte ha rimesso gli atti al giudice *a quo* affinché rivalutasse la proposta questione di legittimità costituzionale alla luce di alcune rilevanti «novità», qualificando come tale l'entrata in vigore della Convenzione per l'Italia. Ad avviso della Consulta, invero, era

agevole rilevare che la pregnanza e specificità dei principî e delle disposizioni introdotti da tale Convenzione, indubbiamente si riflettono, *quanto meno* sul piano ermeneutico e di sistema, sulla specifica disciplina dettata in tema di indennità di frequenza, trattandosi di istituto coinvolgente i diritti di minori che, presentando – come nel caso di specie – ‘difficoltà persi-

¹⁷ C. cost., sent. n. 251/2008, Considerato in diritto, par. 12.

¹⁸ *Ibidem*, par. 15.

¹⁹ *Ibidem*.

stenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della [loro] età', risultano perciò stesso annoverabili tra i soggetti cui la Convenzione richiamata ha inteso assicurare una normativa di favore²⁰.

Per la Corte, in altri termini, l'entrata in vigore della Convenzione, e dunque la sua introduzione nell'ordinamento italiano mediante ordine di esecuzione, avrebbe *innovato* il quadro giuridico nazionale arricchendolo di principi e norme senz'altro suscettibili di avere un impatto sulla disciplina interna «sul piano ermeneutico e di sistema» (leggi: potere-dovere di interpretazione conforme). La Corte non esclude, poi, che la Convenzione sia idonea a produrre ulteriori effetti sul piano interno (in questo senso sembra potersi interpretare l'uso della locuzione avverbiale «quanto meno»), avendo particolare riguardo all'attribuzione al minore disabile di posizioni giuridiche soggettive invocabili nei confronti della P.A.

Successivamente, nella nota sentenza n. 80/2010, in materia di insegnamento di sostegno, la Corte ha fatto leva sulla Convenzione – *in una posizione di sostanziale parità con le rilevanti disposizioni costituzionali* – per individuare il «nucleo indefettibile di garanzie» che limiterebbe la discrezionalità del legislatore nella determinazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili²¹. Infine, nella sentenza n. 236/2012, la Consulta, pur richiamando la Convenzione essenzialmente *ad abundantiam* (avendo già risolto la questione sulla base dei pertinenti parametri costituzionali), si è soffermata sui peculiari problemi di adattamento posti dalla sua natura di «accordo misto»²², chiarendo che la Convenzione «vincola l'ordi-

²⁰ C. cost., ord. n. 285/2009, penultimo Considerato in diritto (corsivo aggiunto).

²¹ C. cost., sent. n. 80/2010, Considerato in diritto, par. 4. Significativamente, nel caso di specie, Giudice Relatore era Maria Rita Saulle, che di questi temi si è ampiamente occupata sia in ambito accademico che istituzionale.

²² Per «accordi misti» si intendono gli accordi stipulati congiuntamente dall'Unione e dai suoi Stati membri. La prassi degli «accordi misti» è comunemente seguita dall'Unione quando voglia concludere accordi internazionali il cui oggetto non ricade interamente nelle sue competenze esclusive. Questo è senz'altro il caso della Convenzione, atteso che l'attuazione di alcune delle sue disposizioni (ad es. l'art. 12 sulla capacità giuridica) rientra nella sfera di competenza esclusiva degli Stati membri.

namento italiano con le caratteristiche proprie del diritto dell'Unione europea, limitatamente agli ambiti di competenza dell'Unione medesima, mentre al di fuori di tali competenze costituisce un obbligo internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.»²³.

Questa virtuosa attenzione della Corte nei confronti della Convenzione ha subito una brusca battuta d'arresto con la sentenza n. 2/2016. In quel caso, il Giudice delle Leggi era stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge della Provincia autonoma di Trento n. 13/2007. Tale disposizione prevede che i soggetti disabili che fruiscono di prestazioni assistenziali consistenti nell'erogazione di un servizio sono tenuti a compartecipare alla spesa e, soprattutto, che l'ammontare di questa compartecipazione va determinato alla luce della «condizione economico-patrimoniale del nucleo familiare di appartenenza, anziché in riferimento al reddito esclusivo dello stesso interessato».

Ad avviso del giudice rimettente, questa disciplina avrebbe avuto come effetto: *i*) il consolidamento di una relazione di dipendenza economica del disabile nei confronti della sua famiglia, con conseguente negazione della sua dignità e della sua capacità di autodeterminazione; *ii*) un ulteriore aggravio dell'onere finanziario incombente sul nucleo familiare di appartenenza e, dunque, un disincentivo ad accogliere il disabile con relativo rischio di istituzionalizzazione. Significativamente, nel prospettare la potenziale illegittimità costituzionale della disciplina provinciale, l'ordinanza di remissione verteva prevalentemente intorno ai profili di incompatibilità con la Convenzione, mentre rilievo marginale veniva accordato alla pertinente disposizione costituzionale (art. 38 Cost.). Analogamente a quanto previsto dall'art. 117 Cost. per le leggi nazionali, infatti, i trattati internazionali costituiscono parametro interposto di costituzionalità delle leggi adottate dalle Province autonome, in virtù degli artt. 4 e 8 dello «Statuto speciale per il Trentino - Alto Adige»²⁴.

Nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale, la Corte non si è limitata ad affermare che la Convenzione non può essere interpretata nel senso di «sollecitare» il «disimpegno [dei

²³ C. cost., sent. n. 236/2012, Considerato in diritto, par. 4.3.

²⁴ D.P.R. n. 670, del 31 agosto 1972.

familiari] da qualsiasi programma di assistenza che, sulla base delle diverse condizioni economiche, consenta di articolare differenziati livelli di compartecipazione»²⁵ – una statuizione che, ancorché opinabile²⁶, avrebbe avuto un impatto sistemico limitato. La Corte, invece, si è insolitamente soffermata sulla inidoneità della Convenzione *nel suo complesso* a produrre effetti normativi sul piano interno, svolgendo una serie di considerazioni poco persuasive sotto il profilo giuridico e suscettibili di incidere negativamente sull’attuazione in Italia degli obblighi convenzionali.

Segnatamente, il Giudice delle Leggi ha qualificato il «necessario rispetto» della Convenzione, da parte dei legislatori interni, come «obbligo di risultato»²⁷. Di conseguenza, alle Parti Contraenti sarebbe accordata la più ampia libertà «di individuare in concreto – in relazione alle specificità dei singoli ordinamenti e al correlativo e indiscusso margine di discrezionalità normativa – i mezzi ed i modi necessari a darvi attuazione [...] anche sul piano della individuazione delle relative risorse finanziarie»²⁸. La Convenzione, in altri termini, si limiterebbe a «consacrare una serie di importanti principi» in materia di protezione dei diritti delle persone con disabilità, ma non avrebbe *in quanto tale* natura «autoapplicativa»²⁹.

Le conclusioni della Corte sono sostanzialmente sovrapponibili a quelle raggiunte, poco meno di due anni prima, dalla Corte di giustizia dell’Unione europea nella sentenza *Z. c. A Government department and The Board of management of a community school*³⁰. In *Z.*, infatti, la Corte di giustizia ha negato efficacia diretta alla Convenzione in ragione della sua «natura programmatica»³¹. Decisivo, in tal senso, sarebbe il tenore letterale dell’art. 4 della Convenzione, il

²⁵ C. cost., sent. n. 2/2016, par. 3.1.

²⁶ R. BELLÌ, *Uno scivolone della Corte nega l'autodeterminazione e suona il de profundis per i disabili*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 1 ss.

²⁷ C. cost., sent. n. 2/2016, par. 3.1.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 18 marzo 2014, causa 363/12.

³¹ *Ibidem*, punto 88.

quale vincolerebbe le Parti Contraenti ad «adottare tutte le misure legislative, amministrative e di altra natura adeguate ad attuare i diritti ivi riconosciuti», subordinando pertanto l'esecuzione e gli effetti delle disposizioni convenzionali «all'intervento di atti ulteriori che competono alle Parti Contraenti»³².

Non è dato sapere, in assenza di riferimenti espressi, quanto la Consulta sia stata influenzata dalla Corte di giustizia nel formulare le proprie considerazioni sulla natura non «autoapplicativa» della Convenzione. Vista la contiguità delle argomentazioni seguite dalle due corti, comunque, appare opportuno procedere congiuntamente al loro esame critico.

Per cominciare, occorre sottolineare che l'efficacia *self-executing* non può essere valutata in relazione al trattato nel suo complesso, come fatto tanto dalla Consulta quanto dalla Corte di giustizia, ma avendo riguardo alla singola norma rilevante³³. A questo proposito, la circostanza, evocata dalla Corte di giustizia, per cui la Convenzione conterrebbe una «clausola di esecuzione», che impegna le Parti Contraenti ad adottare tutte le misure necessarie per darvi attuazione (ovvero: l'art. 4), è del tutto inconferente. Tali clausole, lungi dall'implicare *ipso iure* la necessità di provvedimenti di attuazione sul piano interno, si limitano a ribadire «la volontà e l'aspettativa del trattato di... essere applicato»³⁴.

D'altra parte, è lo stesso testo dell'art. 4 a suggerire una diversa lettura. La lett. a, richiamata dalla Corte di giustizia, ad esempio, fa riferimento all'obbligo delle Parti contraenti di adottare, unitamente alle «appropriate misure legislative [e] amministrative», anche «altre misure» – un'espressione sufficientemente ampia da poter includere interventi dell'autorità giurisdizionale. Analogamente, la lett. b impone di «prendere tutte le misure appropriate, compresa la legislazione, per modificare o abrogare qualsiasi legge esistente, regolamento, uso e pratica che costituisca discriminazione nei confronti di persone con disabilità» (corsivo aggiunto). L'adozione di atti legisla-

³² *Ibidem*, punto 89.

³³ L. CONDORELLI, *I giudici italiani e i trattati internazionali gli accordi self-executing e non self-executing nell'ottica della giurisprudenza*, Padova, 1974, 34-37.

³⁴ CONFORTI - IOVANE, *op. cit.*, 363.

tivi, dunque, è solo una delle possibili misure che possono essere intraprese per rimuovere norme e prassi di carattere discriminatorio, potendosi ottenere lo stesso risultato con una pronuncia di incostituzionalità della legge discriminatoria (nonché, nel caso in cui la discriminazione sia operata per via regolamentare o di fatto, con l'accertamento della sua illegittimità da parte dei giudici comuni).

Il tenore letterale di questa disposizione, inoltre, sconfessa l'idea – propugnata dalla Consulta – secondo cui la Convenzione si limiterebbe ad imporre «obblighi di risultato». La lett. d, infatti, vincola le Parti Contraenti «[a]d astenersi dall'intraprendere ogni atto o pratica che sia in contrasto con la presente Convenzione» – un obbligo *negativo e di condotta*, dunque, il cui rispetto può pacificamente essere assicurato in sede giurisdizionale. Tanto varrebbe anche ad escludere il carattere meramente «programmatico» o «promozionale» degli obblighi sanciti dalla Convenzione, come invece apoditticamente ritenuto da Corte di giustizia e Corte costituzionale. E ciò a voler tacere del fatto che la giurisprudenza costituzionale ha da sempre negato rilevanza alla distinzione tra norme precettive e programmatiche nei giudizi di legittimità costituzionale³⁵.

In ogni caso, il fatto che *alcune disposizioni* della Convenzione prevedano obblighi di risultato o abbiano un contenuto non sufficientemente determinato, pur potendo metterne in discussione la natura *self-executing*, non fa necessariamente venir meno gli ulteriori effetti normativi che esse possono produrre sul piano interno. In particolare, e avendo specifico riguardo a quanto statuito dalla Consulta nella sentenza n. 2/2016, anche i vincoli internazionali qualificabili come obblighi di risultato sono idonei ad integrare il parametro interposto di costituzionalità di cui all'art. 117 Cost. Invero, come si è detto, la stessa Corte ha affermato questo principio con riferimento alle direttive dell'Unione europea di natura non *self-executing*, vale a dire fonti che *per definizione* impongono obblighi di risultato³⁶. Del resto, non si comprende quale ostacolo, di natura logica o giuridica, impedisca di accertare la violazione di un obbligo internazionale (e

³⁵ Tale affermazione di principio è rinvenibile nella prima sentenza resa dalla Corte (C. cost., sent. n. 1/1956).

³⁶ C. cost., sent. n. 28/2010.

dunque dell'art. 117 Cost.) quando una disposizione di legge sia inconciliabile con il raggiungimento di un risultato prescritto da un trattato.

Quanto detto vale anche per le disposizioni della Convenzione la cui attuazione implica scelte discrezionali costituzionalmente demandate al Parlamento «sul piano della individuazione delle relative risorse finanziarie». È indubbio che disposizioni di questo tenore non hanno carattere *self-executing* ed è altrettanto vero che la Corte costituzionale non può sostituirsi al Parlamento nell'esercizio delle sue prerogative in materia di bilancio. Una volta però che tali prerogative siano state esercitate, non può escludersi un controllo giurisdizionale volto a verificare che il legislatore ne abbia fatto buon uso, sotto il profilo della compatibilità con gli obblighi derivanti dalla Convenzione. La Corte potrebbe, ad esempio, accertare l'incompatibilità con l'art. 117 Cost. di una legge che riduca in modo consistente ed irragionevole le risorse finanziarie destinate alla realizzazione di uno o più diritti garantiti dalla Convenzione (c.d. principio di non regressione, sancito dall'art. 4, co. 4)³⁷.

3. L'approccio restrittivo adottato dalla Consulta in merito alla natura non autoapplicativa della Convenzione è in parte controbalanciato dalla giurisprudenza dei giudici ordinari e amministrativi, la quale si caratterizza al contrario per un utilizzo largo e multiforme delle disposizioni convenzionali.

Anzitutto, e piuttosto significativamente, il Consiglio di Stato ha fatto leva sulla Convenzione, unitamente ad altri parametri interni, per sindacare la legittimità di provvedimenti adottati dalle amministrazioni locali in un ambito sostanzialmente coincidente con quello su cui verteva la sentenza n. 2/2016 della Corte costituzionale: le modalità di determinazione della compartecipazione dei beneficiari dei servizi socio-sanitari ai relativi costi. Senza entrare nel merito di tale questione, tecnicamente piuttosto complessa, si può rilevare come i giudici amministrativi abbiano qualificato come illegittimo ogni tentativo da parte dei Comuni di individuare criteri di compartecipa-

³⁷ Significativamente, il principio di non regressione è espressamente ribadito all'art. 35 del d.lgs. 62/2024.

zione «disancorati dall'accertamento della capacità contributiva del singolo» (ad es. attraverso la previsione di un onere contributivo fisso) per violazione, oltreché delle pertinenti norme di legge e costituzionali, dell'art. 3 della Convenzione, a nulla rilevando il presunto carattere non autoapplicativo della stessa³⁸.

La rilevanza interna della Convenzione è senz'altro più tangibile, tuttavia, ove si consideri il suo impiego a fini ermeneutici. I giudici italiani, infatti, hanno evidenziato una marcata predisposizione ad invocare la Convenzione nell'esercizio del proprio potere-dovere di interpretare il diritto interno in modo conforme al diritto internazionale³⁹.

Alcune pronunce, in particolare, fanno ricorso a tale tecnica interpretativa nella tradizionale accezione di «presunzione di conformità». Come chiarito dalla Sezione lavoro della Cassazione, in caso di «dubbio» sul significato da attribuire alla legislazione interna occorre privilegiare «una interpretazione conforme alla Convenzione»⁴⁰, mediante uno sforzo ermeneutico volto ad individuare l'«unica [soluzione] coerente con il diritto internazionale»⁴¹. Su tali premesse, ad esempio, nella sentenza n. 2210/2016 la Corte di cassazione ha risolto un dubbio interpretativo in tema di calcolo della cd. «quota di riserva» in modo da assicurare maggiore protezione al lavoratore disabile, decretando l'illegittimità del suo licenziamento.

È agevole osservare come il canone ermeneutico della presunzione di conformità, se inteso in senso stretto, abbia margini di applicazione piuttosto limitati. Ad esso, infatti, può farsi ricorso solo quando la normativa interna si presti a più interpretazioni, di cui al-

³⁸ Cons. Stato, sez. III, sent. n. 6708/2018, par. 11. Cfr. anche *ex multis* Cons. Stato, sez. III, sent. n. 264/2020, par. 9.1. Nella sent. n. 3640/2015, la stessa sezione del Consiglio di Stato ha espressamente qualificato i provvedimenti impugnati come «illegittimi» per «contrasto [...] con la Convenzione di New York sui diritti delle persone con disabilità» (par. 6).

³⁹ Si veda, sul punto, l'accurata disamina di D. FERRI, *Italy*, in L. WADDINGTON - A. LAWSON (a cura di), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts*, New York, 2018, 245 ss.

⁴⁰ Cass. civ., sez. lav., sent. n. 2210/2016.

⁴¹ Cass. civ., sez. lav., sent. n. 17867/2016.

meno una conforme (o... maggiormente conforme) al dettato convenzionale. Sennonché, i giudici italiani ne hanno talora dilatato l'ambito di applicazione, ravvisando ambiguità normative in modo forzato al solo scopo di giustificare l'utilizzo della Convenzione a fini ermeneutici.

Molto indicativa, in proposito, è la sentenza del Consiglio di Stato n. 8798/2022, avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 53, co. 3, del d.lgs. n. 151/2001. Tale disposizione esonera dall'obbligo di prestare turni notturni «la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico un *soggetto disabile* ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104». All'epoca, la legge n. 104/1992 non parlava di «soggetto disabile», quanto piuttosto di «persona handicappata», che era definita all'art. 3 secondo il cd. «modello medico» di disabilità⁴². Una lettura piana delle disposizioni in questione avrebbe suggerito che l'art. 53, indipendentemente dalla terminologia utilizzata, si riferisse ai soggetti protetti dalla l. n. 104, così come definiti dal suo art. 3. Il Consiglio di Stato, invece, basandosi sulla circostanza che nella Legge in questione la «definizione di disabile» non «figura affatto», ha ricostruito il significato di tale nozione a partire dalla Convenzione, giungendo così ad adottare un «modello sociale» di disabilità⁴³.

⁴² Tale situazione è venuta a cambiare per effetto del più volte richiamato d.lgs. 62/2024, che ha recepito nel nostro ordinamento le definizioni di persona con disabilità e di disabilità sancite dalla Convenzione e sostituendo i termini «handicap», «handicappato», etc., ovunque ricorrenti (v., in particolare, gli artt. 3 e 4).

⁴³ Cons. Stato, sez. II, sent. n. 8798/2022, par. 20.1. Ai sensi dell'art. 1, co. 2, della Convenzione «Per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri». Con riferimento ai «modelli» di disabilità, occorre dar conto del fatto che il Comitato sui diritti delle persone con disabilità sembrerebbe aver fatto proprio un ulteriore modello, che è quello basato sui diritti umani (cd. «*human rights model of disability*»); sul tema, v. P. VARGIU, *The Concept of "Reasonable Accommodation" as a Barrier to the Rights of Persons with Disabilities in International Law*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, 811 ss., 813-816). L'adozione di questo modello, il quale farebbe leva primariamente sulla dignità intrinseca di ogni essere umano e, solo ove necessario, sulle condizioni cliniche della persona, è stata invocata da una parte della dottrina, la quale ne ha evidenziato l'idoneità a rafforzare la tutela delle persone con disabilità (v., ad esempio, l'articolata posizione di T. DEGENER, *Disability in a Human Ri-*

Del resto, la Corte di cassazione ha fatto ampio uso delle definizioni della Convenzione senza dover ricorrere all'espedito del dubbio interpretativo. Il riferimento è alla giurisprudenza relativa al dovere del datore di lavoro di adottare «accomodamenti ragionevoli [...]», per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori», di cui al co. 3-*bis* dell'art. 3 del d.lgs. n. 216/2003⁴⁴. Come si ricorderà, è proprio il co. 3-*bis* a richiamare l'attenzione dell'interprete sulla necessità di attribuire all'espressione «accomodamento ragionevole» il significato definito dalla Convenzione.

Di particolare interesse, sul punto, sono alcune sentenze della Sezione lavoro, che hanno dichiarato la nullità del licenziamento di lavoratori con disabilità per superamento del periodo di comporta. La Corte ha infatti ritenuto che tali licenziamenti fossero in violazione dell'obbligo, gravante sul datore di lavoro, di adottare accomodamenti ragionevoli per evitare discriminazioni nei confronti dei lavoratori con disabilità. Secondo i giudici, il datore di lavoro ha il dovere di accertare se la prolungata assenza sia riconducibile alla disabilità e, in caso affermativo, applicare un periodo di comporta più esteso. Significativamente, peraltro, tale conclusione è stata raggiunta anche alla luce delle osservazioni formulate dal Comitato ONU per i diritti delle persone con disabilità nel Commento generale n. 6 del 2018⁴⁵.

ghbts Context, in *Laws*, 2016, 11 s., la quale enuncia in «6 Proposizioni» le migliori apportate da tale modello a quello sociale). Non è certo questa la sede per assumere una posizione meditata sull'argomento. A noi pare, tuttavia, ragionevole la posizione di chi afferma la sostanziale complementarità tra i due modelli, contrappo-
nendo la natura «descrittiva» del modello sociale a quella «prescrittiva» del modello basato sui diritti umani. Cfr. A. LAWSON - E.A. BECKETT, *The social and human rights models of disability: towards a complementarity thesis*, in *The International Journal of Human Rights*, 348 ss., 363-365. In senso analogo, sembrerebbe essersi espressa la Corte di cassazione, la quale ha parlato a proposito della nozione di disabilità fatta propria dalla Convenzione di un «modello sociale basato sui diritti umani». Cfr. Cass. civ., sez. I, ord. n. 36176/2023, par. 4.2.2.

⁴⁴ Cfr. *ex plurimis* Cass. civ., sez. lav., sent. n. 15747/2024, par. 6.2; Cass. civ., sez. lav., ord. n. 10568/2024, par. 2.2; Cass. civ., sez. lav., sent. n. 6497/2021, par. 3.2; Cass. civ., sez. lav., sent. n. 4896/2021, par. 4; Cass. civ., sez. lav., sent. n. 29009/2020, par. 6.5; Cass. civ., sez. lav., sent. n. 14790/2020, par. 16.4.

⁴⁵ Cass. civ., sez. lav., sent. n. 15282/2024, par. 3.2.2; Cass. civ., sez. lav., sent. n. 14316/2024, par. 42. La Corte fa riferimento, in particolare, al *General Comment*

Del resto, la Corte ha fatto lo stesso, anche in assenza di un'esplicita indicazione in tal senso, con la nozione di «persona con disabilità»⁴⁶. Va osservato che, vertendosi in una materia rientrante tra le competenze dell'Unione (parità di trattamento dei lavoratori), la Convenzione è stata applicata non già quale trattato internazionale, bensì in quanto «parte integrante del diritto della Unione Europea»⁴⁷. In questo caso, pertanto, nell'impiegare il modello di «disabilità» previsto dalla Convenzione, i giudici di legittimità si sono semplicemente adeguati alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha fatto propria tale definizione a partire dal caso *HK Danmark*⁴⁸, peraltro puntualmente richiamato dalla Cassazione⁴⁹.

L'ambito in cui la giurisprudenza italiana ha inteso in senso più ampio il proprio potere-dovere di interpretare la normativa interna in modo conforme alla Convenzione, però, esula dalle competenze dell'Unione europea. Si tratta delle materie di interesse dell'art. 12 della Convenzione («Uguale riconoscimento di fronte alla legge»), il quale affronta il complesso problema della capacità giuridica / capacità di agire della persona disabile. Non potendosi, in questa sede, procedere ad un esame dettagliato dell'art. 12, ci si limiterà a constatare che esso riconosce alla persona disabile sia il diritto al riconoscimento della capacità giuridica (co. 2) sia il diritto ad ottenere «supporto» nell'esercizio della propria capacità (co. 3). La nozione di «supporto» ai sensi della Convenzione è particolarmente ampia, potendovi rientrare – con gli opportuni distinguo – quelle misure che, nell'ordinamento italiano, mirano a proteggere le persone prive, in tutto o in parte, di autonomia nella gestione della vita quotidiana e nel compimento di atti giuridici (interdizione, inabilitazione e, soprattutto, amministrazione di sostegno). Nel riconoscere tale «diritto al supporto», la Convenzione rifugge qualsiasi forma di paternali-

No. 6 on equality and non-discrimination, 26 aprile 2018, UN Doc. CRPD/C/GC/6, par. 24(b).

⁴⁶ V. da ultimo Cass. civ., sez. lav., sent. n. 9095/2023, par. 12.

⁴⁷ Cass. civ., sez. lav., sent. n. 284, del 10 gennaio 2017, par. 12.

⁴⁸ Corte di giustizia, sentenza dell'11 aprile 2013, cause riunite 335/11 e 337/11, punti 37-39.

⁴⁹ V., da ultimo, Cass. civ., sez. lav., ord. 24336/2024, par. 19.

smo, imponendo invece il rispetto della «volontà» e delle «preferenze» della persona disabile, nonché la «proporzionalità» delle interferenze nell'autodeterminazione di quest'ultima (co. 4).

In una recente decisione, la Corte di cassazione non ha esitato a definire questa disposizione il «cuore pulsante» della Convenzione⁵⁰, facendone il perno argomentativo di una decisione con cui si riconosce il diritto del maggiorenne, che si trovi in stato di interdizione, di esprimere il proprio consenso all'adozione per il tramite del suo rappresentante legale, a nulla ostando la qualificazione di tale atto come «personalissimo»⁵¹. La Corte perviene a questo risultato interpretativo in conclusione di un articolato ragionamento sulla necessità di ripensare, in chiave evolutiva e «solidaristica», l'istituto dell'adozione del maggiorenne, nel quale l'art. 12 occupa una posizione di primo piano. Tale disposizione, invero, renderebbe

doveroso [...] un *ripensamento* della disciplina della interdizione, anche solo per rafforzare taluni principi che ivi già sono espressi, ma che sono fortemente indeboliti da alcune prassi, per un verso, stancamente ancorate ai vecchi modelli della interdizione e della inabilitazione e, per altro verso, basate sulla semplicità di soluzioni che offrono il formale conforto della ripetitività. In primo luogo, occorre affermare, di modo che risulti quanto mai chiaro e che costituisca il principio ispiratore nella interpretazione e applicazione di tutta la disciplina, che il sostegno deve sempre assicurare il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti e le libertà fondamentali della persona con disabilità, per l'affermazione della sua dignità⁵².

Alla luce di queste riflessioni, non sorprende che l'ambito privilegiato di applicazione dell'art. 12 sia il diverso istituto dell'amministrazione di sostegno *ex art.* 404 ss. c.c. A differenza di quanto avviene per l'interdizione, i cui effetti sono predeterminati per legge, l'amministrazione di sostegno è connotata da una sostanziale flessibi-

⁵⁰ Cass. civ., sez. I, sent. n. 3462/2022, par. 3.7.

⁵¹ Significativamente, la Convenzione è espressamente menzionata nel «principio di diritto» formulato dalla Cassazione (*ibidem*, par. 4).

⁵² *Ibidem*, par. 3.7.5 (corsivo aggiunto).

lità: è infatti il giudice tutelare a perimetrare, sulla base di una valutazione «individualizzata», la portata della limitazione della capacità di agire e dei poteri dell'amministratore. Coerentemente con questa impostazione «flessibile», la disciplina codicistica non offre indicazioni dettagliate su come tale ampia discrezionalità debba essere esercitata dal giudice, né tantomeno sulle modalità di svolgimento dell'ufficio dell'amministratore, limitandosi a sottolineare l'importante principio secondo cui occorre «tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario».

In questo contesto, i giudici tutelari hanno da tempo riconosciuto l'opportunità di «attingere al bacino dei principi contenuti nella Convenzione» nella definizione delle «concrete modalità operative dell'amministrazione di sostegno»⁵³. Tale approccio è stato recentemente confermato dalla Cassazione, secondo cui

il contenuto della Convenzione assurge a canone ermeneutico cui deve confrontarsi il Giudice di merito nell'assumere la sua decisione sulla richiesta procedura quando è chiamato a valutare sia il tipo ed il grado di disabilità dell'amministrando sia la sua audizione 'compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa' [...], al fine di individuare un provvedimento congruo e commisurato alle concrete esigenze dell'amministrando⁵⁴.

Di fronte ad una disciplina codicistica piuttosto scarna, almeno sotto il profilo sostanziale, i «principi della Convenzione» sono così

⁵³ Trib. Varese, decreto del 5 marzo 2012 (consultabile al seguente indirizzo web: <https://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7031.pdf>). Dello stesso Tribunale, si veda anche il decreto del 6 ottobre 2009, in tema di diritto della beneficiaria di amministrazione di sostegno, una persona adulta affetta da sindrome di Down, ad esprimere il proprio consenso a contrarre matrimonio senza l'intermediazione dell'amministratrice. La decisione è consultabile al seguente indirizzo web: https://agasge.it/moduli/39__Trib.%20Varese%206%2010%202009%20AdS%20e%20consenso.pdf.

⁵⁴ Cass. civ., sez. I, sent. n. 21887/2022, par. 1.2. Sulla «necessità di valorizzare, nell'ambito della disciplina nazionale, le disposizioni e le soluzioni interpretative potenzialmente coerenti con i principi [della Convenzione]», v., più di recente, Cass. civ., sez. I, ord. n. 24251/2024, par. 2.

chiamati ad orientare la giurisprudenza nell'affrontare le delicatissime questioni che sorgono nella variegata prassi relativa all'amministrazione di sostegno.

Questo uso della Convenzione si situa evidentemente ai limiti esterni del concetto di interpretazione conforme. Non si tratta più di risolvere dubbi interpretativi, più o meno genuini, adottando la soluzione maggiormente rispondente agli obbiettivi della Convenzione; né di riempire di contenuto espressioni impiegate dal diritto interno servendosi delle definizioni pattizie. Qui è l'intera disciplina di un istituto ad essere oggetto di una lettura adeguatrice. Peraltro, nella misura in cui i principi della Convenzione forniscono indicazioni molto più precise di quelle ricavabili dalla normativa interna, essi finiscono per svolgere una funzione *integrativa* rispetto a quest'ultima.

Questa veloce, e inevitabilmente parziale, rassegna della giurisprudenza dei giudici comuni offre terreno per due considerazioni di carattere generale. Per un verso, viene confermata la posizione dottrinale secondo cui l'interpretazione conforme ad una norma internazionale, se intesa in senso ampio, è suscettibile di produrre risultati non facilmente distinguibili, *sul piano pratico*, dal riconoscimento di effetti diretti⁵⁵. Com'è stato opportunamente rilevato⁵⁶, ciò è particolarmente visibile quando l'interpretazione conforme è utilizzata per colmare una lacuna nell'ordinamento interno – ad es., per quel che qui ci interessa, la definizione di «persona con disabilità» o la disciplina delle concrete modalità operative dell'amministrazione di sostegno.

Per altro verso, è interessante notare come, nella giurisprudenza analizzata, l'uso della Convenzione a fini interpretativi non appaia dettato dall'esigenza di evitare la responsabilità internazionale dell'Italia o dalla consapevolezza della sua posizione sovraordinata, *ex art. 117 Cost.*, nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano. Piuttosto, l'interpretazione conforme alla Convenzione sembra funzionale alla promozione di uno specifico valore, la piena tutela dei

⁵⁵ E. CANNIZZARO, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, 3 ss., 13.

⁵⁶ P. ROSSI, *Using International Law for Construing Domestic Law: A Study of Consistent Interpretation*, in *Archiv des Voelkerrechts*, 279 ss., 285.

diritti delle persone con disabilità, secondo quello che è stato efficacemente descritto come «modello assiologico dell'interpretazione conforme»⁵⁷. Nell'esercizio della loro cruciale funzione di colmare la distanza tra società e diritto⁵⁸, i giudici spesso si servono di materiali normativi di varia provenienza e natura, non già in ragione della loro cogenza, quanto piuttosto della loro migliore attitudine a catturare e veicolare quelle che sono le attuali convinzioni etiche e sociali. E questo sembrerebbe essere il caso dell'uso della Convenzione nella giurisprudenza italiana, inaugurato – come si ricorderà – prima che la Convenzione stessa entrasse in vigore dell'Italia, proprio «per il suo carattere espressivo di principi comuni ai vari ordinamenti nazionali»⁵⁹.

4. Come si è detto, al momento della ratifica della Convenzione, il diritto italiano era già in larga misura conforme ai suoi principi. La Convenzione, tuttavia, non ha mancato di esercitare una significativa influenza nel nostro ordinamento. Nonostante la (criticabile) caratterizzazione come trattato non *self-executing*, la Convenzione ha orientato (e continua ad orientare) l'attività interpretativa dei giudici italiani, contribuendo a rendere più solide le loro argomentazioni e ad accelerare certi percorsi evolutivi, che sarebbe stato molto meno agevole (ma non impossibile) imboccare sulla base del solo diritto interno.

Questa proficua interazione con la Convenzione potrebbe essere ulteriormente rafforzata se i giudici italiani «tenessero conto», così come fatto di recente dalla Sezione lavoro della Cassazione, della ricca prassi interpretativa del Comitato sui diritti delle persone con disabilità.

Uno stimolo in tal senso potrebbe venire dal legislatore. Questi, infatti, potrebbe richiamare l'attenzione degli operatori giuridici sulla necessità di dare attuazione alla Convenzione, attraverso l'inserimento nei testi normativi in materia di disabilità di rinvii «narrativi», ulteriori rispetto a quelli analizzati nel par. 2, che facciano

⁵⁷ *Ibidem*, 293-294.

⁵⁸ A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton, 2006, 3-19.

⁵⁹ C. cost. sent. n. 251/2008, par. 12.

espreso riferimento al dovere di «tener conto» nell'applicazione delle disposizioni pattizie «della loro interpretazione ad opera del Comitato».

Abstract

Il presente scritto esamina la rilevanza della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità nell'ordinamento italiano, con un focus particolare sulla sua applicazione in sede giudiziaria. Dopo aver analizzato la posizione della Convenzione nel sistema delle fonti del diritto italiano, si procede all'esame critico dell'orientamento giurisprudenziale che, tanto da parte della Corte costituzionale italiana quanto della Corte di giustizia dell'UE, nega alla Convenzione efficacia *self-executing*. L'articolo procede poi ad esplorare l'uso della Convenzione da parte dei giudici italiani. Tale indagine sembra dimostrare che, indipendentemente dal riconoscimento della sua natura *self-executing*, la Convenzione influenza in modo significativo le decisioni giudiziarie relative alla tutela delle persone con disabilità, orientando la risoluzione delle complesse questioni giuridiche che emergono in questo ambito.

This article examines the relevance of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the Italian legal system, with a particular focus on its application by national judges. After analysing the position of the Convention within the Italian hierarchy of legal sources, the article critically reviews the jurisprudence of both the Italian Constitutional Court and the Court of Justice of the European Union, which deny the self-executing effect of the Convention. The article then examines the application of the Convention by administrative and civil law courts. The analysis suggests that, despite its self-executing nature, the Convention has had a significant impact on judicial decisions concerning the protection of persons with disabilities, guiding the resolution of complex legal issues that arise in this area.

FABRIZIO CALISAI

METAMORFOSI E (FISIOLOGICA) EVOLUZIONE
DELLE CATEGORIE DEL DIRITTO PRIVATO
TRA CONTESTO ECONOMICO-SOCIALE, MERCATO
E REALTÀ CIRCOSTANTE

SOMMARIO: 1. Influenza dei “fattori evolutivi” e categorie del Diritto privato. – 2. Il mercato come fattore evolutivo: dalle chimere liberali al “risveglio” dirigista. – 3. (*Segue*) L’approdo all’El Dorado” del mercato unico europeo e il diritto privato regolatorio. – 4. Fattori evolutivi e categorie del diritto privato. Il rapporto uomo-realtà: l’uomo e la ricchezza – proprietà, patrimonio e impresa. – 5. L’uomo e le cose - beni e proprietà. – 6. L’uomo e la realtà circostante - ambiente. – 7. Riflessioni conclusive.

1. Si può affermare che l’apparato di norme che costituisce il diritto privato rappresenti senza dubbio un meccanismo con funzione regolatoria¹, lemma utilizzato, per ora, con accezione prettamente spuria. Tali norme risultano concepite e costruite al fine di conferire una veste tecnica ai rapporti, alle interazioni e ai comportamenti umani, perpetrati sia come singolo che in gruppo.

L’architettura normativa creata è volta a regolare relazioni giuridicamente rilevanti e patrimonialmente connotate tra l’uomo, le cose e l’ambiente che lo circondano, da qui la disciplina dedicata ai beni e diritti reali, tra l’uomo e altri consociati, da qui la disciplina del rapporto obbligatorio, del negozio giuridico e, in ultima analisi, del contratto. Si potrebbe affermare che, attraverso la configurazione dei descritti rapporti giuridici, abbiano preso vita, anche per mere esi-

¹ Cfr. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. regolaz. merc.*, 2020, p. 134 ss.

genze di catalogazione, alcune tra le principali categorie del diritto privato², tra cui appunto i beni, la proprietà, il contratto.

Sulla configurazione e la disciplina di tali relazioni, e quindi sulla costruzione e sulle successive eventuali “modifiche” delle categorie di riferimento, incidono pesantemente alcuni fattori evolutivi, quali, in primo luogo, il modo in cui l’uomo percepisce se stesso in un dato momento storico, anche e soprattutto in rapporto alle cose che lo circondano e quindi all’ambiente, e questa percezione è pesantemente condizionata anche dallo scenario economico, sociale e tecnologico di riferimento. Tali fattori evolutivi, oltre a rappresentare delle chiare universali spinte innovative, possono far emergere la necessità di compiere precise scelte politiche, destinate a tradursi in scelte normative.

Il diritto privato acquisisce chiaramente i contorni di un fenomeno in divenire, nel momento in cui lo si concepisce come strumento regolatorio di una realtà non statica, ma cangiante, “magmatica”. Nella maggior parte dei casi, di fronte al mutamento più o meno repentino dello scenario di riferimento, non pare necessario operare un penetrante intervento di riforma teso a forgiare nuove categorie civilistiche, quanto piuttosto procedere attraverso un “ripensamento”, un adeguamento o una funzionalizzazione delle stesse, anche da un punto di vista semplicemente e puramente ermeneutico.

Uno dei principali fattori evolutivi in rapporto alle categorie del diritto privato, e in particolar modo, come si vedrà, al contratto, è senza ombra di dubbio il sistema economico di riferimento, che più specificamente si può declinare anche in quell’entità definibile come mercato. Il rapporto tra l’uomo e la realtà, le risorse individuate e catalogate come beni, appare, per certi versi, prodromico rispetto al mercato, ma finalizzato ad esso, posto che tali risorse sono infine destinate alla circolazione, attraverso gli scambi. Infatti, l’uomo ha concepito il mercato come il luogo, oggi più ideale che fisico, adibito al perfezionamento delle transazioni e alla circolazione delle risorse intese in senso lato. Se si accetta l’idea di mercato quale luogo³ dove si

² In argomento, si rimanda al prezioso contributo di LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*.

³ Sul punto GENTILI, *Il diritto regolatorio*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, p. 23 ss., ed *ivi* a p. 24, ci insegna come, a livello sistematico, il lemma mercato acquisti rile-

concretizzano e vengono favoriti gli incontri e gli scambi tra operatori economici⁴, quale insieme delle transazioni e somma delle operazioni negoziali poste in essere, questo diviene il substrato naturale in cui le categorie civilistiche, e in particolare il contratto, si declinano, trovando una essenza ontologica. Secondo questa prospettiva, lo strumento negoziale è presupposto logico⁵ del mercato stesso e diviene maggiormente comprensibile il rapporto tra le due entità e la chiara influenza che il mercato esercita sulla concezione del contratto, pur senza operare modifiche sostanziali a livello normativo. Per di più, la “fiducia” ciclicamente riposta nei fisiologici meccanismi insiti nell’entità mercato, hanno portato ad una sorta di rivisitazione della categoria del contratto, ma non solo, fino a giungere, a seguito di differenti fasi, alla visione moderna e attuale. La scienza giuridica, in particolare la dottrina civilistica, si è ultimamente concentrata sull’interazione tra le dinamiche del mercato, il sistema economico di riferimento, il ruolo dell’autorità centrale nel “governo” dell’economia, i rapporti negoziali e l’autonomia privata.

Per questo, ricostruire brevemente le principali fasi di questo ciclico rapporto tra contratto e sistema economico di riferimento può essere utile per comprendere la natura di fattore evolutivo del mercato in rapporto alle categorie civilistiche, e al contratto in partico-

vanza sotto almeno quattro differenti accezioni: *i*) mercato come luogo fisico degli scambi, accezione senza dubbio più antica, ma da tempo poco significativa; *ii*) mercato come ideologia, concetto destinato a sovrapporsi, più o meno criticamente, con il concetto di capitalismo; *iii*) mercato come processo, come paradigma di azione, basato sull’interazione di soggetti che operano sulla base di una precisa divisione del lavoro. Sul punto, in particolare, cfr. VON MISES, *Human action: a treatise on Economics*, San Francisco, 1996, p. 256 ss., *iv*) mercato come oggetto di regolazione, accezione, mi pare, assolutamente attuale. Tratteggia la differenza tra mercato fisico e mercato giuridico, F. FERRO-LUZZI, *Il ruolo del diritto nell’accrescimento del benessere*, in *Diritto ed economia del mercato*, a cura di G. Lemme, Padova, 2014, *passim*. Il mercato fisico è il luogo naturale, geografico degli scambi. Il mercato giuridico è il risultato di scelte politiche, tese a modificare il mercato fisico, la cui tendenza naturale è quella di generare – tramite situazioni di monopolio – la supremazia di un’impresa sulle altre.

⁴ La definizione è di BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, p. 379 ss., ed *ivi* a p. 384.

⁵ Vedi FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contratto e impr.*, 2013, p. 69 ss., ed *ivi* a p. 74.

lare. Tuttavia, come si cercherà di dimostrare, il diritto privato e le sue categorie sono soggette ad evoluzione nel momento in cui, anche a prescindere dall'idea di mercato, l'uomo inizia a percepire se stesso in modo differente in rapporto alla realtà che lo circonda, come, per esemplificare, nei casi in cui si trova di fronte a nuove risorse che necessitano di essere catalogate e deve scegliere quali tecniche regolatorie applicare per la gestione e/o circolazione delle stesse; quando prende atto di nuove esigenze che emergono dal contesto sociale o dalla prassi e che richiedono un riconoscimento, oppure nel momento in cui acquista consapevolezza dell'insorgenza di inedite esigenze di tutela, legate ad un drastico cambio di prospettiva nel modo di intendere il suo ruolo all'interno del generale contesto in cui opera.

Come osservato, tali scelte sono spesso prodromiche all'idea di mercato, magari, in un secondo momento, funzionali ad esso, ma l'evoluzione delle categorie civilistiche sembra essere un processo continuo, amplificatosi a seguito del radicale cambiamento che interessa, a monte, il rapporto di base sopra evidenziato. Si tratta di un processo ancora certamente in atto, che negli ultimi decenni ha conosciuto una considerevole accelerazione.

2. Il mercato sembra essere, senza ombra di dubbio, un fattore evolutivo dotato di profonda influenza in rapporto alle categorie civilistiche, se si considera la sua evidente incidenza sul modo di concepire il contratto e, in ultima analisi, anche l'autonomia contrattuale, posto che il mercato stesso è un "insieme" di contratti. La problematica relativa al rapporto tra le citate categorie civilistiche e i fattori evolutivi, quali il contesto economico di riferimento⁶ e il mercato, appare complessa e attuale.

Comprendere e ricostruire "l'atteggiamento" volta per volta assunto nei confronti del mercato, del luogo deputato alla circolazione delle risorse, significa tracciare una disamina precisa del rapporto che l'uomo ha allacciato con le risorse medesime e quindi anche comprendere l'evoluzione della concezione dello strumento nego-

⁶ Sul punto, NERVI, *Diritto dei contratti e disciplina dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, p. 319 ss., ed *ivi* a p. 319.

ziale come categoria del diritto privato, come strumento di gestione e circolazione e come strumento del mercato.

Ci si potrebbe domandare come le citate categorie civilistiche, e il contratto *in primis*, si siano evolute⁷ in rapporto al mutato scenario economico all'interno del quale, volta per volta, sono state iscritte, se si siano realmente evolute, o se più semplicemente attraversino fasi fisiologiche, conseguenza di un inesorabile e ineluttabile andamento ciclico del mercato e della fiducia riposta in esso e nei suoi meccanismi. Più semplicemente, se nell'avvicendamento di tali fasi, le suddette categorie vadano incontro a un processo di aggiornamento, adeguamento e/o funzionalizzazione⁸, che non dipende solo dal ruolo e dall'influenza del mercato stesso.

Nel percorso di indagine volto alla ricostruzione del rapporto tra contratto e mercato, si possono individuare, per esigenze di ordine sistematico, tre principali fasi, all'interno delle quali il rapporto *de quo* si è declinato secondo differenti angolazioni. Tradizionalmente, il civilista si forma sulla base del prezioso insegnamento che vede il negozio giuridico – categoria di cui il contratto è archetipo – come lo strumento principale⁹ che l'ordinamento mette a disposizione dei soggetti privati per la cura dei propri interessi¹⁰, che consente di dare vita ad un'architettura di pattuizioni vincolanti, vavevoli

⁷ PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 69 ss.

⁸ Sul punto, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 (rist.), p. 44. all'A. si deve la teorizzazione della funzione economico-sociale del contratto. Sul punto, ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, I, *parte generale*, Roma, 1951, 20; P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 883; RICCIUTO, *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione del contratto"*, in *Studi in Onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1628. In posizione critica rispetto all'idea di funzionalizzazione si pone MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, III, Padova, 1965, p. 1090.

⁹ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 44, insegna come l'iniziativa privata sia il «congegno motore» di ogni regolamento reciproco d'interessi. All'A. si deve la creazione del concetto di negozio giuridico come espressione di autonomia privata. Imprescindibile anche un richiamo agli studi di G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 38.

¹⁰ O per la composizione di interessi in conflitto. Questo è l'insegnamento di MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 1 ss., ed *ivi* a p. 4.

per il futuro¹¹, volta a regolare i rapporti giuridici di stampo prettamente patrimoniale e, in definitiva, a veicolare la circolazione dei beni e delle ricchezze¹². La concezione tratteggiata va ad attecchire su un denso substrato di stampo liberale, recepito – in buona parte – dall’impianto normativo del Codice civile e affermatosi nel secolo XIX con la codificazione napoleonica¹³. La citata fase liberale poggia su assunti che, riconsiderati attualmente col classico “senno di poi”, appaiono apoditticamente estremi, quali la fiducia incondizionata nel mercato e nei suoi meccanismi, la signoria della volontà¹⁴ dei soggetti privati – o dogma volontaristico – e la assoluta ed equilibrata¹⁵ separazione “territoriale” tra diritto privato e diritto pubblico, con lo stato nella veste di semplice “controllore silenzioso”.

In questo scenario, i contraenti sono operatori collocati in una posizione di assoluta parità¹⁶ e questo mercato ideale tenderebbe per sua natura alla concorrenzialità (perfetta) e sarebbe capace di assorbire e (auto)correggere *in itinere* le distorsioni e gli errori – *market failures* –. I concetti di mercato e di concorrenza, intesa anche come atavica pulsione umana derivante da innate esigenze di «emulazione»¹⁷ e, ancora più precisamente, in ultima analisi, di capitalismo,

¹¹ Preziosa ricostruzione proposta da SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002 (rist.).

¹² Questo è l’insegnamento di CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1993 (rist.).

¹³ Definita come fase proto-borghese. Vedi NERVI, *Diritto dei contratti e disciplina dell’economia*, cit., p. 320.

¹⁴ Sul punto, ZOPPINI, *Il diritto dei privati e i confini dello stato nazionale, un itinerario*, in ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 37.

¹⁵ Cfr. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, *passim* e, in particolare, pp. 1, 5.

¹⁶ In argomento, NAVARRETTA, *L’evoluzione dell’autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, in *Quad. fior.*, 2014, p. 592; cfr. anche BRECCIA, *Causa, Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII-III, p. 191 ss. Secondo l’A., la libertà contrattuale, per concretizzarsi alla stregua di principio normativo, non deve tenere in considerazione le fisiologiche disparità di potere esistenti nella realtà.

¹⁷ Secondo P. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Milano, 2016 (xxii ed.), p. 40, la concorrenza, che corrisponde non ad astratta ideologia, ma a concreti bi-

sembrano sovrapporsi, giungendo quasi a una perfetta totale coincidenza semantica¹⁸. Nel contesto tratteggiato, lo Stato prende semplicemente atto di diritti che già esistono in capo ai soggetti privati¹⁹, fornisce loro gli strumenti – negozi giuridici appunto – evitando comunque di interferire in maniera penetrante sulle operazioni e sul mercato. L'atto di autonomia e l'assetto di interessi in esso cristallizzato sono quindi pressoché “intangibili” e i rimedi, prettamente ablativi, entrano in gioco solamente nel caso in cui la volontà²⁰ dei contraenti sia, in qualche modo, distorta. Emerge come, sulla base di tali presupposti, non residui spazio per un discorso di reale equilibrio giuridico tra le parti. Il mercato è un'entità che deve essere costruita dai privati, tramite le transazioni, ed esplica i propri effetti (assolutamente benefici) possibilmente senza interferenze esterne²¹. L'architettura liberista e liberale poggia, inoltre, sul presupposto della massima fiducia nel mercato e sull'assioma della perfetta razionalità dei soggetti che in esso operano²², il cui fine ultimo è la massi-

—
 sogni e vantaggi di perfezionamento, di selezione e di primato, trova il suo alveo naturale nella società industriale, sotto l'impulso delle politiche economiche liberiste.

¹⁸ Si rimanda all'insegnamento di GENTILI, *Il diritto regolatorio*, cit., *supra*, nota n. 9. Per un approccio positivo – di stampo certamente liberale e liberista – alla sovrapposizione concettuale tra concorrenza e capitalismo, si rimanda agli studi di HIRSCHMANN, *Le passioni e gli interessi. Argomenti a favore del capitalismo prima del suo trionfo*, Milano, 1979, *passim*; FRIEDMAN, *Efficienza economica e libertà*, Firenze, 1967, *passim*. In posizione critica-prospettiva sociale, si pongono TOENNIES, *Comunità e società*, Milano, 1979, *passim*; TAWNEY, *Eguaglianza*, in *Opere*, Torino, 1975, *passim*; DAHL, *La democrazia economica*, Bologna, 1989, *passim*.

¹⁹ Sul punto, molto chiaramente, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.

²⁰ ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e Antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Roma-Bari, 2008, p. 179, puntualizza come l'ordinamento richiedesse semplicemente che lo scambio avvenisse tra soggetti liberi e consenzienti.

²¹ Evidente il richiamo al pensiero e alle teorie di A. SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Milano, 1973, *passim*. Secondo la prospettiva liberale e liberista, non solo la produzione, ma anche lo scambio è generatore di ricchezza.

²² L'idea della piena razionalità dell'*Homo oeconomicus* può essere considerata l'assunto fondante dell'economia neoclassica. Cfr., senza pretesa di esaustività, GODELIER, *Razionalità e irrazionalità in economia. Logica dialettica e teoria strutturale nell'analisi economica*, Milano, 1970, *passim*; RICHARDSON, *La logica della scelta*.

mizzazione del profitto²³. Tuttavia, il dogma volontaristico, l'assoluta e incondizionata fiducia nel mercato e l'idea della perfetta parità dei contraenti si rivelano fallaci e, nella migliore delle ipotesi, utopistici.

Primariamente, si osserva come il tradizionale assunto della perfetta razionalità del contraente-consumatore, su cui si incentrano gli studi economici neoclassici, viene efficacemente confutato dalle riflessioni di quella branca dell'economia definita cognitiva²⁴. Secondo questa (più realistica) impostazione, l'essere umano non è, per definizione, razionale e il processo di scelta che compie, nel momento in cui opera sul mercato, dà costantemente origine a errori cognitivi.

Tali distorsioni non sarebbero determinate unicamente da una carenza informativa – lacuna superabile grazie alla capacità di apprendimento di cui un uomo medio è certamente dotato e per via dei puntuali e precisi obblighi informativi posti in capo ai produttori di beni e servizi – ma anche dal modo in cui vengono interpretati tali *inputs*, che vengono filtrati dal “bagaglio” di esperienze personali, conoscenze, convinzioni e scelte valoriali. Ne deriva che soggetti in possesso di medesime informazioni non automaticamente compiono le medesime scelte di mercato.

Inoltre, già a un primo sguardo, il sistema liberale e liberista appare come un meccanismo che, non solo non risulta strutturato sull'uguaglianza tra le parti, ma che finisce per acuire drasticamente le endemiche disuguaglianze (già) esistenti al suo interno. In uno scenario in cui lo stato sceglie di non intervenire²⁵, in cui i privati co-

Introduzione alla teoria economica, Milano, 1968, *passim*, e, in particolare, p. 25, 26; BECKER, *L'approccio economico al comportamento umano*, Bologna, 1998, *passim* e, in particolare, p. 447 ss.; SEN, *Razionalità e libertà*, Bologna, 2005, *passim*.

²³ Cfr., GENTILI, *Il diritto regolatorio*, cit., p. 26.

²⁴ Cfr., RIZZITELLO, SPADA, *Behavioral finance e finanza cognitiva*, in *I fondamenti cognitivi del diritto*, a cura di R. Caterina, Milano, 2008, pp. 69 ss.; RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi giuridica dell'Economia: "Finanza Comportamentale, Investitori a razionalità limitata"*, fasc. 1, 2012, p. 12. In argomento, *amplius*, F. FERRO-LUZZI, *Il ruolo del diritto nell'accrescimento del benessere*, cit., p. 7.

²⁵ Secondo un autorevole insegnamento una delle criticità maggiori dell'architettura liberale sarebbe data dalla «[...] cecità dello Stato verso i presupposti sociali per la realizzazione delle libertà fondamentali». A tal fine, sono ritenuti indispensabili degli interventi pubblici correttivi delle situazioni di fatto che discrimi-

struiscono il mercato, il principio del *laissez-faire* genera notevoli distorsioni e/o *market failures*, quali la nascita di monopoli, di asimmetrie e l'impatto di esternalità.

Inoltre, in un sistema incentrato sul contratto inteso come strumento principale per la circolazione della ricchezza e, soprattutto, come mezzo di acquisto e trasmissione della proprietà²⁶, a dettare le regole è solo il ceto – elitario – dei proprietari²⁷. Non tutti i soggetti sono posti in condizione di partecipare attivamente al meccanismo democratico e quindi alle scelte politiche – stante il mancato riconoscimento universale del diritto di voto²⁸ – e non tutti hanno, conseguentemente, la concreta possibilità di avere ingresso al citato ceto proprietario. In questo senso, si è efficacemente osservato come un sistema interamente incentrato sull'autonomia privata tenda paradossalmente a distruggere proprio quell'archetipo di società che sulla libertà (privata) vorrebbe incentrare, favorendo, al contrario, l'emersione dei soggetti più forti²⁹. Non casualmente, la concezione “moderna” di proprietà si afferma nel periodo liberale, quasi alla stregua di diritto illimitato, istituto oramai affrancatosi dalla macchinosa, ingombrante e secolare influenza del sistema feudale, apparato che certamente non incentivava l'individuo all'accumulo di ricchezza e alla costruzione di un patrimonio personale.

L'architettura liberale entra definitivamente in crisi anche per via di eventi drammatici quali i due conflitti mondiali e soprattutto la crisi economica³⁰ che vede il suo inizio verso la fine degli anni 20 del

nano la possibilità di esercitare i diritti di libertà formalmente garantiti a tutti. Vedi MENGONI, *I diritti sociali*, in ID., *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 124.

²⁶ Sul punto, P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 320.

²⁷ Molto chiaramente, SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, Bologna, 2015, p. 18.

²⁸ Fatto già idoneo, di per sé, a mettere drasticamente in crisi il dogma dell'uguaglianza tra le parti. Riflessioni in NERVI, *Diritto dei contratti e disciplina dell'economia*, cit., p. 321.

²⁹ Cfr. SIRENA, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, in «Le libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato, a cura di F. Mezzanotte, Roma, 2016, p. 121 ss., ed *ivi* a p. 130.

³⁰ Periodo efficacemente definito come età della catastrofe. Vedi SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, cit., p. 21.

secolo scorso e che contrassegna quel periodo definito come “grande depressione”. La generale devastazione e la generalizzata condizione di drammatica indigenza, che condiziona le vite di milioni di individui, conducono a una riconsiderazione della fiducia riposta nel mercato e nei relativi presunti meccanismi “autocurativi”, e generano inedite esigenze di tutela per categorie di soggetti, considerati deboli, rese pressanti e attuali anche in considerazione del profondo baratro in cui i diritti umani erano sprofondati in occasione del secondo conflitto mondiale.

Per quanto attiene, specificamente, all’evoluzione del nostro ordinamento, si registra l’entrata in vigore del Codice civile del ’42, che, se da un lato recepisce certamente, anche a un livello puramente terminologico e definitorio (art. 1321), l’impostazione liberale di contratto come atto di pura volontà privata, tratteggiando il concetto di autonomia contrattuale da cui promanano differenti corollari, connessi all’idea del se, del come e del con chi contrattare (art. 1322), dall’altro reca in sé anche profili tipici di un’impostazione differente, che identifica il negozio giuridico alla stregua di strumento di politica economica³¹, con il quale lo stato attua il suo intervento nell’economia, constatata la necessità imprescindibile di tale meccanismo in vista del governo del mercato³².

Il contratto continua a essere identificato come strumento di autonomia, utile alla conformazione di un assetto di interessi privati, ma è iscritto in una cornice più ampia, tracciata dall’«ordine giuridico», che ha la funzione di monitorare la meritevolezza di tali interessi, anche in virtù della funzione sociale cui essi corrispondono³³. Queste autorevoli riflessioni hanno probabilmente contribuito alla nascita di un’idea differente di contratto, che si distacca da una dimensione prettamente individuale, si connette maggiormente alla persona del contraente e si iscrive in uno scenario più ampio, generale e sociale. Questo aspetto rappresenta probabilmente una tappa

³¹ GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impr.*, 2000, p. 195.

³² Cfr., NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, *passim* e, in particolare, p. 125.

³³ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 85.

importante nel processo di funzionalizzazione che interessa la categoria del contratto e dell'autonomia contrattuale, ma anche dei diritti reali e della proprietà, e parte, evidentemente, da una riconsiderazione del ruolo dell'uomo, che passa attraverso un graduale abbandono della prospettiva individualista nel rapporto e puramente appropriativa nella gestione delle risorse, efficacemente definita come logica «estrattiva»³⁴.

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana completa il “risveglio dirigista” e l'abbandono dell'idea dell'Autorità pubblica quale controllore silenzioso³⁵, determinando una profonda rivoluzione e trasformazione³⁶ nel tessuto, non solo economico, ma anche sociale del paese. La connotazione interventista e “keynesiana” impressa alla Carta emerge chiaramente se si osserva il tenore delle norme dedicate alla proprietà³⁷. Il dettato dell'art. 42 Cost., in cui il diritto reale per eccellenza risulta socialmente funzionalizzato, riflette il chiaro intento di operare una generale distribuzione delle risorse all'interno della società³⁸, eliminando le disparità tra il ceto proprietario e non proprietario, ma anche tra diversi proprietari, tipiche dell'architettura liberale e liberista, attraverso un'opera concreta esercitata dall'Autorità pubblica³⁹.

³⁴ MATTEI, *I diritti reali*, 2, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, cit., 100-102.

³⁵ Sul punto, ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 185 ss.

³⁶ LUCIANI, voce *Economia nel Diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 378.

³⁷ La dottrina, nell'approccio allo studio della proprietà, ha da sempre dedicato grande attenzione al dettato costituzionale. Si rimanda a RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1252; GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1973, p. 441 ss.; SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 465; SANTORO PASSARELLI, *Introduttive*, Genova, 1973; IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Camerino-Napoli, 1983; MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 427.

³⁸ Sul punto, GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1990, p. 43 ss.

³⁹ Si registra così l'abbandono del binomio libertà-proprietà. Lo Stato non è più mediatore tra interessi proprietari, ma sovrano del sistema economico e operatore, in fatto e in diritto. Osservazioni in MATTEI, *I diritti reali*, 2, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, cit., pp. 100-102.

Il fenomeno viene puntualmente ed efficacemente studiato dalla dottrina statunitense⁴⁰, che si accorge di questo passaggio, dedicando, al contempo, particolare attenzione al nuovo modo di connotarsi del rapporto uomo-beni e alla concezione di patrimonio, ora composto anche da *status*, derivanti dal pacchetto di esperienze, competenze e conoscenze possedute, non solo teoriche, ma anche tecnico-pratiche, degne di adeguata e specifica tutela, al pari dei beni materiali (*tangible goods*) – che possono, nel tempo, dare forma e origine a nuovi diritti – *rights*⁴¹. Il discorso, per economia della trattazione solamente accennato, è funzionale a comprendere come non solo il contratto, ma anche altre categorie fondamentali del diritto civile, sembrano “evolversi” in conseguenza del mutato scenario economico e sociale di riferimento che conduce all’assunzione di precise e definite scelte politiche.

L’impianto normativo del Codice civile in tema di proprietà e contratto assume, nel “nuovo scenario” dirigista sopra tratteggiato, un’accezione puramente tecnica, atta a dare attuazione pratica ai valori portati dalla Carta costituzionale⁴². Il “risveglio” dirigista prevede uno Stato pienamente impegnato nel governo dell’economia e del mercato, che assume esso stesso le vesti di imprenditore, e che controlla direttamente alcuni settori chiave dell’economia, attraverso forme di nazionalizzazione e pubblicizzazione dell’impresa⁴³, strumenti di matrice tutt’altro che privatistica, ma autoritativa, adoperati

⁴⁰ Si rimanda, in particolare, agli studi di REICH, *The New Property*, in *Yale L.J.*, 1964, p. 733 ss., ed *ivi* a p. 734, 738 e 739. L’Autorità diventa principale distributrice di ricchezza – *gigantic syphon* – riservandosi non solo poteri di controllo, ma anche penetranti poteri sanzionatori, tesi anche a sottrarre ai soggetti la ricchezza precedentemente loro assegnata in caso di comportamenti illeciti.

⁴¹ REICH, *The New Property*, cit., p. 734, identifica tali nuove ricchezze e le suddivide precisamente nelle seguenti categorie: *i) income e benefits, ii) jobs, iii) occupational licenses; iv) franchises; v) contracts, vi) subsidies.*

⁴² Rileva questa differenza di livello tra il dettato della Carta costituzionale e l’impianto del Codice civile, SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, p. 17 ss., e, in particolare, p. 27, 28. P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, cit., p. 883, osserva come la logica produttivistica abbia ispirato senza dubbio i compilatori del Codice civile, ma non i Costituenti.

⁴³ Sul punto, IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 2009, p. 167.

per il perseguimento di un fine ultimo superiore, rappresentato dall'economia e dalla produzione nazionali. Appare evidente come la ridotta fiducia nel mercato conduca a precise scelte politiche, volte a configurare un'attività di impresa quasi protetta dall'autorità, perché giudicata incapace di "camminare con le proprie gambe", di operare in maniera benefica, efficiente e funzionale, se affidata *in toto* ai meccanismi della libera concorrenza⁴⁴.

Emblematica di questa fase è anche una sorta di "ipertrofia produttiva" del legislatore, impegnato a regolamentare con il mezzo della legge speciale, chiaramente esterno all'impianto codicistico, interi settori basati e incentrati su rapporti di matrice negoziale, quali quello delle locazioni, dei rapporti bancari e dei rapporti di lavoro, soprattutto per quanto attiene alla contrattazione collettiva. Si tratta di un fenomeno ancora in atto, efficacemente definito come «decodificazione»⁴⁵, che ha generato la figura dei c.d. «diritti secondi»⁴⁶. Inoltre, se nella precedente fase liberale il confine tra diritto pubblico e diritto privato era segnato in maniera nitida e piuttosto rigida, l'impostazione dirigista comporta la necessità di sempre più frequenti "incursioni" del primo in settori che sarebbero appannaggio del secondo. La prospettiva sembra, quindi, rovesciarsi letteralmente e al giurista più sensibile non sfugge l'esistenza di una tensione ontologica, quasi "ossimorica", che contrassegna la natura stessa della categoria del contratto⁴⁷. L'atto negoziale continua ad essere identificato come "supremo" strumento di autonomia privata, atto a soddisfare interessi patrimoniali e calato in una dimensione prettamente individuale, quella dei contraenti che ad esso hanno dato vita, per lo più impermeabile ai diritti dei terzi. Tuttavia, l'impostazione dirigista lo identifica prevalentemente come strumento di impresa, proiettato in una dimensione sociale, volto alla ricerca e alla massimizzazione del benessere comune.

⁴⁴ ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 184.

⁴⁵ Si veda per tutti, IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, *passim*.

⁴⁶ Si rimanda agli studi di CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 397 ss.

⁴⁷ Cfr., G.B. FERRI, *La "Cultura del contratto" e le strutture del mercato*, in ID., *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, 2008, p. 372.

Va da sé che, se l'interprete è orientato a difendere incondizionatamente il dogma volontaristico, il contrasto *de quo* appare difficilmente componibile. Probabilmente, l'analisi dell'evoluzione del successivo – e ancora attuale – scenario economico e del ruolo assunto dal mercato potranno contribuire a portare maggiore chiarezza e, se non a ricomporre, quantomeno a rendere meno drastico il dilemma concettuale prospettato.

3. Il sistema dirigista presenta le prime crepe ed entra in crisi nel periodo che intercorre tra la fine degli anni '60 e gli anni '80 del secolo scorso⁴⁸. Numerosi fattori, tra cui un ulteriore periodo di instabilità economica, determinano una sorta di ripiegamento dello Stato dal governo diretto dell'economia, attraverso strumenti come la privatizzazione delle imprese pubbliche e la liberalizzazione di mercati gestiti in regime di monopolio legale. Si assiste quasi a una sorta di ripensamento, favorito da una ritrovata fiducia nel mercato, accompagnato, probabilmente, dalla consapevolezza che determinati settori e/o servizi possono essere gestiti in maniera più proficua e funzionale se lasciati in mano privata. Il discorso è chiaramente complesso e meriterebbe un'autonoma approfondita trattazione, ma emerge come, al di là dell'impatto di fattori esterni quali la situazione di crisi economica che ha caratterizzato il periodo in analisi – basti pensare alla grave inflazione che ha colpito il Paese negli anni '70 – il cambio di prospettiva sia comunque dovuto a precise e mirate scelte politiche.

L'autorità statale dismette il ruolo di imprenditore assunto con l'impostazione dirigista, si ritira gradualmente dal governo dell'economia e ritrova, come sopra osservato, fiducia nel mercato. Si tratta, tuttavia, di una fiducia differente da quella, incondizionata, tipica del periodo liberale, anche perché, nel frattempo, cambia anche il modo di concepire il mercato stesso, che diviene un'entità globale, *rectius*, unica, priva di confini tangibili. La creazione del mercato unico europeo, *in primis* con l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo del 1986, e soprattutto del trattato di Maastricht, dà vita a un ideale spazio all'interno del quale merci, capitali e persone circolano libera-

⁴⁸ Per una compiuta ricostruzione, anche storica, del rapporto tra diritto privato e mercato, cfr. ATTANASIO, *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, Napoli, 2022, p. 36 ss.

mente, improntato sull'idea di una economia di mercato aperta e in libera concorrenza, che si sintetizza successivamente, al di là di qualche dubbio puramente terminologico, nel sintagma «economia sociale di mercato»⁴⁹. Lo scenario in esame è caratterizzato da un ritorno in auge del pensiero liberale – dottrina economica neolibérista⁵⁰ – che rivaluta l'autonomia privata e gli strumenti privatistici ritenendoli più adatti e più efficienti rispetto a quelli pubblicistici, tipici del periodo dirigista, nell'intervento sull'economia. La nuova impostazione si va a innestare su una già preesistente radice ordoliberalista⁵¹, tesa a preservare la libertà e a ridare legittimità alla politica e allo Stato, dopo l'esperienza dei regimi totalitari, attraverso un'economia di mercato e nasce da una precisa consapevolezza, derivante dall'esperienza dei sistemi precedenti, quello liberale e quello dirigista. Al centro del sistema, attualmente, si colloca il mercato, entità creata dalle istituzioni. I contraenti non danno vita al mercato, ma operano all'interno di una realtà già esistente, già formata⁵², che deve però essere regolamentata.

Tale attività regolatoria è appannaggio dell'autorità centrale, che opera non più secondo un'impostazione programmatica, ma attraverso una differente attività di «rimozione degli ostacoli»⁵³ al corretto funzionamento del mercato, che deve essere incentrato su una completa competizione, al fine di una funzionale allocazione delle risorse e della configurazione di una società effettivamente libera⁵⁴. Questo, in sintesi, il cuore del pensiero ordoliberalista, da cui germina

⁴⁹ Vedi TUE, art. 3.

⁵⁰ In dottrina, si è parlato anche di «controrivoluzione liberista». NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, cit., p. 134 ss., ed *ivi* a p. 137.

⁵¹ Cfr., NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 137. Cfr. anche PITRUZZELLA, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, in *Federalismi*, marzo 2009, p. 1 ss., ed *ivi* a p. 6.

⁵² Cfr., NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 95 ss., ed *ivi* a p. 97.

⁵³ Molto efficacemente, MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 3.

⁵⁴ Il pensiero ordoliberalista si deve agli studi della prestigiosa Scuola di Friburgo. Si veda, per tutti, BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, *ORDO* 17 (1966), 75. Più ampi riferimenti in GRUNDMANN, *L'unità del diritto privato. Da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 585 ss., ed *ivi* a p. 586, 587.

il neoliberismo⁵⁵. Si riacquista fiducia nel mercato, nelle sue potenzialità benefiche, ma solamente a condizione che sia sottoposto a regolamentazione⁵⁶ e depurato dalle sue endemiche criticità⁵⁷.

In questo contesto, anche l'autonomia privata è funzionalizzata al mercato e non può più essere considerata isolatamente, ma all'interno di una sorta di cornice che ne monitora l'esercizio. Le norme di diritto privato, volte a eliminare gli ostacoli giuridici che impediscono l'esercizio delle libertà economiche e a favorire il compimento di scelte consapevoli da parte degli operatori, sono ora pensate ed emanate ad un livello che trascende quello dei singoli ordinamenti domestici⁵⁸. Il chiaro riferimento è, in particolare, alle disposizioni a tutela della concorrenza – l. n. 287/1990 – e a protezione del consumatore – c.d. Codice del Consumo, d.lgs. n. 206/2005, disposizioni accomunate dalla *ratio* di fondo rappresentata, in ultima analisi, dalla configurazione di una «struttura concorrenziale del mercato», intesa, in una pronuncia a Sezioni unite della Suprema Corte, come un «più generale bene giuridico»⁵⁹. Si può quasi sintetizzare l'impostazione delineata con un paradosso: l'effettivo esercizio dell'autonomia privata è assicurato solamente se protetto anche dai pericoli insiti nell'esercizio del potere dei privati stessi⁶⁰.

Nello scenario tratteggiato, in cui il mercato libero e concorrenziale è l'entità di riferimento, e in cui anche l'attività negoziale dei

⁵⁵ Sul punto, DENOZZA, *Spettri del mitico "ordo": diritto e mercato nel neoliberismo*, in *Moneta e Credito*, 2019, *passim*.

⁵⁶ Sul punto, GENTILI, *il diritto regolatorio*, cit., p. 27 afferma come, nella prospettiva neoliberista, nasca l'idea di tornare al mercato, dotandolo di strumenti correttivi, che, senza coartare l'autonomia degli imprenditori, e quindi il libero mercato, li indirizzino verso i comportamenti individualmente e socialmente utili.

⁵⁷ Sul punto, TORCHIA, *la regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, a cura di F. Brescia, L. Torchia, A. Zoppini, Napoli, 2012, *passim* e p. 68.

⁵⁸ NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, cit., p. 116, parla di superamento della dimensione statuale da parte del mercato e dei fenomeni imprenditoriali.

⁵⁹ Vedi Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014. In argomento, CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 831 ss.

⁶⁰ Molto efficacemente, GRUNDMANN, *op. ult. cit.*, p. 586.

privati si conforma in tale direzione, l'intervento dell'autorità, nella veste di Stato regolatore⁶¹, avviene attraverso la creazione di Autorità amministrative indipendenti, organismi slegati dalla politica, che operano nella regolamentazione di singoli settori di mercati – energia, comunicazioni, concorrenza, prevenzione della corruzione e trasparenza – mediante l'esercizio di poteri, strumenti e tecniche del diritto privato, al fine di raggiungere scopi di interesse generale⁶². Compito delle Autorità è non solo effettuare un monitoraggio sui soggetti che operano nei mercati di riferimento, ma anche sulla loro attività, sull'oggetto dei mercati in analisi e quindi sui contratti⁶³. Il risultato dell'esercizio di poteri formalmente pubblicistici, ma sostanzialmente privatistici⁶⁴, per quanto attiene alla concorrenza, alla libera circolazione dei prodotti e servizi, alla forma e al contenuto degli atti, allo status dei soggetti che operano sul mercato unico e agli obblighi di protezione, volti a indirizzare l'attività economica verso un risultato di utilità generale, può essere fatto confluire nell'insieme efficacemente definito come diritto privato regolatorio⁶⁵. A

⁶¹ Per il punto di vista dello studioso del diritto pubblico, RIVIEZZO, *Il doppio stato regolatore. Profili costituzionali, appunti di teoria generale*, Napoli, 2013, *passim*.

⁶² Come la costruzione di «programmate strutture mercantili» mediante la funzionalizzazione dell'autonomia di impresa. Così, GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 32. In argomento, P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 214 ss.; RICCIUTO, *Nuove prospettive del diritto privato dell'economia*, in *Diritto dell'economia*, a cura di V. Ricciuto e F. Picozza, Torino, 2017, p. 317.

⁶³ In dottrina si è efficacemente parlato di «contratto amministrato». Cfr. SOLINAS, *Il contratto "amministrato". La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018, *passim*. Utilizza la locuzione «contratto regolato», MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, XXI, tomo I, diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, 1968, p. 50.

⁶⁴ Dai contenuti privatistici, secondo la ricostruzione di GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 32. Poteri di regolamentazione degli atti computi dai soggetti vigilati con i terzi, secondo la ricostruzione di ALPA, *I poteri regolamentari delle autorità indipendenti e la disciplina dei contratti*, in *Istituzioni, mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, a cura di S. Amorosino, G. Morbidelli, M. Morini, Torino, 2002, *passim* e, in particolare p. 11.

⁶⁵ In argomento, sul tema del diritto privato regolatorio e del contratto come strumento di regolazione del mercato, cfr. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati. Ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir.*

tale alveo, mi pare possa essere ricondotta, in generale, tutta l'attività che implica l'utilizzo del diritto privato per la regolamentazione del mercato⁶⁶ e dei suoi segmenti o settori specifici.

L'approdo all'epoca del mercato unico europeo e dello Stato regolatore dovrebbe rappresentare – per ora – la più recente tappa di un itinerario che ha voluto ripercorrere l'evoluzione del rapporto tra l'autonomia contrattuale, lo strumento negoziale e il mercato, nella ricerca di un ideale ordine economico basato su libertà e concorrenza. A un primo sguardo, sembra che l'impostazione cambi a seconda della fiducia che le istituzioni, ciclicamente, ripongono nel mercato e in considerazione delle conseguenti scelte politiche in me-

proc. civ., 2008, p. 98 ss.; CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nel diritto privato europeo*, cit., NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2010, p. 64 ss.; ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie e metodi*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, 2014, p. 375. L'A. segnala chiaramente il cambiamento nella concezione del contratto, che da strumento di scambio diviene strumento di regolazione. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, *conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities*, in *Nuove autonomie*, 2017, 441 ss., ed *ivi* a p. 445; GITTI, a cura di, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, *passim* e, in particolare, sulla regolazione del mercato come strategia, p. 15; ID., SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 17; FEDERICO, *Integrazione del contratto e poteri delle Autorità Amministrative indipendenti. Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, p. 641 ss.; PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, p. 69 ss.; AA.VV., *I poteri dei privati e il diritto della regolazione*, a cura di A. Zoppini e P. Sirena, Roma, 2018, *passim*; SOLINAS, *Il contratto "amministrato"*, cit.; AMOROSINO, *Imprese e mercati tra autonomia privata e regolazioni pubbliche*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, p. 3 ss.; AZARA, *Fonti sub-primarie e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 196 ss.; ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars interpretandi*, 2021, p. 37 ss.; ID., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit.; ATTANASIO, *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, cit., *passim*; ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit.

⁶⁶ Cfr. NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 135; SIRENA, *Autonomia privata e regolazione del mercato nella disciplina dei contratti di impresa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, p. 509 ss. Sul punto, ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, *passim* e, in particolare, p. 244, ritiene che la regolazione implichi, in via generale, tutte le discipline volte a rendere effettiva la concorrenzialità del mercato eliminando a tal fine gli ostacoli.

rito all'intervento nell'economia. Sperimentati i due modelli estremi, rappresentati dal liberismo e dal dirigismo, l'odierna realtà globalizzata sembra orientata sulle coordinate di un intervento più blando dell'autorità centrale, nell'ottica di preservare la libertà economica dei soggetti che si rivolgono all'entità identificata come mercato unico.

Il mercato sembra quindi rappresentare il fattore evolutivo dotato di spinta maggiore, se si considerano le precedenti osservazioni sulla funzionalizzazione, evoluzione, metamorfosi o adeguamento delle categorie del diritto privato, in particolare dell'autonomia privata e del contratto.

Tali osservazioni, non dovrebbero, tuttavia, chiudere completamente il discorso. Sembra, piuttosto, in atto, mi pare, una sorta di mutamento radicale, iniziato già da parecchio tempo, che coinvolge non solo le categorie e gli istituti utilizzati dal civilista, fin dal momento stesso in cui sono stati forgiati, ma il modo stesso in cui l'uomo concepisce se stesso, l'ambiente, la realtà che lo circonda e i rapporti con le cose e con gli altri uomini. Se si accetta questa ricostruzione, la formazione del mercato unico europeo appare certamente come un evento fondamentale ed epocale, ma, nell'ottica del discorso che si proverà a portare avanti nel proseguo della trattazione, potrebbe essere solamente, se si accetta la metafora, la "punta dell'iceberg".

4. Se si richiama e si accetta l'idea del diritto privato come strumento regolatorio, così come tratteggiata al precedente punto 1, è utile ribadire che l'architettura normativa creata è volta a regolare rapporti giuridici tra i consociati, tra l'uomo, le cose e l'ambiente circostante. Se tali rapporti si evolvono, perché iscritti in un contesto sociale, economico e tecnologico mutevole, allora anche le relative categorie di riferimento, per tenere il passo e mantenere la propria funzionalità, devono evolversi ed essere ripensate, anche solamente a un livello ontologico, senza necessariamente il bisogno di interventi di riforma più o meno invasivi.

Sembra che le categorie civilistiche siano coinvolte in questo processo evolutivo fin dalla loro configurazione, ovvero fin dal primo momento in cui i rapporti e i comportamenti umani hanno assunto una veste tecnica. Se, come emerso dalla disamina di cui ai

precedenti punti, il contesto economico che si declina nel mercato può essere considerato certamente un fattore evolutivo nel processo che coinvolge le citate categorie, la cui influenza risulta particolarmente determinante, fondamentale risulta anche la consapevolezza umana rispetto alla realtà circostante e alle cose, intese come risorse appropriabili e successivamente scambiabili.

In quest'ottica, un altro importante fattore evolutivo, certamente più "statico", ma preesistente e prodromico rispetto all'idea di mercato, è senza dubbio la configurazione del rapporto tra l'uomo e i beni, che si estrinseca, in prima battuta e secondo un'immediata prospettiva empirica, nella fisiologica pulsione all'accumulo di ricchezza, volta alla costituzione di un patrimonio disponibile. L'idea di patrimonio emerge di pari passo con l'affermazione del moderno diritto di proprietà, riconosciuto e incentivato dal legislatore al punto da rendere "conveniente" per il soggetto l'accumulo di risorse, anche perché, in modo pressoché automatico, si riconduce anche la ricchezza generata dal bene al proprietario del bene stesso. Il concetto di proprietà si afferma in maniera decisiva nell'ambito del pensiero liberale⁶⁷, in cui spesso si affianca proprio a quello di libertà, e in tale contesto si gettano le basi anche per la concezione e le teorizzazioni moderne⁶⁸.

Il riconoscimento di un diritto di proprietà sui beni e sulla ricchezza generati in favore dell'autore dell'iniziativa economica o pro-

⁶⁷ Il riferimento è agli studi di MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese: la teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, Milano, trad. it. di S. Borutti, 1982, *passim*. L'A. concepisce un individuo libero, che non deve nulla alla società in quanto «proprietario della propria persona e delle proprie capacità». Si rimanda inoltre a NEUMANN, SIVINI *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1973, *passim*. La proprietà viene considerata alla stregua di uno strumento utile per la realizzazione di una «vita buona». Riferimenti in P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 129.

⁶⁸ Si veda, in particolare, PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, *passim*; RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1253 ss.; COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, *passim*; DE VITA, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milano, 1969, *passim*; P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 54 ss.; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 406 ss. In particolare, sul contenuto del diritto, si rimanda a DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna, 1976, p. 376.

duttiva costituisce anche un chiaro incentivo al lavoro e all'iniziativa del singolo. La proprietà sembra essere quasi un naturale e necessario corollario della citata pulsione umana verso l'arricchimento, verso la produzione di ricchezza e l'accumulo di cespiti patrimoniali ed è un istituto con funzioni di regolamentazione, di salvaguardia e perfino incentivanti. Nell'arco di poco più di due secoli, è radicalmente mutato il modo di produrre e di ricavare ricchezza⁶⁹.

Attualmente, è possibile organizzare i fattori produttivi in maniera sempre più complessa e capillare e il contesto economico stesso si è evoluto in maniera rivoluzionaria nel momento in cui la realtà rurale ha lasciato il posto alla produzione industriale, massificata e standardizzata, che caratterizza l'attuale congiuntura economica⁷⁰. Conseguentemente, il concetto stesso di patrimonio, efficacemente definito come l'insieme dei rapporti giuridici di diretta rilevanza economica riconducibili a un dato soggetto⁷¹, si evolve in base al contesto economico e produttivo di riferimento. Inizialmente, l'uomo produce e accumula ricchezza semplicemente in vista della pura e semplice sopravvivenza, ma, in un secondo momento, il patrimonio assume la funzione di soddisfare anche bisogni voluttuari, legati all'estetica e al puro piacere. Questo meccanismo è stato identificato in modo efficace con la locuzione «autoaffermazione economica»⁷². Il patrimonio⁷³ svolge, in quest'ottica, una funzione quasi «civilizzatrice»⁷⁴. La maturata consapevolezza che un'attività che si estrinseca

⁶⁹ Cfr. RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso «Myriad Genetics»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 281 ss.

⁷⁰ In particolare, anche in una prospettiva critica, si veda POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it., Torino, 1974, *passim*.

⁷¹ Per questa definizione, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1977, p. 390.

⁷² Si rimanda all'importante contributo di R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, 1877, pp. 54-56, trad. it. a cura di M.G. Losano, Torino, 1972. Riferimenti anche in P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., p. 129.

⁷³ P. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 129, individua con esattezza lo scopo del patrimonio, che è quello di permettere la vita. Senza patrimonio sarebbe impossibile garantire l'esistenza futura. Sottolinea inoltre il ruolo del diritto, che è quello di garantire tanto la vita, quanto il patrimonio.

⁷⁴ Ancora, R. VON JHERING, *op. ult. cit.*, p. 54-56.

nella costruzione di un processo produttivo più o meno complesso, nello sfruttamento di un bene e/o nell'organizzazione di fattori produttivi possa certamente rappresentare una fonte di ricchezza, dà vita a un'ulteriore evoluzione nel rapporto tra l'uomo e le cose, conferendogli una dimensione maggiormente dinamica e moderna.

La statica relazione uomo-bene, che in un primo momento appare quasi fisica, declinabile nel dualismo soggetto-fondo, entra decisamente in crisi nel momento in cui si afferma il fondamentale corollario della funzione sociale⁷⁵ del diritto di proprietà e si legittima a livello costituzionale la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost). In un certo senso, il contenuto dell'originale diritto reale si è come scomposto, quasi frammentato ed evoluto. Il rapporto uomo-bene si atteggia diversamente e si modifica radicalmente, al punto che di fianco alla dimensione statica e individualistica rappresentata dai poteri del proprietario, emergono anche altre situazioni, legate ai nuovi modi di produrre ricchezza, anch'esse meritevoli di tutela, che assumono un connotato maggiormente dinamico perché trascendono la dimensione individuale del proprietario⁷⁶.

Si configura così la dimensione dell'impresa, che si caratterizza per maggiore dinamismo, e si assiste alla genesi del ceto imprenditoriale. L'uomo proprietario si completa e si "evolve" nell'uomo imprenditore⁷⁷, quale soggetto che, attraverso la combinazione di fattori produttivi crea nuova ricchezza e assume le vesti di «attivatore del sistema economico, altrimenti inerte»⁷⁸. L'impresa va oltre la dimensione della proprietà, anche perché non ha necessariamente bisogno di quest'ultima per esistere, declinandosi in una prospettiva quasi tridimensionale. L'imprenditore opera sul mercato, interagisce,

⁷⁵ Per la ricostruzione del dibattito, si rimanda agli studi di P.P. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 188 ss.

⁷⁶ Lucidamente, VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile* (1947), in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, pp. 614, 622, 623 e 632 e ID. *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, in *Studi giuridici*, III, cit., p. 331.

⁷⁷ Si rimanda a RODOTÀ, *Scienza giuridica ufficiale e definizione della proprietà*, ora in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, seconda ed., Bologna, 1990, pp. 127-148.

⁷⁸ Così, GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, III, diretto da F. Galgano, Padova, 2010, p. 600.

pur non essendo spesso proprietario dei beni che utilizza, ma proprio questo insieme di strumenti e di libertà che sfrutta, uniti all'assunzione di rischi precisi, determinano la sua evoluzione rispetto al "semplice" proprietario. Non si tratta di un processo sovversivo, volto a porre nel nulla o travolgere quelli che sono stati i principicardine ispiratori della codificazione, quanto piuttosto di una logica e necessaria evoluzione di un sistema volto al riconoscimento di nuovi interessi economici e di nuove forme di ricchezza. Secondo questa impostazione, il diritto reale assoluto, che si arricchisce, si "complica" o si completa, a seconda dei punti di vista, in quanto connotato da una funzione (sociale), apre la strada a una metamorfosi profonda. Per di più, l'interesse statico del proprietario è spesso per definizione in contrasto con quello dinamico della classe imprenditoriale e le potenziali frizioni interessano e coinvolgono queste due differenti dimensioni.

Quanto affermato può rappresentare un primo spunto per confermare l'idea di una costante evoluzione delle categorie civilistiche in mano all'interprete, anche in considerazione del fatto che i compilatori del Codice civile avevano ben presenti sia la dimensione proprietaria che quella imprenditoriale e, consapevolmente, in virtù della "rivoluzione" già in atto, che coinvolgeva già il rapporto uomo-ricchezza-patrimonio-beni, hanno scelto di riconoscere e incentivare entrambe.

5. Il processo evolutivo in atto coinvolge in maniera evidente anche un altro profilo relativo ai rapporti tra l'uomo e i beni, attinente all'emersione e alla successiva necessità di inquadramento di nuove risorse, anche, ai fini della successiva circolazione e quindi immissione sul mercato delle stesse. Come si vede, l'individuazione di nuove risorse è prodromica rispetto alla fase del mercato e su tale processo hanno pesantemente influito negli ultimi decenni il progresso tecnologico, la creazione di nuove categorie di beni da cui trarre ricchezza e la moderna impostazione del mercato unico europeo, attualmente incentrato proprio sulla valorizzazione e sulla circolazione di tali entità.

Infatti, se si osserva la società moderna, caratterizzata da fenomeni quali la globalizzazione, l'internazionalizzazione spinta dei processi produttivi e degli scambi, ma soprattutto dall'utilizzo oramai

diffuso e quotidiano dei *mass media* e delle tecnologie informatiche anche più sofisticate, complesse ed evolute, emerge come la categoria più importante e rilevante di beni sia costituita oggi dai dati e dalle informazioni, risorse non tangibili, che tuttavia hanno un elevato valore sul mercato. Per questo, si ha l'impressione, come osserva un'autorevole dottrina, che sia pienamente verificato l'assunto secondo il quale «conoscere è potere»⁷⁹. Per certi versi, l'attuale sistema economico si regge sull'informazione e dall'informazione stessa trae nuova linfa vitale.

La creazione e l'apprendimento dei dati e la rapida, puntuale e completa veicolazione degli stessi rappresentano senza dubbio l'asse portante dell'attuale congiuntura, definita come società post-industriale o società dell'informazione⁸⁰. Le informazioni e i dati rappresentano variabili dotate di un preciso valore di mercato e un costo, declinabile in termini di tempo e competenze, che gli operatori sono disposti a sostenere in vista del miglioramento dell'attività svolta. Si parla oramai di economia dell'informazione⁸¹ o *data economy*, un sistema basato sulla condivisione – sharing economy – di dati che circolano liberamente dando vita a una sorta di catena produttiva potenzialmente infinita, attraverso la quale contribuiscono, a loro volta,

⁷⁹ L'espressione è di P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, pp. 327-353 ed *ivi* a p. 327. L'a. osserva come, nell'attuale contesto sociale, l'informare e l'essere informati rappresentino una necessità strutturale dell'intero sistema. Per quanto attiene al problema della libera circolazione delle informazioni quale presupposto per l'attuazione dell'effettiva eguaglianza e della partecipazione di tutti alla vita del paese, cfr. ID., *Informazione, libertà di stampa e dignità della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 624 ss.

⁸⁰ Cfr. la fondamentale opera di BELL, *The Coming of Post-Industrial Society*, *passim*. L'a. descrive chiaramente il trapasso dall'economia dei beni all'economia dell'informazione. Sul punto anche GALLO, *Tratt. contratto*, I, *La formazione*, Torino, 2010, pp. 287-288. Sul punto anche ZENO-ZENCOVICH, *Diritto di informazione e all'informazione*, in *treccani.it/enciclopedia*, p. 4.

⁸¹ Sul punto, STIGLER, *The Economics of Information*, in *J. Political Economy*, 1961, occupies a slum dwelling in the town of economics». Tra gli studi più rilevanti, nell'ottica della teoria sull'economia dell'informazione, si rimanda, senza pretesa di esaustività, a ARROW, *The Economics of Information*, *Collected Papers*, Oxford, 1974; LAMBERTON (a cura di), *Economics of Information and Knowledge*, Harmondsworth, 1971; LAFFONT, *The Economics of Uncertainty and Information*, Cambridge (Mass), 1989; SALTARI, *Informazione e teoria economica*, Bologna, 1990; ANTONELLI (a cura di), *The Economics of Information Networks*, Amsterdam, 1992.

a creare nuovi dati e nuove informazioni destinate ancora alla circolazione. Il dato diventa materia prima in un sistema organizzato orizzontalmente.

Per descrivere il sistema caratterizzato dalla produzione e commercializzazione di informazioni si è parlato efficacemente anche di «capitalismo cognitivo», fenomeno che si manifesta con un doppio passaggio che connota l'attuale congiuntura economica. Per un verso, si registra la radicale transizione dall'occupazione industriale agli impieghi nel settore dei servizi; per altro verso, il trapasso dall'economia materiale, in quanto proiettata proprio alla produzione di beni materiali, al ruolo nevralgico svolto dai nuovi processi finalizzati alla creazione e alla circolazione della conoscenza, dei dati e dell'informazione⁸². Le problematiche legate all'emersione di nuove forme di proprietà, *rectius*, di nuovi beni, declinabile nella locuzione *new properties*, sono state oggetto di studi a livello globale⁸³. L'emersione di nuove categorie di beni genera un ulteriore passaggio evolutivo che coinvolge la categoria del patrimonio, già interessato dal passaggio dall'economia della stretta sussistenza alla produzione industriale, e le tecniche regolatorie per la circolazione delle risorse, quali, *in primis*, la proprietà.

Oggetto di contratti e negoziazioni è tutto quel patrimonio di dati, conoscenze e competenze che possono circolare e hanno un valore commerciale per il soggetto che ne ha la disponibilità, ma anche per chi è disposto ad acquisirle. L'emersione di nuove tipologie di risorse prevede anche nuove prospettive di approccio alle tematiche tradizionali, quali le modalità regolatorie e appropriative. Il soggetto diviene così titolare di un "nuovo" patrimonio composto anche da *status*, derivanti dal pacchetto di esperienze, competenze e conoscenze possedute, non solo teoriche, ma anche tecnico-pratiche, e che sono degne di adeguata e specifica tutela, al pari dei beni mate-

⁸² FUMAGALLI, *Bioeconomia e capitalismo cognitivo. Verso un nuovo paradigma di accumulazione*, Roma, 2007, p. 58; M. BARCELLONA, *La metafora dei «beni comuni»: lo Stato e la democrazia nel tempo del capitalismo cognitivo*, in *Dem. dir.*, 2016, p. 7 ss.

⁸³ Particolarmente rilevanti risultano gli studi della dottrina statunitense, patria dei nuovi beni. Si rimanda al prezioso saggio di REICH, *The New Property*, cit., p. 733.

riali (*tangible goods*) – e che possono, nel tempo, dare forma e origine a nuovi diritti.

Il percorso evolutivo tratteggiato interessa anche il diritto successorio e la categoria del patrimonio ereditario. A questo proposito, si evidenzia come la giurisprudenza⁸⁴ ha recentemente posto le basi per la teorizzazione del concetto di «eredità digitale», entità composta da elementi quali dati, foto, video, pensieri condivisi dal *de cuius* e informazioni relative all'attività professionale svolta. Tale patrimonio sarebbe trasmissibile agli eredi, autorizzati ad accedere all'account per recuperare e conservare le informazioni *de quibus*, anche in virtù del profondo legame affettivo intercorso con il defunto, con l'intento di preservarne la memoria, ma anche per scongiurare la perdita irreparabile di tale patrimonio. La salvaguardia del patrimonio informatico e digitale del defunto si concretizza così in ossequio a meritevoli esigenze di carattere familiare.

Ad ulteriore conferma di quanto affermato, se si considera il contesto economico di riferimento, basato sul modello di *sharing economy*⁸⁵, che mette in crisi il sistema gerarchico-piramidale tipico che, per quasi un secolo, ha connotato il tradizionale modo di intraprendere l'attività di impresa, la creazione del Mercato Unico Digitale (europeo) è non solo un obiettivo dell'Unione europea, derivante quindi da chiare scelte politiche, ma diventa quasi una necessità. La necessaria quanto libera circolazione delle informazioni e dei dati, che attualmente rappresentano le risorse più preziose sul mercato, ma anche materia prima nella nuova concezione di ciclo produttivo, in molti casi resa possibile solamente grazie all'utilizzo di sistemi informatici evoluti, pone dei problemi concreti, che coinvolgono le tradizionali categorie del diritto civile e, in generale, le meccaniche relative alle transazioni⁸⁶.

⁸⁴ Trib. Milano, Ord. 10 febbraio 2021, in *Corr. giur.*, 2021, p. 661 ss., con nota di MANIACI, *La prima decisione italiana in tema di "eredità digitale": quale tutela post mortem per i dati personali?*

⁸⁵ Sul concetto di *sharing economy*, SMORTO, *Dall'impresa gerarchica alla comunità distribuita. Il diritto e le nuove forme di produzione collaborativa*, in *Orizz. dir. comm.*, 2014, pp. 1-34, ed *ivi*, p. 7 ss.

⁸⁶ ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, in AA.VV., *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2019, p. 673 ss., ed *ivi* a p. 675.

Inoltre, il problema della tutela dei singoli individui si può intrecciare con la tutela di un altro valore fondante del mercato unico (digitale), ovvero la libertà di autodeterminazione economica nell'ambito delle c.d. *non monetary transactions*⁸⁷, di fatto, operazioni negoziali in cui l'uso del pacchetto dati dell'interessato costituisce una sorta di contropartita – o controprestazione – in favore del *provider* che, in cambio, mette a disposizione uno spazio virtuale (es. pagina *social network*). In dottrina si è dubitato in merito alla natura contrattuale di tali transazioni, in quanto il pacchetto dati “ceduto” dall'utente sarebbe inestimabile, da intendersi secondo l'accezione della impossibilità di avere un valore. Tali assunti spingono lo studioso del diritto civile a riconsiderare e rimettere in discussione categorie e profili quali la patrimonialità del rapporto obbligatorio, la simmetria dello scambio, che oramai trascende la dimensione individuale, per declinarsi verso coordinate di massa, diventando contratto in serie.

Ci si può, inoltre, interrogare su come si inscriba il concetto di accordo stesso nell'ambito di tali transazioni, sul ruolo della volontà, nel momento in cui, per esempio, l'accordo è frutto di un procedimento “sintetico”, creato da un sistema informatico chiuso (es. *smart contracts*)⁸⁸, su come considerare l'architettura classica del contratto, da un punto di vista strutturale, nel momento in cui l'accordo incorpora l'oggetto stesso del contratto, *rectius*, oggetto e contratto stesso quasi si sovrappongono, non solo concettualmente, come nel caso dei *digital contracts*.

La nuova concezione di ciclo produttivo è essenzialmente incentrata sull'utilizzo “circolare” di risorse quali i *big data*⁸⁹, dell'in-

⁸⁷ Cfr. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2014, p. 102 ss.

⁸⁸ Sul punto, da ultimo, MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021, *passim*. In argomento, anche MICELLO, *La tecnologia blockchain al servizio della gestione delle informazioni ambientali: verso un “Blockchain Green Public Procurement?”*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2018, p. 83 ss.; CUCCURU, *Blockchain e automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 111 e ss. D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 378 ss.; BUONANNO, *La responsabilità civile nell'era delle nuove tecnologie: l'influenza della blockchain*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1618 ss.

⁸⁹ Sul punto, ZENO-ZENCOVICH, GIANNONE CODIGLIONE, *Ten legal perspective*

ternet of things, ovvero oggetti di uso comune, un tempo “inanimati” e ora costantemente connessi alla rete e capaci di elaborare, trasmettere e condividere dati in tempo reale con l’utente. L’attività di trattamento dati che le infrastrutture e le regole tecniche consentono ai *providers* è, di fatto, un’attività lecita e “libera” ma proceduralizzata, basata su meccanismi e vincoli di responsabilità (oggettiva) posti in capo ai soggetti che effettuano il trattamento *de quo* e, specularmente, prerogative di controllo in capo agli interessati.

A conferma di questo assunto, è sufficiente osservare l’impianto del Regolamento europeo per la protezione dei dati personali – Regolamento UE 2016/679 – il cui obiettivo è dettare norme relative «alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati», confermando, al contempo, l’impossibilità di limitare o vietare la circolazione dei dati all’interno dell’Unione europea⁹⁰. La norma citata incorpora perfettamente, a parere di chi scrive, la definizione moderna di «diritto della privacy» o «diritto alla riservatezza», che risulta piuttosto lontana dalle precedenti teorizzazioni, che intendevano tale situazione giuridica come il diritto al rispetto di uno spazio sacro, intimo e inviolabile che si traduceva dal lato pratico, nel «diritto ad essere lasciati soli»⁹¹. A conferma della nuova impostazione “mercantilistica” assunta dalla disciplina del trattamento dei dati personali, si evidenzia come il consenso dell’interessato abbia perso il suo ruolo centrale, divenendo una delle differenti basi giuridiche a sostegno della liceità del trattamento effettuato⁹². In particolare, il potere di controllo attribuito al soggetto, che si declina anche nell’esercizio di diritti dinamici – es. rettifica – mira a garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché a corroborare l’osser-

on the “big data revolution”, in *Big data e concorrenza*, a cura di F. Di Porto, num. spec. di *Conc. e mercato*, 2016, p. 29 ss.; ID., *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Riv. dir. media*, 2018, pp. 2-7, ed *ivi*, p. 3.

⁹⁰ Art. 1, commi 1 e 3 Regolamento UE 2016/679.

⁹¹ Riferimenti in CUFFARO, *Il diritto europeo sui dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale*, in AA.VV., *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 3 ss.; cfr. anche RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, in AA.VV., *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 23 ss.

⁹² Si rinvia a CALISAI, *I diritti dell’interessato*, in AA.VV., *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 327 ss., ed *ivi* a p. 331.

vanza del principio di finalità, ossia – in estrema sintesi – a verificare che il trattamento si svolga in conformità sia alle finalità dichiarate e/o istituzionali del titolare sia alle condizioni per le quali l'interessato ha prestato – se previsto – il consenso.

Conseguentemente, secondo quanto affermato anche in precedenza, il meccanismo regolatorio più funzionale al caso dei dati personali sembra più vicino al paradigma delle regole di responsabilità – *liability rules* – secondo il quale il carattere necessario del meccanismo circolatorio viene bilanciato dalla possibilità di monitoraggio e intervento attribuita all'interessato e da una fattispecie di responsabilità posta in capo al soggetto che effettua il trattamento dei dati. Tale assunto trova ancora una volta conferma nelle disposizioni del citato Regolamento (art. 82 comma 1), secondo le quali «Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento». Inoltre, stando alle disposizioni del successivo comma 3, «Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2 se di mostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile».

Il meccanismo basato sulle *liability rules*, chiaramente non riconducibile al paradigma consensuale, prevede una compensazione in denaro da parte del responsabile per l'eventuale incongruo utilizzo della risorsa. L'interessato, al quale la risorsa è inizialmente riconducibile, non può impedire la circolazione di tale risorsa, né l'utilizzo da parte di altri soggetti, perché spesso tale utilizzo è collegato a un servizio di cui egli ha necessità, ma può monitorare i procedimenti connessi e richiedere una compensazione in denaro, rapportata al potenziale valore di mercato⁹³ della risorsa che venga compromessa, distrutta o utilizzata in maniera incongrua, non funzionale o illecita.

Le regole basate sul meccanismo della responsabilità entrano quindi in gioco quando le regolazioni basate sulla *property rules* e il meccanismo dell'esclusione – *ius excludendi alios* – o sul consenso – non si dimostrano funzionali alla circolazione e/o all'utilizzo della risorsa, che comunque, data la sua natura, deve essere veicolata, in

⁹³ Si rimanda agli studi di CALABRESI e MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability*, in *Harvard L. Rev.* 1972, 85, p. 1089 ss., ed *ivi* a p. 1092.

quanto la sua mancata circolazione paralizzerebbe il servizio e quindi il mercato. Riemerge ancora l'idea del mercato come arbitro delle logiche circolatorie e infine delle tecniche regolatorie. In questo scenario, il consenso dell'interessato si funzionalizza, si stacca dalla dimensione negoziale, suo alveo naturale, diventando mera condizione di procedibilità, compensata, dall'altro lato, dai citati poteri di controllo. Ecco, quindi, che nell'ottica di un recupero del paradigma proprietario come tecnica regolatoria, emerge la necessità di un lavoro di revisione, anche ermeneutico, della categoria. Una soluzione potrebbe essere, come efficacemente sostenuto, quella di rivedere l'idea di proprietà intesa in senso statico, ovvero, come mero diritto di fruizione della risorsa⁹⁴, che sembra entrare palesemente in crisi di fronte ai nuovi beni, alle nuove risorse e ai nuovi metodi di produzione di ricchezza. Attualizzare la proprietà potrebbe voler dire rileggere l'istituto anche in chiave più imprenditoriale, e operare anche un necessario bilanciamento tra gli interessi del soggetto che ha la titolarità della risorsa e i terzi⁹⁵.

6. Se si richiama ancora l'idea del diritto privato come strumento atto a conferire una veste tecnica ai rapporti tra uomo e beni, tra uomo e uomo e soprattutto al modo in cui l'uomo concepisce se stesso in rapporto a ciò che lo circonda, emerge come, anche sotto quest'ultimo fondamentale profilo, è in corso una considerevole e "consapevole" evoluzione. Se si osserva l'ordinamento giuridico, ma soprattutto, per quanto attiene alla prospettiva dello studioso del diritto civile, l'apparato normativo di riferimento dei diritti reali, dell'istituto della proprietà e anche del contratto, emerge come questo sia improntato su un'ottica antropocentrica⁹⁶ e individualista. Tale architettura, che identifica l'uomo alla stregua di *dominus*⁹⁷, portato

⁹⁴ Cfr. NATOLI, *La proprietà*, Milano, 1976, p. 116.

⁹⁵ Sul punto, PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto privato*, Milano, 1964, p. 64.

⁹⁶ Osservazioni in PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, 3, p. 4 ss.

⁹⁷ Sul punto, GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà*, a cura di E. Cortese, Milano, 1988, p. 217.

ad appropriarsi del bene, escludendo il resto dei consociati dal godimento dello stesso, presenta le prime visibili incrinature di fronte all'insorgenza di inedite esigenze di tutela, derivante da una rinnovata attenzione per le tematiche ambientali.

Tale attenzione deriva, *in primis*, dalla drastica – e probabilmente tardiva – constatazione del carattere tutt'altro che inesauribile delle risorse naturali, e dell'acquisizione di una matura consapevolezza dell'indole «predatoria»⁹⁸ dell'uomo in sé e dell'attività umana, in particolare nella sua declinazione economica e produttiva. Tale attività, dimostratasi altamente impattante, può condurre a trasformazioni spesso irreversibili dell'ambiente su cui insiste. L'assunto, unito alla constatazione dell'incidenza diretta delle problematiche ambientali su valori di livello primario, quali il benessere e la salute dell'uomo, ha condotto gradualmente verso una riconsiderazione della visione “tradizionale”. Si assiste così a un rivoluzionario cambio di prospettiva, ad una traslazione del sistema, che si sposta da un'ottica antropocentrica ad una visione più “moderna”, definibile come ecocentrica⁹⁹ o biocentrica¹⁰⁰, improntata su valori antitetici rispetto a quelli tipici dell'ottica appropriativa, spesso capaci di condizionare in maniera determinante anche le scelte politiche e normative¹⁰¹. Si tratta di una prospettiva orientata alla salvaguardia di valori quali la

⁹⁸ Vedi FORNO, GRAZIANO, *Il consumo critico. Una relazione solidale tra chi acquista e chi produce*, Bologna, 2016, p. 8 ss. Gli AA. parlano di logica predatoria che presiede all'attuale sistema di mercato. Cfr. anche PERSIA, *Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile “sostenibile”*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2018, 1, p. 116 ss.

⁹⁹ Evidenzia chiaramente la necessità di superare la prospettiva antropocentrica in materia ambientale, ZITO, *I limiti dell'antropocentrismo ambientale e la necessità del suo superamento nella prospettiva della tutela dell'ecosistema*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione, Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente*, Teramo, 29-30 aprile 2005, a cura di D. De Carolis, E. Ferrari e A. Police, Milano, 2006, p. 3 ss. Propende, invece, per una mediazione tra visione antropocentrica e visione ecocentrica, definita come concezione “ecoantropocentrica”, PENNASILICO, *La “sostenibilità ambientale” nella dimensione civil-costituzionale*, cit., p. 49 ss.

¹⁰⁰ Sul punto, MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014, p. 24.

¹⁰¹ Cfr. PUPOLIZIO, *Per una sociologia del diritto di proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 477 ss., ed *ivi* a p. 499. Per spunti preziosi e in parte critici, MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 47 ss.

dignità umana, i beni comuni, i doveri inderogabili e la sostenibilità, intesa, *prima facie*, come la cura delle risorse per il soddisfacimento di esigenze comuni e non più individuali, con lo scopo di preservarle anche per garantire un adeguato livello di benessere alle generazioni future.

Il mutamento di paradigma trova compimento nella recente riforma dell'art. 9 Cost.¹⁰² ed interessa anche la categoria del contratto, in riferimento alla quale si è teorizzata in dottrina la figura del «contratto ecologico»¹⁰³, che vede scolorire la propria tipica e tradizionale funzione di scambio per diventare strumento destinato alla gestione e al godimento di beni e risorse comuni, in una prospettiva maggiormente collaborativa e non più prettamente individuale. L'ambiente diviene esso stesso valore (costituzionale) di primaria importanza¹⁰⁴, che deve essere preservato e non è più (unicamente) oggetto di diritti (soggettivi). L'uomo non ha più solamente il diritto di vivere in un ambiente salubre, ha il dovere¹⁰⁵ di tutelare l'ambiente, il paesaggio e l'ecosistema se vuole vivere in un ambiente salubre. Questa traslazione quasi speculare del "bene ambiente" da oggetto di diritti a valore e oggetto di doveri appare evidente anche negli studi della dottrina civilistica, che attualmente riconducono l'ambiente, inteso come entità unitaria¹⁰⁶, ecosistema, habitat e condi-

¹⁰² Il nuovo testo dell'art. 9, approvato in via definitiva dalla Camera dei deputati in data 8 febbraio 2022, così recita: «[I] La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. [II] Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. [III] Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

¹⁰³ Si rimanda agli studi di PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 753 ss. Riferimenti in PERSIA, *Proprietà e contratto*, cit., p. 10. Sembra porsi in posizione parzialmente critica nei confronti della categoria del «contratto ecologico» PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 337 ss.

¹⁰⁴ Cfr., Corte cost., 19 ottobre 2009, n. 272, in *cortecostituzionale.it*.

¹⁰⁵ Sul punto, è fondamentale il contributo della dottrina costituzionalista. MARTINES, *L'ambiente come oggetto di diritti e di doveri*, in *Politica e legislazione ambientale*, a cura di V. Pepe, Napoli, 1996, p. 15 ss.

¹⁰⁶ Un'autorevolissima dottrina ha ricostruito il concetto di ambiente in termini non unitari. Cfr. GIANNINI, «Ambiente»: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*,

zione di esistenza della persona umana, all'alveo dei beni comuni¹⁰⁷. Così l'ambiente, ovvero l'insieme delle risorse naturali, diviene valore di assoluto rilievo, la cui conservazione, fruizione e gestione è interesse di tutta la collettività. La nuova prospettiva trascende totalmente la dimensione del singolo¹⁰⁸ ed è proprio in questo contesto che trova piena cittadinanza il concetto di sostenibilità inteso, come precedentemente osservato, alla stregua di utilizzo "accorto e razionale" delle risorse, con l'idea di garantirne, almeno negli stessi termini, la fruizione anche alle future generazioni. L'attenzione per le tematiche ambientali, la dimensione intergenerazionale e il tramonto dell'antropocentrismo, che permea i sistemi giuridici moderni, sembrano i substrati teorici che hanno contribuito alla rapida elaborazione, all'emersione e allo sviluppo del concetto di sostenibilità, anche attraverso una sorta di ripensamento delle categorie giuridiche fondamentali su basi etiche. Il diritto diviene quindi un sistema utile a garantire la sopravvivenza dell'uomo e non viene più considerato solamente alla stregua di metodo di risoluzione delle controversie e dei conflitti¹⁰⁹.

Il processo coinvolge anche l'attività produttiva di matrice imprenditoriale, tradizionalmente tarata sul parametro della produttività e della massimizzazione del profitto, destinato a confluire verso

in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15 ss. Secondo l'illustre insegnamento, nel concetto di ambiente rientrerebbero gli elementi culturali, l'urbanistica, i mutamenti del territorio e la salute.

¹⁰⁷ In tema di beni comuni, cfr. GENOVESE, *Beni comuni*, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, p. 318 ss.; NERVI, *Ambiente, beni comuni e funzione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 418 ss.; CERULLI IRELLI, DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 5 ss.; RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 459 ss.; ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2011, p. 105 ss.; MARELLA, *Il diritto dei beni comuni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 103 ss.; MATTEI, *I beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, *passim*; MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *Federalismi*, 2011, 1, p. 2 ss.

¹⁰⁸ Sul punto, Cass., Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 524 ss., con nota di CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni unite*.

¹⁰⁹ Preziose riflessioni in PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, *passim*; ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, *passim*.

il soggetto che ha creato o implementato il ciclo produttivo. In questa prospettiva, non residua chiaramente spazio per il perseguimento di obiettivi legati a politiche sociali in senso lato e ambientali, consapevolmente rimesse all'attenzione dei pubblici poteri. Tuttavia, l'accresciuta e consapevole attenzione per le problematiche ambientali e il cambio di prospettiva in atto, delineati in precedenza, non potevano non collidere pesantemente con questa tradizionale impostazione dell'attività imprenditoriale, anche considerando il carattere profondamente impattante che la stessa può avere sull'ambiente.

A riprova di tale assunto, già verso l'inizio degli anni '80 del secolo scorso, prende forma un'idea differente di attività imprenditoriale e di impresa in sé, focalizzata sulla cura di interessi anche differenti rispetto a quelli dell'imprenditore, degli investitori o degli azionisti, diretti artefici del ciclo produttivo e interessati alla massimizzazione degli investimenti sostenuti a monte e alla realizzazione del maggior profitto possibile. Prende così vita la figura della *Corporate Social Responsibility* – Responsabilità sociale di impresa – “nuovo” modello imprenditoriale basato su un substrato anche etico, incentrato sulla cura di interessi differenti, sociali e ambientali, riconducibili a categorie di soggetti che gravitano attorno all'impresa, tra cui dipendenti, fornitori e comunità locali, con lo scopo di guadagnare consenso sociale¹¹⁰.

Tra i punti nevralgici della nuova concezione di attività di impresa rientra senza dubbio l'adozione di *Best Practices* per la tutela dell'ambiente e dei consumatori. Si tratta, come efficacemente osservato, di un obiettivo a lungo termine, che può portare a scelte anche drastiche per l'imprenditore, in particolare al sacrificio del profitto nell'immediato¹¹¹. Sembra in corso, se si accetta l'immagine iperbo-

¹¹⁰ In materia, si registra un'importante novità normativa, rappresentata dall'introduzione delle disposizioni dell'art. 3 del d.lg. 30 dicembre 2016, n. 254 – emanato in attuazione della dir. 2014/95/UE – che ha imposto a talune società o gruppi di grandi dimensioni, aventi i requisiti soggettivi richiesti dal decreto, di includere, nella relazione di gestione, una «dichiarazione di carattere non finanziario», comprendente almeno le informazioni essenziali in materia ambientale e sociale.

¹¹¹ Sul punto, Cfr. LIBERTINI, *La comunicazione ambientale e l'azione delle imprese per il miglioramento ambientale*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 331 ss., ed *ivi* a p. 332.

lica, una sorta di “nuova rivoluzione industriale”, che coinvolge in maniera radicale non soltanto l’attività produttiva, ma il modo stesso di concepire l’impresa, intesa come entità organizzata che si iscrive e si integra in un dato contesto ambientale e tessuto sociale senza porsi in contrasto con essi.

7. Restano ora sul tavolo abbastanza elementi per cercare di tracciare alcune brevi osservazioni a conclusione del complesso percorso di indagine. Sulla base di quanto esposto, si può contare su alcuni assunti, che offrono quantomeno una base di partenza. In primo luogo, l’interprete non può più pensare al diritto privato, alle sue categorie, e in particolare al contratto, come a elementi circoscritti e limitati all’ordinamento domestico, ma come a un’espressione di precise scelte politiche assunte a un livello europeo.

Per quanto attiene alla categoria del contratto, pur senza “rinnegare” il pregio e l’importanza degli insegnamenti tradizionali, sembra evidente come oggi lo strumento negoziale appaia iscritto in una dimensione più globale e sociale, legato più alla contrattazione in serie che al singolo affare. A riprova di ciò, emerge come la categoria classificatoria del tipo contrattuale, utilizzata anche come criterio prasseologico per la ricostruzione della volontà delle parti anche, per esempio, in vista dell’allocazione delle conseguenze delle sopravvenienze, finisce per scolorire, lasciando lo spazio alla più neutra locuzione di «operazione negoziale»¹¹². La differente tendenza legislativa, la cui *ratio* è rappresentata dalla regolazione del mercato unico e tesa a eliminare gli ostacoli e le distorsioni che possono compromettere l’esercizio delle libertà economiche dei soggetti che operano in regime di libera concorrenza¹¹³, non si basa più sullo schema inteso come elemento descrittivo del contratto.

¹¹² Sul punto, E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Tratt. contr.*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, I, Torino, 2008, p. 58.

¹¹³ Il fenomeno appare trasversale ed è stato oggetto di studi da parte delle scienze sociali. L’illustre sociologo polacco Zygmunt Bauman afferma che il valore supremo su cui sembra improntata la società dei consumatori è il diritto/obbligo alla ricerca della felicità, una felicità istantanea e perpetua che non deriva tanto dalla soddisfazione dei desideri, quanto dalla loro quantità e intensità. Cfr., BAUMAN, *Consumo, dunque sono*, Bari, 2007, *passim*.

A riprova di quanto affermato, si pensi alla normativa in materia di contratti del consumatore. In nessun caso il legislatore ha fatto riferimento a un tipo contrattuale, a uno schema preciso e, nella sezione della normativa dedicata alla individuazione delle potenziali clausole vessatorie, si parla, in linea generale, di «contratto concluso tra consumatore e professionista»¹¹⁴.

La *ratio* sottesa alla normativa *de quo*, ovvero la protezione di un contraente considerato ontologicamente debole, porta il legislatore a enfatizzare i profili contrattuali soggettivi nascenti da una fisiologica asimmetria di posizione esistente tra le parti, delineando chiaramente le definizioni di professionista e consumatore, dando rilievo alla situazione contrattuale concreta, ma prescindendo dalla creazione di o dal riferimento a un tipo particolare di contratto.

Tali elementi acquistano, evidentemente, maggior rilievo rispetto alla descrizione tipologica dell'operazione in sé. Ulteriore esempio della nuova prospettiva descritta è l'art. 9, l. 192/98 (c.d. legge sulla subfornitura). Anche in questo caso, il legislatore non fa espresso riferimento a un tipo contrattuale, ma descrive una situazione di fatto, più precisamente una situazione di mercato¹¹⁵. Il rapporto contrattuale attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica viene «valutato all'interno del più ampio processo economico entro cui si colloca l'attività dell'impresa»¹¹⁶. Il ricorso al mero tipo contrattuale non appare esaustivo e rischierebbe di acquisire una mera e limitata valenza descrittiva. La categoria contratto si funzionalizza quindi nel sintagma operazione negoziale, in ossequio a chiare esigenze di mercato, ma è comunque il risultato di chiare scelte politiche.

In secondo luogo, è evidente come non sia più possibile fare affidamento sulle tradizionali compartimentazioni del sapere giuridico che apparivano così nette nel periodo liberale e, in parte, in quello

¹¹⁴ Cfr., art. 33, d.lgs. 206/2005: «Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

¹¹⁵ Cfr. NERVI, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, Napoli, 2011, p. 149.

¹¹⁶ Così, E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., p. 71.

dirigista. Nello scenario attuale, i confini tra diritto privato e diritto pubblico appaiono labili, *rectius*, mobili, al punto che, sempre più frequentemente, è il giudice amministrativo che si occupa di materia contrattuale¹¹⁷, pur essendo sprovvisto della peculiare funzione nomofilattica appannaggio della Suprema Corte. Non sembra una questione di mera “competizione” tra ordini giurisdizionali, quanto piuttosto un assunto di cui prendere atto.

Attualmente, il contesto in cui l’interprete si trova ad operare appare come in divenire, quasi magmatico o “liquido”. Anche la categoria del diritto di proprietà e il conseguente rapporto tra l’uomo e i beni assume un carattere differente, più lontano dalla semplice ottica appropriativa e più vicino a una prospettiva gestoria. È sufficiente richiamare la categoria dei dati personali, le risorse oggi più importanti sul mercato, che non sono certamente riconducibili secondo il paradigma proprietario all’interessato, ovvero, il soggetto a cui tali dati si riferiscono.

Una tale impostazione sarebbe poco funzionale per la gestione e la circolazione della risorsa, divenuta, per via di una chiara scelta politica, per esigenze di mercato, ma soprattutto, a monte, per una logica consapevolezza che sembra quasi essere stata acquisita naturalmente e automaticamente, libera. Tempo addietro, l’idea di una risorsa definita come “personale” che non appartenesse al relativo titolare sarebbe risultata inconcepibile, non solo giuridicamente, ma anche logicamente ed empiricamente.

L’individuazione di tali risorse e la riconduzione delle stesse nell’alveo dei beni presuppone appunto l’acquisizione di una precisa consapevolezza da parte dell’uomo, prodromica all’immissione sul mercato e alla relativa circolazione con tecniche regolatorie negoziali, anche non traslative, oppure attraverso meccanismi più vicini alla responsabilità. Nel caso in esame, utile ai fini del percorso di analisi, è evidente come non si assista alla creazione di nuove categorie, ma all’utilizzo di categorie già esistenti (responsabilità) ritenute più funzionali rispetto ad altre (proprietà o contratto) per la gestione di una risorsa. Questo è chiaramente il risultato di scelte politiche, che a

¹¹⁷ Si veda, per esempio, la pronuncia del Consiglio di Stato in tema di *leasing* traslativo. Cons. Stato, 13 novembre 2023, n. 9686, inedita.

loro volta nascono dall'evoluzione del rapporto tra l'uomo e le cose, della acquisita consapevolezza circa il valore delle stesse, che conduce alla identificazione della tecnica regolatoria più adatta alla gestione e circolazione, in ossequio anche certamente alle esigenze del mercato. Tuttavia, a monte del mercato, c'è l'uomo che ha compreso l'essenza della risorsa, le potenzialità della stessa, al punto da rivedere l'impostazione tarata sulla appropriazione e lo sfruttamento esclusivo, privilegiando la libera circolazione e i meccanismi che facilitano e incentivano tale opzione.

Così, il processo evolutivo in atto non conduce sempre, per forza di cose, alla elaborazione o alla "sintetizzazione" di nuove categorie giuridiche, ma genera un'evoluzione, una metamorfosi, un mutamento più o meno graduale, e una funzionalizzazione, anche semplicemente per via interpretativa, delle categorie esistenti, quali il patrimonio, la proprietà, l'impresa e il contratto.

Ciascuno dei lemmi sopra indicati per l'inquadramento del complesso eppure rapido fenomeno in analisi sembra possedere una propria efficacia e un'effettiva forza concettuale. Mi pare, comunque, si possa parlare di funzionalizzazione delle categorie, secondo un'accezione vicina al concetto di evoluzione, più che di metamorfosi. Tuttavia, a prescindere dai seppur necessari e preziosi sforzi di catalogazione, lo studioso del diritto civile è sempre chiamato a riflessioni complesse, che coinvolgono le tradizionali categorie su cui si è tradizionalmente formato. Il delicato processo, che in questi ultimi decenni ha subito una decisa accelerazione, dovrebbe essere affrontato con la chiara consapevolezza di operare nel pieno di una "rivoluzione" non solo tecnologica, ma sociale, che coinvolge il modo in cui l'uomo vede se stesso, e conseguentemente il suo rapporto con la realtà circostante. Questo processo può generare una sensazione di disorientamento nell'interprete, nel momento in cui il contesto globalizzato e governato da una sorta di "tecnocrazia" fa venire meno l'approdo di un punto di riferimento sicuro, proiettando una visione frammentata, anche con riferimento alle «visioni etiche e sociali»¹¹⁸. Il ruolo del giurista può essere, allora, una volta acquisita la consapevolezza del cambiamento in atto, quello di saper

¹¹⁸ Molto lucidamente, NAVARRETA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 643 ss., ed *ivi*, p. 683.

trovare dei riferimenti certi, che potrebbero essere identificati, in primo luogo, con i valori dell'ordinamento, tenendo conto della loro natura e dei relativi limiti¹¹⁹. Se, infatti, tali valori per un verso restano – e devono restare – immutabili per quanto attiene alla dimensione assiologica¹²⁰, sotto il profilo della variabilità del contesto di riferimento devono necessariamente acquisire una consistenza maggiormente elastica e plastica. Secondo questo meccanismo, anche le categorie del diritto sarebbero soggette ad evoluzione, da intendersi non come radicale cambiamento, ma come evoluzione.

Mai come in questo momento la realtà pare in rapido mutamento e per offrire un'adeguata risposta alle numerose, variegata e spesso inedite esigenze di tutela il giurista più sensibile deve emanciparsi da un approccio compartimentato e/o settoriale alle problematiche per abbracciare una visione maggiormente teleologico-sistemica.

Abstract

Il diritto privato ha la funzione di regolare relazioni giuridicamente rilevanti e patrimonialmente connotate tra gli uomini, le cose e l'ambiente circostante, dando vita a categorie quali i beni e diritti reali, le obbligazioni, il negozio giuridico e, il contratto. Sulla configurazione e la disciplina di tali relazioni, e quindi sulla costruzione e sulle successive eventuali “modifiche” delle categorie di riferimento incidono alcuni fattori evolutivi, quali, in primo luogo, il modo in cui l'uomo percepisce se stesso in un dato momento storico, anche e soprattutto in rapporto alle cose che lo circondano e quindi all'ambiente, e questa percezione è pesantemente condizionata anche dallo scenario economico, sociale e tecnologico di riferimento. Tali fattori evolutivi, oltre a rappresentare delle chiare universali spinte innovative, possono far emergere la necessità di compiere precise scelte politiche, destinate a tradursi in scelte normative.

Private law has the function of regulating legally relevant and patrimonially characterized relationships between men, things and the sur-

¹¹⁹ Sul rapporto tra l'ordinamento giuridico e il sistema di valori, come presente nell'esperienza sociale e storicamente condizionato, cfr. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004, *passim*.

¹²⁰ NAVARRETA, *op. ult. cit.*, p. 684.

rounding environment, giving rise to categories such as real goods and rights, obligations and contracts. Some evolutionary factors affect the configuration and regulation of these relationships, and therefore the construction and subsequent possible “modifications” of the reference categories, such as, first of all, the way in which man perceives himself in a given historical moment, also and above all in relation to the things that surround him and therefore to the environment, and this perception is also heavily conditioned by the economic, social and technological scenario. These evolutionary factors, in addition to representing clear universal innovative drives, can highlight the need to make precise political choices, destined to translate into regulatory choices.

VALERIA CAREDDA

LA DICHIARAZIONE DELLE NAZIONI UNITE
SUI DIRITTI DEI CONTADINI
E DELLE ALTRE PERSONE CHE LAVORANO
IN AREE RURALI NEL PRISMA DEL DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 1. Cenno introduttivo. – 2. Definizioni e diritti. – 3. *La Drittwirkung*. – 4. La (a)simmetria tra le posizioni attive e passive. – 5. Il diritto privato come termine di riscontro: il diritto che nasce dal basso. – 6. (*Segue*) Il soft law. – 7. La proprietà e i diritti reali. – 8. I diritti di uso civico.

1. La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei contadini e delle altre persone che lavorano in aree rurali¹ è stimolante, per gli studiosi del diritto civile, molto più di quanto si potrebbe ritenere ad una prima osservazione. Per converso, lo studio del diritto civile non è estraneo all’oggetto del Documento. In generale, è lo sguardo del civilista a non essere inutile né lontano rispetto ai temi trattati.

Non si può certo ignorare il fatto che le dichiarazioni delle Nazioni unite – e specificamente quella appena menzionata – coinvolgono materie diverse da quella civilistica e che, pertanto, le ragioni di estraneità e di lontananza sembrano essere, di primo acchito, lampanti. Ci poniamo tuttavia l’obiettivo di dimostrare che un’ottica fondata esclusivamente sulle tradizionali divisioni tra le materie giuridiche non sarebbe soddisfacente né sufficiente. Ci auguriamo che

¹ 73/165. United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas (Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2018 (A/RES/73/165 21 January 2019) [*on the report of the Third Committee* (A/73/389/Add.2). D’ora in Avanti, nel testo, semplicemente “La Dichiarazione”.

tale obiettivo non sia irraggiungibile e che le parole che seguono possano aiutare ad agevolare il conseguimento.

Ad una prima ed ovvia osservazione l'indagine sulla Dichiarazione in questione è appannaggio degli studiosi del diritto internazionale e coinvolge i temi caratteristici di tale branca del diritto. La realizzazione degli obiettivi del predetto atto sembra, poi, essere di competenza della politica, e non unicamente di quella nazionale. Il profilo giuridico del processo di realizzazione dei fini, sempre ad un esame iniziale, sembra combaciare con i soli processi di produzione normativa, fondendosi con l'attività politica utile a promuovere gli atti normativi più adeguati a tal fine ed i più efficienti².

Malgrado la chiara plausibilità delle prime impressioni, il diritto privato non è inutile. Senza pretesa alcuna di atteggiamento rivendicativo e di regolamento di confini, la sua utilità si apprezza su diversi livelli. Il primo tra questi è legato proprio ad un ruolo tradizionalmente svolto dal diritto privato, ossia quello di fornire strumenti, in qualche misura di forgiare categorie, offrire occasioni di confronto e termini di paragone. Ed è grazie a quegli strumenti, con l'uso di quelle categorie, sulla base di quei paragoni che gli obiettivi della Dichiarazione possono concretizzarsi. Da queste basi non si può prescindere, almeno sino a quando i sistemi giuridici faranno perno sulla – o faranno uso della – categoria del diritto soggettivo.

Al fine di prevenire l'accusa di arcaica difesa dei confini della materia, vorremmo suggerire che, al contrario di quanto potrebbe apparire, il contributo del diritto privato è tanto più incisivo e pene-

² Come è evidente, le Dichiarazioni del genere di quella in oggetto necessitano di *implementation*, apprezzabile su diversi livelli, in forme dirette, indirette o *by other means*, che si risolvono pur sempre in strumenti di intervento pubblico, normativo o giurisprudenziale operate dagli stati interessati. Del resto, la formulazione di molti articoli della dichiarazione mostra chiaramente che essa si rivolge agli Stati, dei quali definisce i «doveri». Non distinguiamo qui tra stati firmatari, contrari o astenuti, quantunque la posizione dell'Italia si collochi tra quelle degli Stati destinati a subire un'influenza più debole ed indiretta della Dichiarazione. Il contenuto degli strumenti in questione può essere, però, spiccatamente privatistico, come cercheremo di evidenziare in seguito. In materia di *implementation* per tutti F. FRANCONI, *The Peasants' Declaration: state obligations and justiciability*, in AA.VV., *The United Nations' Declaration on Peasants' Rights*, a cura di M. Alabrese - A. Bessa - M. Brunori - P.F. Giuggioli, London e New York, 2022, spec. p. 11 ss.

trante quanto più tale disciplina cessa di presentarsi come «cittadella» inespugnabile³, impermeabile alle influenze esterne, autosufficiente e imbevuta di logiche non comunicabili e non influenzabili. La permeabilità del diritto privato da parte del diritto internazionale è oggetto di studio da tempo⁴ e l'influenza di quest'ultimo sul primo si può apprezzare sotto diversi profili, che possiamo solamente ricordare in modo del tutto generico: si pensi al ruolo delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute «da intendersi quali principi generali e regole di carattere consuetudinario»⁵; a quello delle regole di diritto internazionale pattizio; a quello che emerge, grazie alle regole di diritto internazionale privato, allorché un diritto straniero costituisce fonte regolativa di rapporti interni di diritto privato, «neutralizzando», così, la fonte statutale⁶. La complessità ha imposto alla cittadella la coesistenza di fonti di diverso livello ed anche di origine esterna⁷. Del resto, è noto che, di recente, l'attenzione degli studiosi di diritto privato si è indirizzata proprio allo studio delle fonti del diritto, un campo tradizionalmente ritenuto di monopolio del diritto costituzionale⁸. Il tema non appare semplice neppure

³ V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Fonti-Teoria-Metodo, Alla ricerca della «Regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, p. 20 ss., spec. 27.

⁴ Per tutti V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, cit., *ivi*; A. IANNARELLI, *Proprietà e beni. saggi di diritto privato*, Torino, 2018, spec. p. 177 ss.; F. SORRENTINO - G. PINO, *Le fonti in generale e l'interpretazione*, in *Tratt. del diritto privato*, a cura di Mazzamuto, vol. I, tomo I, Torino, 2021, spec. p. 31 ss.

⁵ Con funzione di adeguamento conformativo automatico: V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, cit., p. 25; A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *teoria generale del diritto*, Milano, 1999, spec. p. 470 ss.

⁶ Ciascuna delle fonti menzionate nel testo svolge un ruolo diverso dalle altre. La disamina di tale diversità non ci è consentita e forse non ci compete.

⁷ Del resto, «La complessità non può non coinvolgere ogni tipo di regola ed invita a rifuggire da ogni assolutezza»: A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III, *Scritti d'occasione*, Milano, 2010, p. 600.

⁸ Per tutti N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, I, 2018, p. 5 ss. Come meglio cercheremo di spiegare *infra*, l'illustre A. ritiene che l'impulso a tale rinnovata curiosità sia venuto dall'osservazione e dall'ap-

quando ci si limita all'esame di fonti definite «formali»⁹. Il discorso diventa più delicato ancora ove vengano in considerazione fonti di altro genere, come le fonti fatto. Come autorevolmente sottolineato, il tramonto del monopolio statale nella produzione normativa non può non tradursi in un approccio diverso al tema delle fonti¹⁰.

Inoltre, se la capacità del diritto internazionale o dei diritti stranieri di incidere sul diritto privato nazionale è cosa nota da tempo, anche il fenomeno opposto merita di essere messo in luce, ossia per l'appunto quello che abbiamo definito «il ruolo» svolto dal diritto privato a vantaggio dell'internazionale: come è stato osservato «importanti istituti del diritto privato sono ormai anche nel dominio del diritto internazionale»¹¹.

Dobbiamo, peraltro, riconoscere che il compito che ci siamo assunti non può consistere nella trattazione frontale di uno o più istituti del diritto privato. Il riferimento a quest'ultimo deve essere costante – in quanto bacino di reperimento degli strumenti per realizzare i diritti dei contadini – ma non può risolversi nella scoperta di una formula salvifica. La realizzazione degli obiettivi della Dichiarazione non potrà seguire un'unica strada per tutti gli stati firmatari, ma dovrà adattarsi ai caratteri dell'ordinamento di ciascuno di essi e

plicazione della *Drittwirkung*: «I civilisti hanno scoperto solo di recente il problema delle fonti del diritto, da sempre affidato, nella tradizione accademica, alla competenza dei costituzionalisti e direi che lo hanno fatto soprattutto sulla spinta di una prassi che ormai riconosce pacificamente la c.d. *Drittwirkung* dei principi costituzionali nei processi applicativi del diritto» (virgolettato da pag. 5).

⁹ In merito alle varie categorie di fonti, in luogo di tutti R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, dir. da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1998, spec. p. 57 ss. (67); G. PARODI, *Le fonti del diritto*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, dir. da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 2012, *passim*; F. SORRENTINO - G. PINO, *Le fonti in generale e l'interpretazione*, cit., p. 3 ss. Il tema delle fonti sarà ripreso *infra*, sotto profili più specifici.

¹⁰ Nonché, secondo autorevole dottrina, nello stesso superamento della distinzione tra fonti-atto e fonti-fatto. Fondamentale la lettura di N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, cit., p. 5 ss. e *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, spec. p. 3 ss. e 139 ss. Si legga altresì C. PINELLI, *Fonti fatto e fatti normativi extra ordinem*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1, 2010, p. 237 ss. Si veda, inoltre, *infra*.

¹¹ Citazione testuale da V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, cit., p. 25.

rendersi malleabile per la necessità di arrivare a soluzioni partecipate e talora in contrasto con orientamenti e regole tradizionali. Il diritto privato svolge con onore il proprio ruolo in quanto consente di evidenziare gli strumenti utilizzabili, gli istituti implicati, le categorie presupposte, ma mostra la propria maggiore utilità quando pone in rilievo i principali problemi, gli ostacoli insiti nel diritto privato medesimo e nella sua tradizione, che sarebbe opportuno superare o smussare, le linee di pensiero che favoriscono (anche senza garantirlo), con il superamento dei problemi, la realizzazione degli obiettivi.

In questo percorso non è consentita una disamina dettagliata di ogni figura potenzialmente coinvolta, ma piuttosto un rapido richiamo che agevoli eventuali approfondimenti successivi. Allo stesso modo, non è facile elencare tutte le categorie o tutti gli orientamenti di pensiero apparentemente capaci di fornire suggerimenti: potenzialmente quasi tutto il contenuto della dichiarazione potrebbe essere sottoposto allo sguardo del civilista, dall'ambito applicativo ai destinatari, dalle posizioni tutelate ai principi richiamati, dai rapporti formalmente paritari a quelli sbilanciati¹². Per evidenti ragioni un'indagine completa non sarebbe possibile, né utile. Ci limiteremo, pertanto, ad una scelta mirata sui punti che, a nostro sommo avviso, possono considerarsi centrali.

2. Scegliamo di cominciare col porre il fulcro dell'osservazione sui diritti. Un cenno, sia pure obliquo, all'ambito applicativo è, di conseguenza, doveroso. La Dichiarazione fa uso della categoria del «diritto», che, nella dimensione privatistica, conduce al diritto soggettivo. Questo si collega spontaneamente al «dovere». Il veloce richiamo dell'ambito applicativo è dunque opportuno per la sua stretta connessione con le categorie delle situazioni giuridiche soggettive. Sinché si farà uso di tali figure di riferimento, il legame con il diritto privato non potrà essere occultato. Il diritto soggettivo ri-

¹² Ad esempio, si veda l'art. 18. 5 «States shall protect peasants and other people working in rural areas against abuses by non-State actors, including by enforcing environmental laws that contribute, directly or indirectly, to the protection of the rights of peasants or other people working in rural areas». L'articolo richiama l'attenzione sui poteri privati.

chiede l'individuazione del suo punto di riferimento soggettivo, ossia del titolare o dei titolari del diritto medesimo. Ora la questione dell'ambito si sovrappone in buona misura a quella dell'individuazione dei titolari, ossia dei soggetti tutelati, da un lato, e di quelli investiti dei doveri, dall'altro.

I profili di interesse privatistico sono innumerevoli, a partire dalla dibattuta definizione di «contadino» (*Peasant*)¹³ che è ovviamente legata all'identificazione dei soggetti tutelati e quindi degli obiettivi di tutela. Ad esempio, nell'ordinamento italiano¹⁴ non è presente una definizione giuridica unitaria di «contadino», ma sono oggetto di discipline giuridiche diverse figure di agricoltori e lavoratori rurali, ciascuna di esse dotata di caratteri specifici¹⁵. Da cui la prevedibile difficoltà – qualora lo Stato italiano si risolvesse a farsi carico degli obiettivi della dichiarazione – di individuare i contadini destinatari di protezione, di distinguerli da altri soggetti che non rientrano nel mirino della tutela, malgrado il loro eventuale legame con la terra, e nonostante traggano in qualche misura dalle risorse naturali, la terra, l'acqua, le sementi, la pesca e simili, i mezzi di sostentamento. Per limitarci ad un solo esempio – ammesso per ipotesi che gli obiettivi delle Nazioni Unite si identifichino, tra gli altri, con l'equa distribuzione di tali risorse e la salvaguardia di modelli di sostentamento agro-silvo-ittico-pastorali su piccola scala – la distin-

¹³ La dottrina mette in evidenza il fatto che il termine scelto all'esito di lunghi dibattiti è oggetto di perplessità e contestazioni sul piano semantico ed assume nel linguaggio comune una «*negative valence*» che sembra rimettere *in auge* figure in apparenza legate al passato. M. EDELMAN, *Defining peasants in the UNDROP*, in *The United Nation's Declaration ecc.*, cit., p. 19 ss.; spec. p. 23 s. sul significato negativo; inoltre L. PANTALEO, F. SEATZU, *Protecting Peasant Peoples and Other Rural Workers' Rights through the EU Mercosur Trade Agreement*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 3/4, 2021; L. PAOLONI, S. VEZZANI, *La Dichiarazione ONU sui diritti dei contadini e delle altre persone che lavorano nelle aree rurali: prime riflessioni*, in *Federalismi.it*, p. 6, 9 ss.

¹⁴ Ricordiamo che la dichiarazione è stata adottata dall'Assemblea generale a maggioranza e che l'Italia si è astenuta. Il che non impedisce peraltro che in un momento successivo scelga di seguirne gli orientamenti.

¹⁵ L. PAOLONI, S. VEZZANI, *La Dichiarazione ONU sui diritti dei contadini e delle altre persone che lavorano in aree rurali: prime riflessioni*, cit., 9 ss.; S. VEZZANI, *Il progetto di Dichiarazione sui diritti degli agricoltori. Nuovi diritti germogliano?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 211.

zione tra contadini piccoli e non abbastanza piccoli sarebbe fonte di contese infinite. In altre parole, ogni controversia sulla definizione di «contadino» si traduce in controversia sulla titolarità dei diritti e, dunque, sulla tutela.

La definizione predetta, però, interessa soprattutto per il legame tra i titolari ed i caratteri dei diritti tutelati. La Dichiarazione usa il linguaggio dei diritti sotto l'aspetto dei diritti dell'uomo, che sono caratterizzati dall'universalità. Da tale connotato scaturisce da subito una duplice serie di problemi: in primo luogo la nozione stessa di universalità e la sua necessità; in secondo luogo la distanza da coprire tra l'universalità dei diritti umani e la specificità dei diritti soggettivi nella loro nozione classica. Sotto il primo profilo, ammesso per ipotesi che l'universalità sia coesistente alla nozione di diritti umani, essa è tuttavia intesa come «vocazione all'universalità», data la presenza di spinte antitetiche all'universalismo ed al particolarismo¹⁶. Ora la Dichiarazione menziona e tutela una serie di diritti – alla terra, all'acqua, alle sementi ecc. – che riferisce unicamente alle categorie protette (lavoratori rurali) e vi aggiunge una lista di diritti umani già fatti propri da altri documenti o riconducibili a regole generalmente riconosciute¹⁷. Il che non può non sollevare dubbi circa

¹⁶ R. PISILLO MAZZESCHI, *International human rights law. Theory and practice*, Cham, Switzerland, 2021, p. 65 ss. e le opere *ivi* citate; F. VIOLA, *L'universalità dei diritti umani: un'analisi concettuale*, in F. BOTTURI e F. TOTARO (a cura di), *Universalismo ed etica pubblica*, Vita e pensiero, Milano, 2006, p. 155 ss.; ID., *La controversa universalità dei diritti umani*, in *Studia patavina*, 64, 2017, p. 235 ss.

¹⁷ Nel testo facciamo riferimento, tra l'altro, a Documenti muniti di diversa e maggiore forza vincolante, richiamati con tecniche diverse, ossia a volte con il riferimento al documento, a volte con riferimento allo specifico diritto. A titolo di mero esempio, si vedano i seguenti articoli: Art. 3:1. Peasants and other people working in rural areas have the right to the full enjoyment of all human rights and fundamental freedoms recognized in the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and all other international human rights instruments, free from any kind of discrimination in the exercise of their rights based on any grounds such as origin, nationality, race, colour, descent, sex, language, culture, marital status, property, disability, age, political or other opinion, religion, birth or economic, social or other status. 2. Peasants and other people working in rural areas have the right to determine and develop priorities and strategies to exercise their right to development. 3. States shall take appropriate measures to eliminate conditions that cause or help to perpetuate discrimination, including multiple

la posizione dei due gruppi di situazioni: possiamo domandarci se siano reciproche, se competano ai contadini in quanto esseri umani o in quanto lavoratori rurali; se esse spettino, ad esempio, alle popolazioni indigene in quanto tali o in quanto dipendenti, per la loro sussistenza, dalle risorse naturali. Con l'inevitabile ripercussione sulla nozione e perciò sulla tutela: se tali diritti sono davvero universali e spettano a tutti, perché ribadirne la spettanza a singole categorie di persone? Oppure sono forse diritti spettanti a categorie di soggetti, vaste e diffuse, ma pur sempre categorie¹⁸? In questo secondo caso, si può ipotizzare che ai contadini competano più serie di diritti? E che rapporto intercorre tra le due serie di diritti? Sarebbe ipotizzabile, forse, collocare i diritti spettanti esclusivamente ai contadini e quelli comuni a tutti (o quasi) in una scala gerarchica¹⁹? Quali sarebbero, allora, i diritti umani collocati sul gradino più alto?

Inoltre, considerato che la qualifica di diritto umano si sposa facilmente a quella di diritto fondamentale²⁰, il connotato di “fonda-

and intersecting forms of discrimination, against peasants and other people working in rural areas.

Article 6. 1. Peasants and other people working in rural areas have the right to life, physical and mental integrity, liberty and security of person. 2. Peasants and other people working in rural areas shall not be subjected to arbitrary arrest or detention, torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, and shall not be held in slavery or servitude.

Article 8: 1. Peasants and other people working in rural areas have the right to freedom of thought, belief, conscience, religion, opinion, expression and peaceful assembly. They have the right to express their opinion, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of their choice, at the local, regional, national and international levels.

¹⁸ Per accettare tale idea occorre, a nostro sommo avviso, ipotizzare che i diritti umani “ribaditi” nella dichiarazione e perciò spettanti a tutti, acquistino, se riferiti ai contadini, una fisionomia particolare.

¹⁹ R. PISILLO MAZZESCHI, *International human rights law. Theory and practice*, cit., p. 65 ss.; ID., *Note sui metodi di soluzione delle antinomie nel diritto internazionale generale*, in A. ANNONI-S. FORLATI-P. FRANZINA (a cura di), *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, 2021, p. 3 ss.

²⁰ Le due categorie – diritti umani e diritti fondamentali – non si identificano: i primi sono riconosciuti dal diritto internazionale a tutti gli uomini a prescindere dalla loro appartenenza ad un ordinamento. Tuttavia, spesso tali diritti sono rece-

mentale” non potrebbe essere dato per acquisito *a priori* ma dovrebbe essere oggetto di dimostrazione e si potrebbe anche dubitare del fatto che la prova di appartenenza alle categorie destinatarie di tutela sia sufficiente a tal fine. Con conseguenze di non poco conto, viste le (astratte) possibilità applicative dei diritti fondamentali nei rapporti inter privati²¹. Pertanto, le sovrapposizioni delle quali parliamo non sono prive di rilevanza applicativa.

Quanto al secondo profilo, quella che abbiamo chiamato “la distanza tra l’universalità e la determinatezza”, essa potrebbe considerarsi inevitabile, atteso che le prerogative universali dell’essere umano devono necessariamente giungere allo stadio della determinatezza per diventare diritti positivi e collocarsi convenientemente nei singoli ordinamenti²². Questo passaggio indispensabile potrebbe,

piti dalle Costituzioni nazionali, potendo così essere considerati diritti fondamentali. Si crea, in tal modo, una vasta area di sovrapposizione. Ma la differenza resta: v., per tutti, R. BIFULCO, *Diritto costituzionale*, II ediz., Torino, 2022, p. 352 ss. Occorre rilevare, inoltre, seguendo un autorevole insegnamento, che: «Se il diritto positivo riconosce, per proprio conto, ai diritti dell’uomo una posizione eminente nel sistema di valori da esso rappresentato, la tutela giuridica non può avvenire se non mediante regole poste al vertice del suo sistema normativo e dunque mediante principi che si caratterizzano, più che come principi generali, come principi fondamentali. La garanzia incondizionata a cui aspirano i diritti dell’uomo...si traduce, allora, in termini di diritto positivo, nei principi fondamentali dell’ordinamento giuridico» (A. FALZEA, *Diritti dell’uomo e principi generali del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III, *Scritti d’occasione*, Milano, 2010, p. 141 s.

L’estrema semplificazione del testo non rende giustizia della complessità del tema, che risente anche della varietà terminologica dei legislatori: ad esempio, la carta costituzionale italiana definisce taluni diritti come «inviolabili», contribuendo all’incertezza. Si aggiunga la complessità dei sistemi di tutela delle diverse situazioni.

²¹ Su questo aspetto ci riserviamo di tornare.

²² N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1994, p. 24: «i diritti dell’uomo nascono come diritti naturali universali, si svolgono come diritti positivi particolari per poi trovare la loro piena attuazione come diritti positivi universali»; F. VIOLA, *L’universalità dei diritti umani: un’analisi concettuale*, cit., p. 2: «I diritti di cui si parla sono diritti positivi, anche se il grado di positivizzazione può essere di varia intensità, da quello molto debole di una dichiarazione internazionale a quello forte proprio delle normative statali. S’intende, pertanto, per “positivizzazione” ogni riconoscimento giuridico proveniente da autorità (internazionali, nazionali o locali) produttive di

però, non essere indolore. Si afferma, infatti, che il rapporto tra i diritti soggettivi positivi ed i diritti (universali) dell'uomo si identifica con quello tra mezzi e fini, nel senso che il diritto soggettivo sarebbe lo strumento più efficiente (non l'unico) di tutela degli interessi prescelti²³. Il rapporto tra mezzi e fini, tuttavia, nel diritto, non solo in quello privato, è sempre problematico. Tralasciando le linee di pensiero che tendono a sacrificare il mezzo, annullandolo nel fine, bisogna invece ricordare che il rapporto strumentale nell'applicazione dei diritti fondamentali non è indifferente. Come avremo modo di ricordare meglio, ove si tratti di applicare un principio di riconoscimento/tutela di diritti fondamentali ai rapporti di diritto privato, la colorazione di strumentalità della norma interna non sempre garantisce una applicazione diretta. In altre parole, la c.d. applicazione orizzontale dei principi costituzionali o delle norme che riconoscono diritti fondamentali incontra minori ostacoli ove sia (solo) indiretta, in modo da indirizzare l'interpretazione delle norme di diritto privato in conformità dei predetti principi²⁴.

A ben vedere, però, la sovrapposizione in questione non è unicamente fonte di problemi, ma potrebbe agevolare anche qualche soluzione. Posto che molti tra i diritti umani ribaditi nella Dichiarazione sono oggetto di tutela e riconoscimento in altri documenti; posto che questi ultimi sono talora muniti di un'efficacia più forte di

diritto positivo. I diritti umani nascono come tali solo quando cominciano ad essere riconosciuti in senso giuridico. Prima di allora, vi sono istanze etiche, giuste pretese morali, diritti naturali e persino *moral rights*, ma non in senso proprio e compiuto "diritti umani". Affinché esistano i diritti umani, occorrono anche fatti o, meglio, atti di riconoscimento. Ebbene, proprio di questi diritti positivi si afferma che sono universali. Secondo l'Autore citato sopra, è importante ricordare le parole di Bobbio, appena citate, «in quanto è la causa diretta del nostro problema: può mai un diritto positivo essere universale? Non bisogna forse riconoscere nella positivizzazione un effetto inevitabile di particolarizzazione e di contestualizzazione storica? I diritti positivi sembrano essere inevitabilmente particolari in quanto specificano chi li possiede, come e quando, cioè fissano le condizioni per la loro applicazione».

²³ F. VIOLA, *L'universalità dei diritti umani: un'analisi concettuale*, cit., p. 158: «Certamente si può ritenere che qui vi sia una relazione necessaria tra mezzo e fine, nel senso che i diritti sono oggettivamente il modo migliore, più adeguato, più conducente, più efficace di realizzare i valori umani universali».

²⁴ Su questi aspetti vedi *infra*.

quella della dichiarazione in commento; considerato, cioè, che tra questi altri documenti vi sono fonti vincolanti, a fronte di una dichiarazione sui diritti dei contadini che appartiene a pieno al *soft law*, la moltiplicazione dei riconoscimenti potrebbe rafforzare, anche solo grazie all'interpretazione, la posizione dei lavoratori rurali. Come cercheremo di porre in evidenza, essa svolgerebbe un effetto positivo anche nei tentativi di applicazione orizzontale.

3. L'elaborazione teorica che promuove l'attribuzione di efficacia orizzontale nei rapporti tra privati ai principi recanti diritti fondamentali merita un passaggio a sé. Non possiamo, per ragioni evidenti, dare al tema generale il risalto che meriterebbe. Ci limitiamo perciò ad una rapida puntuazione di alcune premesse che preludono alla posizione di un semplice interrogativo. La *Drittwirkung* nasce nelle teorie del costituzionalismo moderno con riguardo all'efficacia dei principi costituzionali; il tema si estende poi all'efficacia di principi affermati nei trattati europei e nella convenzione europea dei diritti dell'uomo, con specifico riguardo alle libertà fondamentali dell'Unione europea ed ai diritti fondamentali della convenzione²⁵. Ammettiamo per ipotesi che la tematica in esame riguardi tutti i riconoscimenti di diritti umani (fondamentali) contenuti in norme internazionali; se così fosse, la tematica medesima interesserebbe tutti i contadini che siano cittadini di paesi europei o di paesi nei quali le predette norme internazionali abbiano vigore. Questi potrebbero, dunque, in ipotesi avvalersene. L'efficacia orizzontale sarebbe comunque – secondo l'opinione prevalente o meno problematica – indiretta, ossia, come accennavamo sopra, tale da imporre un'interpretazione delle norme interne che favorisca il «processo di inveroamento del progetto disegnato dalle *Grundnormen*, con riferimento tanto al diritto positivo preesistente e previgente, quanto alla legislazione nuova da adottarsi»²⁶. Quantunque dobbiamo ricordare

²⁵ Molto chiaro in E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, a cura di F. Mezzanotte, Roma, 2016, p. 40 ss. L'A. rileva come le prime non si sovrappongono ai secondi.

²⁶ Citazione testuale da A. IANNARELLI, *La Drittwirkung dei diritti fondamentali e la crisi della socialità: avvertenze per l'uso*, in A. IANNARELLI, *Proprietà e beni*.

che, secondo autorevole dottrina, quella indiretta o riflessa non sarebbe una vera *Drittwirkung*²⁷, tuttavia una sua configurabilità non sarebbe trascurabile, nei due profili appena menzionati.

Detto questo, un utile raffronto tra la *Drittwirkung* ed il tema in esame, risulta, però, ulteriormente e doppiamente ipotetico. Le possibilità di applicazione orizzontale non sono legate unicamente alle sorti dell'elaborazione teorica in questione, ma anche alle decisioni dello Stato italiano ed alle peculiarità della Dichiarazione dei diritti

saggi di diritto privato, cit., p. 211; anche C.W. CANARIS, *L'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco*, in *À l'Europe du troisième millenaire. Mélanges offerts à G. Gandolfi à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, Milano, 2004, p. 19 ss.; V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della post-modernità*, in *Fonti-Teoria-Metodo, Alla ricerca della «Regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, cit., p. 57 ss., spec. 64 ss. e ID., *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, *ivi*, cit., spec. p. 14 ss.

²⁷ A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico*, in *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, cit., p. 22 s: «Di *Drittwirkung* oververossia di efficacia nei confronti *dei terzi* può parlarsi a stretto rigore solo allorché, nei rapporti orizzontali tra due soggetti, la norma del Trattato assurge a stregua immediata e diretta della qualificazione d'un fatto di autonomia privata, fonte di diritti e obblighi, momento della rilevanza ermeneutica d'un comportamento. Diversa è la qualificazione degli effetti e la situazione soggettiva che ne discende – che la dottrina qualifica nei termini di *Drittwirkung mediata* o di efficacia (allora) *riflessa* – per i casi nei quali la norma comunitaria assurge a stregua di qualificazione di atti normativi o materiali riferibili esclusivamente allo Stato, atti e fatti che hanno poi incidenza sulle pretese dei privati. Ancora da distinguere, e da ascrivere sempre agli effetti mediati, è il caso in cui ai principî e alle norme comunitarie si dà ingresso e attuazione, attraverso l'interpretazione adeguatrice affidata al giudice nazionale. Ciò che tipicamente può avvenire nella “concretizzazione” delle clausole generali del diritto privato, si pensi alla buona fede e all'ordine pubblico e, pure, alla ragionevolezza o al principio di precauzione». ID., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 28 s. Inoltre, E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, cit., p. 41 ss.; A. PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato e diritto privato* in *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, cit., p. 79 ss.; N. LIPARI, *Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2021, p. 317 ss. Segnaliamo anche la presenza di opinioni più restrittive (applicazione nei soli casi di assenza di norme specifiche?), per le quali rimandiamo alla lettura di G. D'AMICO, *Problemi e limiti dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 456 ss.

dei contadini. Quanto alla posizione dell'Italia, l'eventuale applicazione orizzontale presuppone, a prima vista, l'adesione ancora mancante alla dichiarazione. Quanto, invece, alle peculiarità di quest'ultima, le possibilità, anche astratte, di *Drittwirkung* dipendono dalla soluzione di un dubbio di fondo: è ipotizzabile un'applicazione orizzontale, anche solo indiretta, di principi affermati in documenti di *soft law*? L'appartenenza del documento in esame alla *soft law* non è contestata²⁸, anche se esistono tentativi di assegnargli una qualche forza vincolante basata su considerazioni diverse. Ammettendo, dunque, che il documento sia sprovvisto di una vera vincolatività, l'applicazione orizzontale non può se non porsi in termini diversi da quelli classici. Intendiamo dire che anch'essa risentirebbe della *souplesse* della fonte, con la conseguenza che l'interprete non sarebbe vincolato all'applicazione dei diritti della dichiarazione più di quanto non lo siano gli Stati. Il che non cancella l'importanza culturale dei predetti principi e non vanifica la loro possibilità di «successo», visto che quest'ultimo sostituisce, nelle proposizioni di *soft law*, il tradizionale criterio dell'efficacia o dell'efficienza²⁹. Si mantiene dunque

²⁸ Per tutti, F. FRANCONI, *The Peasants' Declaration: state obligations and justiciability*, cit., p. 9 s. L'Autore propone due strade che potrebbero condurre ad affermare una forza vincolante della Dichiarazione: che essa possa entrare a far parte di norme di diritto internazionale comunitario (proprio tramite la ripetizione di riconoscimenti già esistenti altrove) o che essa partecipi della forza ed autorevolezza della UN Charter. Naturalmente, l'Autore in questione si preoccupa della vincolatività della dichiarazione sul piano del diritto internazionale.

Sul tema del *soft law* ci riserviamo di tornare.

²⁹ V. CAREDDA, *L'onere e la norma. Prove di accesso al diritto*, in *Giust. civ.*, I, 2019, p. 84 s.: «Secondo una definizione ormai largamente condivisa l'espressione *soft law*, *droit souple*, diritto morbido o soffice, designa una «tipologia di proposizioni giuridiche che rinunciano proprio a quel bagaglio di forza cogente, che sembra essere al cuore della nozione di “norma” giuridica»³⁰. I caratteri appena suggeriti sarebbero presenti in una serie di enunciati giuridici, tendenti a moltiplicarsi, come dichiarazioni, raccomandazioni, direttive, pareri, preamboli, carte, codici di condotta, *non binding agreements* e simili. La definizione è affidata, come si vede, ad un dato negativo, ossia all'assenza di un connotato che, come sinora osservato, secondo una certa tradizione costituisce criterio di giuridicità della norma: la forza cogente, gli effetti vincolanti, la *contrainte*, quest'ultima spesso identificata senz'altro nella sanzione. Con un impegno maggiore di definizione in positivo, si è detto che il *soft law* implica degli “impegni”, ma nel senso che «è più di una dichiarazione di intenti, ma meno di una proposizione giuridica in senso pieno. Questo

inalterata, tra l'altro, la rilevanza interpretativa, sia pure anch'essa non imposta, senza dimenticare che certe espressioni di diritto morbido acquistano, nella pratica, un rilievo superiore a quello semplicemente interpretativo, in quanto contribuiscono all'elaborazione della soluzione del caso concreto assumendo, cioè, una «*fonction*

comporta che il diritto soffice assuma varie forme, difficilmente riconducibili ad un unico criterio, ma capaci di aggregarsi intorno all'accettazione di una forma di espressione giuridica, che sia effettivamente "diritto", che implica "impegni" – *commitments* – ma che non li assiste con sanzioni. La circostanza del moltiplicarsi delle proposizioni normative morbide, tuttavia, attesta la fiducia nella loro capacità di conseguire risultati pratici evidentemente ritenuti vantaggiosi. Tale osservazione induce autorevole dottrina a sostenere che, in rapporto al *soft law*, piuttosto che utilizzare la tradizionale categoria dell'efficacia – o efficienza – sarebbe preferibile parlare di *successo*». Il riferimento al "successo" è in M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. Somma, Torino, 2009, p. 71; A. SOMMA, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, in *Soft law e hard law ecc.*, cit., p. 153 ss.: «Soft law è una locuzione in cui si rispecchiano molte delle caratteristiche tipiche del linguaggio postmoderno. Essa ben si coordina con le espressioni che, alludendo all'instabilità e contingenza delle costruzioni umane, combinano termini tradizionalmente considerati antitetici, per rendere il senso di profondi mutamenti. Chi discute di soft law non intende così confezionare un ossimoro o comunque un paradosso, bensì celebrare l'avvenuto superamento del tradizionale modello occidentale e statualista di produzione del diritto secondo i canoni del positivismo legislativo». Di difetto di forza cogente parla M.R. FERRARESE, *op. loc. cit.*; di mancanza di effetti vincolanti R. VOLANTE, *Il soft law come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 173 ss. e B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in *Soft law e hard law ecc.*, cit., spec. p. 120. Quest'ultimo, tuttavia, precisa che "L'espressione è generalmente usata, da qualche tempo, per indicare una serie di atti, non omogenei quanto ad origine e natura, che, benché privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti" (p. 117). Si noti che la definizione proposta (in particolare da Ferrarese) non è troppo dissimile da quella tracciata da F. SNYDER, *Soft law and Institutional practice in the European Community*, in *The construction of Europe. Essays in Honour of Émile Noël*, Dordrecht, 1994, p. 198: «By "soft law" I mean "rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects"». Le definizioni riportate sono poi oggetto di approfondimento da parte di L. SENDEN, *Soft law in European community law*, Oxford and Portland Oregon, 2004, spec. p. 111 ss.; qui anche un cenno alla crisi di effettività che avrebbe favorito la diffusione del *soft law* nel diritto comunitario (spec. p. 93 ss.); C. BLOUD-REY, *Le droit souple: nouvelle norme ou moralité?*, in *Droit souple et nouvelle(s) normativité(s)*, dirigé par-a cura di P. Duret, G. Guiglia, J.-J. Menuret, D. Sinou, Napoli, 2022, p. 1 ss.

complémentaire, intégrative, compensatoire» che aiuta altresì a colmare le lacune³⁰.

Riteniamo, di conseguenza, che l'interprete possa prendere in considerazione i principi della Dichiarazione al fine di risolvere una controversia *iure privatorum* anche per allargare le maglie di una costruzione tramandata con caratteri più rigidi. Ad esempio, in una controversia tra agricoltori uno dei quali invochi un accesso o un migliore accesso all'acqua (o ad un'acqua pulita), il diritto di accesso alla risorsa vitale affermato dalla dichiarazione potrebbe aiutare ad aprire uno spazio di manovra nella disciplina delle servitù prediali. Senza pretendere di scardinare il principio, tuttora solido, del *numerus clausus* dei diritti reali³¹, l'affermazione che precede potrebbe corroborare l'idea per cui l'interesse a creare sui beni vincoli opponibili a terzi, sarebbe comunque tutelato dall'art. 1027 cod. civ. La norma in questione non definisce le servitù in ragione del loro contenuto, ma solo come pesi imposti su un fondo servente nell'interesse del fondo dominante. Proprio nel caso, probabile, in cui sorgessero perplessità sulla forza di apertura della predetta norma³², il richiamo ai principi della Dichiarazione non sarebbe vano³³. Vi è di

³¹ G. GUIGLIA, *Les préambules dans le système conventionnel de la Charte sociale européenne: de la fonction interprétative à la fonction intégrative et «compensatoire»*, in *Droit souple et nouvelle(s) normativité(s)*, cit., spec. p. 145.

³² Il tema del *numerus clausus* dei diritti reali sarà ripreso *infra*.

³³ Accogliamo l'interpretazione che fa della norma in questione una forte clausola di apertura nella disciplina dei diritti reali, clausola che consentirebbe il soddisfacimento di interessi particolari, non riducibili a quelli soddisfatti dalle sotto-figure di servitù esplicitamente elencate dalla legge. L'opinione è autorevolmente sostenuta da E. DEL PRATO, *Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali*, in *NGCC*, 2, 2021, p. 428: «L'opinione dominante è che i diritti reali costituiscono un *numerus clausus*, cioè è precluso ai privati foggiane di atipici. Essa appare condivisibile non per una petizione di principio, che non avrebbe senso, quanto piuttosto per la constatazione che il novero degli interessi tutelabili attraverso la realtà appare già esaurientemente coperto mediante le servitù prediali. Queste, infatti, non si individuano in relazione a uno specifico contenuto, ma per consistere “nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario” (art. 1027 cod. civ.)». Non ci sentiamo però di escludere che l'affermazione del numero chiuso possa estendersi anche alle specie di servitù “interne” alla figura generale. Né che al numero chiuso si aggiunga una vera “tipicità” di contenuto. I principi ai quali ci riferiamo sarebbero di qual-

più: il fatto di tener conto delle proposizioni della dichiarazione potrebbe aiutare una diversa interpretazione del c.d. principio di efficienza in virtù del quale – secondo tradizione – l'utilità del fondo servente dev'essere perseguita con il minor sacrificio del fondo dominante ed a trovare un diverso punto di equilibrio tra le due posizioni³⁴.

Quanto abbiamo sinora ipotizzato prescinde dal caso più evidente, nel quale l'influenza interpretativa delle proposizioni di *soft law* potrebbe essere in qualche modo agevolata. Ci riferiamo, ad esempio, alle proposizioni della Dichiarazione nelle quali si promuove un modello di vita rurale sostenibile dal punto di vista ambientale: con il consueto sguardo rivolto all'ordinamento italiano non possiamo non notare, infatti, che esse potrebbero penetrare in un percorso interpretativo – se non addirittura accedere ad una vera *Drittwirkung* – in quanto veicolate dalle nuove disposizioni in materia di ambiente ed ecosistema degli artt. 9 e 41 Cost.³⁵.

Non ci sentiamo di escludere, infine, che la modalità «olistica»³⁶ di riconoscimento dei diritti possa incidere in questo senso: molti di-

che aiuto nel superamento di ostacoli simili. In merito alla tipicità ed al numero chiuso dei diritti reali si veda anche *infra*.

³⁴ Nel senso che il contenuto, in ipotesi libero, delle servitù potrebbe essere inteso/interpretato in modo tale da consentire la realizzazione degli obiettivi della Dichiarazione.

³⁵ In materia di servitù la dottrina è copiosa, ci sia consentito rinviare unicamente a G. AMADIO - F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, II, Bologna, 2014, p. 406 ss. Potrebbe essere di notevole utilità, al fine di rimodulare i rapporti tra fondo dominante e fondo servente anche una rinnovata visione della proprietà, in chiave relazionale e sensibile alle diseguglianze. Quest'ultima favorirebbe le possibilità di accesso alle risorse da parte dei lavoratori rurali che ne abbiano necessità: A. QUARTA, *Non - proprietà. Teoria e pratica dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016, spec. p. 216 ss.

³⁶ Si veda, specialmente, l'art. 18 (del quale si riportano i primi commi): «1. Peasants and other people working in rural areas have the right to the conservation and protection of the environment and the productive capacity of their lands, and of the resources that they use and manage. 2. States shall take appropriate measures to ensure that peasants and other people working in rural areas enjoy, without discrimination, a safe, clean and healthy environment. 3. States shall comply with their respective international obligations to combat climate change. Peasants and other people working in rural areas have the right to contribute to the design and

ritti sono (solo) ribaditi nel documento, perché sanciti in altre fonti vincolanti; tutti i diritti si legano in una considerazione unitaria della tutela della vita e di una dignitosa condizione umana; tutto ciò posto, si può ipotizzare che, in questa generale protezione, possano rientrare anche le prerogative specifiche attribuite ai lavoratori rurali (unicamente) dalla dichiarazione³⁷. Anche qui, però, la spinta offerta sul terreno dell'effettività sarebbe, a prima vista, di natura interpretativa³⁸. Il discorso è, ovviamente, gravemente carente, ma potrebbe contribuire a praticare un'apertura per la penetrazione dei principi del documento nei rapporti di diritto privato.

4. Il breve discorso incentrato sulla titolarità dei «diritti» attribuiti ai lavoratori rurali richiede un'ultima notazione. L'impianto della Dichiarazione mostra che ai soggetti ora menzionati spettano diritti («i contadini hanno diritto...»). A fronte dei diritti si pongono i «doveri» degli Stati di assicurare la realizzazione degli obiettivi (o lavorare in tale direzione). La simmetria stilistica tra diritti e doveri non è, ovviamente, perfetta, ma è ripetuta con insistenza e piuttosto chiara. In un'ottica privatistica è bene osservare³⁹ per prima cosa che la simmetria tra diritti e doveri non è indefettibile e che lo stesso diritto privato vi ha ormai rinunciato⁴⁰. Se tale aspetto si coordina con

implementation of national and local climate change adaptation and mitigation policies, including through the use of practices and traditional knowledge». Inoltre, art. 16, comma 4: 4. «States shall take all appropriate measures to ensure that their rural development, agricultural, environmental, trade and investment policies and programmes contribute effectively to protecting and strengthening local livelihood options and to the transition to sustainable modes of agricultural production. States shall stimulate sustainable production, including agroecological and organic production, whenever possible, and facilitate direct farmer-to-consumer sales». Per tutti, gli artt. 13, comma 4; 14, comma 4; 15, comma 5; 17, comma 1.

³⁷ Parla di «*holistic approach to human rights*» F. FRANCONI, *The Peasants' Declaration: state obligations and justiciability*, cit., p. 11.

³⁸ F. FRANCONI, *The Peasants' Declaration: state obligations and justiciability*, cit., p. 10.

³⁹ Benché la tentazione di adottare una nozione unificata ed unificante sia forte.

⁴⁰ A parte l'impostazione fondamentalmente verticale dei rapporti così disegnati, sulla quale ci siamo soffermati sopra.

quello, prima menzionato, del difficile passaggio dall'universalità alla determinatezza, le difficoltà di concretizzazione dei diritti vengono ulteriormente in risalto. La sfasatura tra pretese universali o quanto meno assai diffuse e la posizione ambigua degli Stati (non chiaro se essi siano investiti di doveri, di che genere di doveri si tratti e quali siano le conseguenze dell'inosservanza) trasformerebbe le posizioni giuridiche dei contadini in una foce che si allarga talmente da non arrivare al mare. Inoltre, la difficoltà di esprimere in termini di proprietà, diritto reale, appartenenza o simili la posizione di ciascuno – ossia in termini di diritto dai titolari determinati, individuali o collettivi, di pretesa specifica e via discorrendo – manda in crisi l'idea stessa del diritto soggettivo. Per limitarci ad un solo esempio elementare, non sarebbe semplice immaginare una specifica pretesa al conseguimento delle risorse vitali esercitata/esercitabile verso lo Stato, in ipotesi investito di un dovere altrettanto specifico; analogamente l'esperimento di un diritto reale verso un ordinamento gravato, in ipotesi, da una situazione passiva solleverebbe problemi non indifferenti.

In parole diverse, il passaggio dal livello delle affermazioni di principio della Dichiarazione a quello dei rapporti giuridici privatistici non sembra essere fluido ed immediato. Per un verso, infatti, la Dichiarazione potrebbe costituire un momento di quel processo di sgretolamento da molti denunciato, che potrebbe condurre al tramonto del diritto soggettivo tradizionalmente inteso ed all'ingresso nell'era dell'accesso⁴¹. Qui non intendiamo riferirci necessariamente al tramonto del mercato tradizionale ed alla sua sostituzione da parte della Rete. Accogliamo invece l'espressione in accezione "riduttiva", come dissoluzione delle tradizionali posizioni di titolarità in favore di un approccio che miri all'effettività del soddisfacimento dell'interesse anche grazie allo *stress* delle figure, categorie, discipline tradizionali. In questo senso l'affermazione della titolarità di un diritto esprime l'obiettivo di rendere le risorse vitali accessibili e realmente fruibili da parte delle popolazioni rurali.

Per altro verso, l'asimmetria della quale parliamo evidenzia il fatto che il rapporto "pubblicistico" Stati-popolazioni non può rical-

⁴¹ Simmetria diritti e doveri vedi in cap su onere e sgs.).

care un classico modello privatistico “diritto-dovere”⁴². Con la conseguenza, forse ovvia ma importante, che l’affermazione di diritti (dei contadini) e doveri (degli Stati) reiterata nella Dichiarazione non istituisce in via immediata rapporti privatistici o assimilabili ad essi e non garantisce perciò che i diritti attribuiti ai contadini consentano loro di esercitare una pretesa verso gli Stati, neppure una pretesa di tipo risarcitorio nel caso in cui la condotta di questi ultimi assuma l’aspetto della violazione di un dovere o della fonte di responsabilità per fatto dannoso⁴³. Il che, peraltro, non fa che mettere in risalto l’importanza del livello privatistico di regolamentazione: vorremmo azzardare l’ipotesi per cui proprio l’assenza di reciprocità piena nel rapporto Stato-cittadini o Stato-popolazioni (non esaurendo esso il contenuto delle proposizioni normative) lasci uno spazio logico a diritti o doveri esistenti nei rapporti tra privati e, dunque, a qualche possibilità di applicazione orizzontale.

5. Ci preme porre in risalto alcuni altri aspetti che possono influenzare il passaggio dalla Dichiarazione al piano privatistico e l’approccio al diritto privato. Il primo nasce dalla circostanza per cui il documento costituisce, per comune ammissione, un esempio di diritto che nasce dal basso (*from below*).

Sarebbe imprudente considerare tale tematica come estranea al diritto privato. In tempi recenti, anzi, l’idea di un diritto che nasca dall’esperienza giuridica è oggetto di grande attenzione nello studio dei rapporti privatistici.

Il tema in questione si collega, come non è difficile notare, a quello delle fonti fatto e, sul piano dell’effettività, a quello, sopra accennato, del *soft law*. Sarebbe apparentemente semplice far coinci-

⁴² Per tutti F. GRITTI, *L’era dell’accesso. A proposito di multiproprietà, diritti reali e nuove frontiere*, in *Giur. merito*, 1, 2001, p. 203 ss.; con riguardo alla proprietà A. QUARTA, *Non - proprietà. Teoria e pratica dell’accesso ai beni*, cit., *passim* e spec. 215 ss., 279 ss. (vedi anche *infra*).

⁴³ Ricordiamo, come mero esempio, che in materia di libertà costituzionali – interpretate solitamente come diritti – l’esistenza di doveri positivi e specifici degli Stati non comporta per ciò stesso l’attribuzione ai cittadini di una pretesa verso gli stessi: R. BIFULCO, *Diritto costituzionale*, cit., p. 386 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Dir. amm.*, 3, 2021, p. 587 ss.

dere interamente la questione del diritto che nasce dal basso con quella delle fonti fatto e sovrapporre totalmente queste ultime con la consuetudine o con fonti *extra ordinem* quali le norme straniere, adottando come centro dell'indagine l'ordinamento statale X. In realtà, però, il percorso è meno rettilineo e richiede alcune cautele.

In via di prima approssimazione, infatti, niente autorizza ad affermare che esista o che debba o possa essere osservata una simmetria tra i caratteri del documento internazionale e il diritto privato nazionale chiamato a attuarne gli obiettivi. La circostanza per cui la dichiarazione nasce dal basso, in altre parole, non impone che la sua realizzazione sia affidata (unicamente o preferibilmente) ad un diritto che nasce dall'esperienza, né che il suo successo dipenda dall'affermarsi di una visione delle fonti del diritto che privilegi le fonti informali o che ritenga di superare la tradizionale distinzione tra atti e fatti normativi o tra diritto imposto dall'alto e scaturito dal basso⁴⁴.

Analogamente, il legame possibile tra attuazione dei principi della dichiarazione e questione delle fonti, non si risolve (semplicisticamente) collocando la dichiarazione tra le fonti *extra ordinem* in quanto norma straniera. Tanto più che si tratta di proposizioni di *soft law* o, per paesi come l'Italia, doppiamente *soft*.

Al contrario, si potrebbe pensare che, nell'ordinamento dei singoli stati, sia più facile affidare ad atti formali la realizzazione degli obiettivi, soprattutto perché essa può richiedere il superamento di regole preesistenti: il ricorso all'imposizione dall'alto può apparire, perciò, il più efficiente, se non l'unico mezzo che vanta probabilità di successo.

A nostro sommo avviso, invece, prescindendo da ogni simmetria, rivolgere lo sguardo al diritto che nasce dall'esperienza ed alle fonti-fatto si rivela utile proprio quando si tratta di mettere a dimora nell'ordinamento di uno stato – quello italiano, per esempio – principi difficili da acclimatare e da tradurre in regole specifiche. Quelle che contano, ai nostri fini, non sono dunque le consuetudini internazionali, né il diritto internazionale che nasce dal basso. Sono,

⁴⁴ Si veda, ad esempio, CGUE, grande sezione, sent. 22 dicembre 2022, causa C-61/21, in materia di norme sulla salubrità dell'aria. Quanto alle posizioni di dovere (obbligo, onere) dello Stato, non sempre corrispondenti a pretese specifiche dei cittadini vedi supra, nota precedente.

semmai, le consuetudini come fonte di diritto interno, i fatti normativi operanti nel diritto dello stato, la valorizzazione di quei processi di formazione di norme che possono agevolare la più volte menzionata realizzazione degli obiettivi.

Tra tali ultimi fatti normativi non menzioniamo, allora, le norme straniere o comunitarie (eventualmente) richiamate da norme interne, la cui qualificazione in termini di mero fatto normativo è già stata efficacemente contestata⁴⁵. Ci sembra essere evidente, inoltre, l'importanza del ruolo svolto dagli interpreti (anche sotto il profilo delle fonti), ruolo al quale del resto abbiamo già fatto cenno nel vagliare le possibilità di una *Drittwirkung* indiretta dei principi della dichiarazione⁴⁶.

Preferiamo attirare l'attenzione sulle potenzialità della consuetudine, quantunque essa non sia l'unico frutto dell'esperienza giuridica meritevole di considerazione. La consuetudine merita un cenno specifico, tuttavia, per diverse ragioni: in primo luogo per la sua, ormai sufficientemente assodata, natura di fatto indipendente dalla volontà⁴⁷; in secondo luogo, per la sua capacità – da taluno ricono-

⁴⁵ La tradizionale distinzione tra diritto che nasce dall'alto e diritto che nasce dal basso risale a F.K. von SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, I, Torino, 1866, p. 11. Attualmente la distinzione in questione è comunemente usata, ma la dottrina più incline a sottolineare la disgregazione del classico sistema gerarchico delle fonti, ne evidenzia il superamento e la perdita di senso, come risultato del venir meno del monopolio statale della produzione normativa: per tutti N. LIPARI, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4, 2013, p. 1213: «Nel momento stesso in cui si constata che si è venuto disintegrando lo schema gerarchico di posizione della regola è chiaro che viene meno l'immagine stessa della fonte [*omissis*]. E a maggior ragione perde significato la distinzione tra fonti formali e fonti non formali, tra fonti-fatto e fonti-atto, tra fonti ordinarie e fonti *extra ordinem*». Essenziale altresì la lettura di V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Fonti-Teoria-Metodo, Alla ricerca della «Regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, cit., spec. p. 14 ss. e 28 ss. (ove si chiarisce che la complessità esige regole nate dal basso e che la giurisprudenza procede ad adempiere il proprio compito attraverso il «risalimento dalla domanda alla risposta»).

⁴⁶ C. PINELLI, *Fonti fatto e fatti normativi extra ordinem*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, I, 2010, p. 237 ss., spec. 248 ss. ed *ivi* altre indicazioni bibliografiche.

⁴⁷ N. LIPARI, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, cit., p. 1213 ss.; lo stesso A. evidenzia l'ineludibilità del passaggio dalla logica

sciuta – di operare anche in materia di proprietà, diritti reali e contratto⁴⁸; in terzo ed ultimo luogo per il fatto fungere da cerniera tra fonti di diverso genere, in modo tale da contribuire ad agevolare il sostanziale superamento della distinzione stessa tra atti e fatti normativi, testimoniando che ogni produzione normativa è il risultato di un processo⁴⁹.

Quanto al primo punto, il riconoscimento della natura fattuale della consuetudine tocca anche la cruciale questione del suo rapporto con la legge (la consuetudine è intrinsecamente efficace o lo è in quanto sia richiamata dalla legge?)⁵⁰. Nel pensiero di taluni ed autorevoli giuristi si fa largo l'idea che essa operi indipendente-

delle fonti a quella dei principi (N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, cit., p. 29 ss.).

⁴⁸R. SACCO, *Fonti non scritte nel diritto italiano*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2000, p. 4: «La consuetudine, poiché non è il prodotto di una volontà, è un fatto (e non un atto). Si prova in giudizio come un fatto. Poiché ha una sua notorietà, il giudice che la conosca la applica senza che debbano intervenire altre esigenze»

⁴⁹R. SACCO, *Fonti non scritte nel diritto italiano*, cit., p. 8: «In altre parole: una regola planetaria statuisce che la proprietà (non cintata) non è difesa contro la raccolta del prodotto naturale del suolo. Questa regola è operante anche in Italia. Questa regola è consuetudinaria». In materia di contratto: «In altre parole, la presenza di usi noti, prestigiosi e autorevoli, rivolti ad un gruppo di contratti, ha il potere di strappare quei contratti al tipo cui altrimenti appartenerebbero, e costituirli in tipo a sé stante; e, attraverso questo potere preliminare, l'uso introduce il proprio dettato per regolare i contratti in questione, rinnegando le leggi dispositive rivolte al tipo legale cui potenzialmente i contratti appartenevano». Anche A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2017, p. 162 s. riconosce che «il sistema delle fonti dell'istituzione proprietaria è complesso e comprende, non sorprendentemente data la rilevanza centrale dell'istituzione nel sistema giuridico complessivo, tutte le possibili fonti del diritto: costituzioni, codici, altre leggi generali e speciali, regolamenti e altre fonti sub legali, ed anche, sebbene il punto sia disputato, gli atti di autonomia privata».

⁵⁰C. PINELLI, *Fonti fatto e fatti normativi extra ordinem*, cit., p. 245. «Non si tratta più di distinguere la consuetudine a seconda che rilevi quale fonte previamente stabilita con legge o quale fatto normativo. Ciò che ora conta è la rilevazione della consuetudine come processo, come «flusso permanente di trasformazione del diritto», che anche quando trovi riconoscimento in un trattato, in una legge o in una sentenza riprende il suo corso sotterraneo per riapparire più tardi in una veste differente».

mente ed anche in contrasto con la legge⁵¹. Ditalché dobbiamo interrogarci sulle modalità di realizzazione degli obiettivi, se cioè sia necessario o meno un riconoscimento normativo formale di consuetudini già consolidate. Quanto al secondo punto, esso ribadisce ciò che abbiamo appena detto: pur consapevoli del fatto che, nel sistema classico delle fonti, la consuetudine occupa una posizione marginale, non dimentichiamo che la stessa mostra doti di resistenza, sia pure in piccoli spazi, in deroga alla legge scritta anche in quei settori del diritto privato sui quali maggiormente inciderebbe l'attuazione dei principi della dichiarazione (proprietà, appunto, diritti reali e contratto)⁵². Il terzo punto ci consente di ricordare tra l'altro che anche i fatti, come la consuetudine, hanno comunque bisogno dell'interpretazione.

La valorizzazione della consuetudine ed il riconoscimento di sistemi e modelli di appartenenza alternativi rispetto a quelli propri dei modelli statualisti o occidentali è obiettivo della Dichiarazione, nonché strumento di realizzazione del diritto dei contadini alla terra, all'acqua, alle risorse naturali⁵³.

6. Il secondo aspetto capace di influenzare l'approccio al diritto privato è il carattere di proposizioni di *soft law* che compete agli enunciati della Dichiarazione. Anche a questo proposito, preferiamo evitare di nasconderci dietro affermazioni ricorrenti che descrivono il diritto privato unicamente come una roccaforte del diritto duro. Adottando una formula tanto perentoria ci si preclude *a priori* una linea di sviluppo potenzialmente proficua, perché l'uso della formula stessa affiderebbe ogni speranza ad una volontà politica capace di imporre scelte dall'alto. Scelte che, tra l'altro, non sembrano essere

⁵¹ R. SACCO, *Fonti non scritte nel diritto italiano*, cit., p. 32 ss.

⁵² R. SACCO, *Fonti non scritte nel diritto italiano*, cit., p. 10: «I sondaggi fin qui effettuati nel diritto civile e commerciale inducono ad escludere che la consuetudine operi solo quando le offra uno spazio un preciso richiamo legislativo. La consuetudine domina settori importanti della vita di relazione, incide sulla proprietà, neutralizza regole sulla conclusione e sulla forma dei contratti. Quando deve farlo, dispone anche là dove la legge parla con chiarezza; e dispone in modo contrario alla lettera della legge».

⁵³ Sul punto torneremo, specie in tema di usi civici.

imminenti, posta la più volte ricordata posizione di retroguardia assunta dall'Italia⁵⁴.

Dobbiamo, peraltro, segnalare nuovamente che non intendiamo proporre alcuna simmetria obbligata tra i caratteri della dichiarazione e quelli degli strumenti realizzativi, ossia che non è detto che la realizzazione degli obiettivi debba essere affidata a strumenti (anch'essi) di *soft law*. Ci pare però che una riflessione sul ruolo che il diritto morbido svolge nell'area privatistica offra varie suggestioni.

In quest'ottica il fenomeno del *soft law* può essere osservato su un duplice livello: quello della Dichiarazione, nella sua possibile influenza sugli strumenti di diritto privato approntati dall'ordinamento che ne cura l'attuazione; quello del diritto privato stesso, immediatamente considerato. Quanto al primo livello, la circostanza per cui la dichiarazione costituisce una fonte *soft* può avere riflessi privatistici in quanto, secondo una comune opinione, le proposizioni di diritto morbido produrrebbero un peculiare «effetto di liceità»⁵⁵. L'affermazione in questione richiede una certa cautela. Essa può lasciar credere, infatti, che, in mancanza di una proposizione soffice, la condotta (umana) considerata sarebbe illecita, il che non pare facilmente sostenibile: a tacer d'altro, una proposizione normativa che rimuove l'illiceità di una condotta non potrebbe dirsi *soft*, dato che produrrebbe un importante effetto costitutivo⁵⁶.

⁵⁴ Art. 17, comma 3. «States shall take appropriate measures to provide legal recognition for land tenure rights, including customary land tenure rights not currently protected by law, recognizing the existence of different models and systems. States shall protect legitimate tenure and ensure that peasants and other people working in rural areas are not arbitrarily or unlawfully evicted and that their rights are not otherwise extinguished or infringed. States shall recognize and protect the natural commons and their related systems of collective use and management».

⁵⁵ Non abbiamo la pretesa di immaginare che la realizzazione degli obiettivi sia facilitata, anche bypassando la dichiarazione, dai riferimenti alla «sovranità alimentare».

⁵⁶ In via generale si veda A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009 (nel quale, per quanto di interesse, B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, p. 120 ss.; R. VOLANTE, *Il soft law come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione*, p. 173 ss. ed altri per i quali vedi infra). Il Richiamo all'«effetto di liceità» è presente in quest'ultimo A., il quale precisa che esso consente all'autore di una condotta conforme alla proposizione di *soft law* di sottrarsi alla responsabilità derivante da conseguenze lesive a carico di terzi. Il me-

Peraltro, l'asserito «effetto di liceità» potrebbe non essere inutile (la litote è d'obbligo) nei casi in cui si prospetti (o si paventi) un contrasto tra attuazione della Dichiarazione e diritto interno preesistente. Se l'attuazione della Dichiarazione nel singolo ordinamento è affidata ad uno specifico strumento, ad esempio una legge, l'asserito contrasto sarà verosimilmente classificato e risolto secondo i criteri che regolano i rapporti tra le fonti, tradizionali o meno che siano. Qui l'attuazione avviene con mezzi di diritto *hard* che non necessitano dell'effetto in questione, ma che ne sono comunque «corroborati». In mancanza di atti formali di attuazione nel diritto interno – ossia di leggi, come potrebbe accadere in Italia – il peculiare effetto del *soft law* aiuta a legittimare l'uso dei «principi» della Dichiarazione come termini di bilanciamento. Perciò evita che tali «principi» siano *a priori* scartati dal processo interpretativo in quanto incoerenti col diritto interno. In questo modo il c.d. effetto di liceità potrebbe contribuire a quell'applicazione orizzontale indiretta realizzata in via interpretativa, della quale abbiamo detto sopra⁵⁷.

Quanto al secondo livello, probabilmente le norme privatistiche possono svolgere le funzioni tradizionalmente assegnate al *soft law*, ma la tripartizione usuale – *pre-law*, *post-law*, *para-law*⁵⁸ – non rende giustizia alle potenzialità del diritto privato e ne trascura i processi evolutivi. Taluni di questi ultimi evidenziano la presenza ed il ruolo, nel diritto privato, di norme non vincolanti o sprovviste di sanzione, che si confrontano agevolmente con il diritto morbido. La dottrina francese propone un'articolazione ulteriore delle *facettes* del diritto morbido, più utile ai nostri fini: *droit flou (sans précision)*, *droit doux (sans obligation)* et *droit mou (sans sanction)*⁵⁹. Quanto al primo, si

desimo A. mette in evidenza, altresì, la differenza che intercorre tra *soft law* e consuetudine: quest'ultima apparterebbe infatti al *hard law* e sarebbe pertanto cogente. L'effetto di liceità che ne può derivare, perciò, non è autonomo ma dipende «dal vincolo che la norma crea per i destinatari».

Per quanto riguarda le definizioni delle proposizioni di diritto morbido ci limitiamo a rimandare al par. 3, note 28 e seguenti.

⁵⁷ Come ci accingiamo a dire nel testo, infatti, su questo primo livello l'effetto non si apprezza con riguardo di condotte individuali.

⁵⁸ Ulteriore rimando a *supra*, par. 3.

⁵⁹ B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, cit., p. 120; R. BIN, *Soft law no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 31; T. GIARO, *Dal*

tratta di un carattere in certa misura ineliminabile dal fenomeno giuridico, esso riporta il discorso sui poteri interpretativi del giudice, specie in contesti caratterizzati da fluidità accentuata⁶⁰; il secondo ed il terzo⁶¹, invece, richiamano l'attenzione su strumenti particolari, propri di un diritto gentile. Con tale espressione intendiamo riferirci non solo (e non tanto) agli strumenti concordati e partecipati: questi sono indubbiamente utili e talora necessari per la conveniente gestione delle risorse vitali – si pensi alla gestione delle acque dei fiumi, che costituisce un tema centrale – ma, nella misura in cui essi si basano sul contratto, emblema del regolamento impegnativo di interessi, tornano al modello vincolante. Vi tornano, in verità, su un piano leggermente attenuato perché l'atto di autonomia privata (il contratto, nel nostro caso) ha, malgrado la sua declamata durezza,

soft law moderno al soft law antico, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 84; L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, cit., spec. p. 111 ss. La tripartizione menzionata nel testo lega indissolubilmente il diritto morbido a quello duro e lo fa vivere nel confronto con questo. Il legame è stato descritto assegnando al primo una determinata posizione, rispetto al diritto *hard*, che servirebbe a delinearne le possibili funzioni: «quella pre-law, riguardante gli strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti; quella post-law, nella quale rientrano gli strumenti di interpretazione, di implementazione, di attuazione di atti vincolanti; quella para-law, riguardante gli strumenti alternativi ad atti vincolanti». Questi ultimi sono definiti altresì *steering instruments*. La tripartizione funzionale che precede, però, non sembra che faccia al caso nostro: essa non sembra del tutto appagante al fine di un esame dei rapporti tra *soft law* e diritto privato, in quanto non si sofferma a soppesare il ruolo delle norme privatistiche sprovviste di sanzione, né il ruolo ed il significato dell'autonomia privata, sia in quanto fonte di regole prodotte dai loro stessi destinatari, sia nelle sue manifestazioni più tenui e, appunto, non vincolanti.

⁶⁰ La dottrina francese è piuttosto attenta al fenomeno in esame. La suddivisione proposta nel testo si deve particolarmente a C. THIBIERGE, *Le droit souple. Reflexions sur les textures du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil (TRDciv)*, Paris, 2003, p. 599 ss., spec. 608; la distinzione tra differenti consistenze del diritto è anche in N. DESCOT, *Les règles du droit civil non sanctionnées*, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, 3, p. 1299 ss. Sulla mancanza di vincolatività (*contrainte*) si veda P. ANSELEK, *Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques*, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, 4, 1847. In generale, sul tema della vaghezza o dello sfumato del diritto – *flou du droit* – il classico M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, 1986, 2004, 23.

⁶¹ A tal proposito ci limitiamo a richiamare quanto già osservato supra.

qualcosa in comune con il diritto morbido, ossia la coincidenza tra autori e destinatari della regola⁶². Questa notazione consente di collocare quelli che abbiamo chiamato “strumenti concordati e partecipati” su un primo livello di ammorbidimento del diritto.

Il richiamo al diritto gentile è ancor più utile, però, se ed in quanto ci induce a suggerire l'uso di strumenti alternativi a quello del dovere giuridico al fine di garantire il risultato. In questi casi, la consistenza, o *texture*, del diritto diventa ancor più plastica in quanto si entra in un territorio sprovvisto di vera coazione e/o sanzione.

In altre parole, il legislatore (il pensiero è sempre rivolto a quello italiano) potrebbe orientarsi nel senso di elaborare modelli di comportamento, più o meno stringenti, ai quali subordinare l'accesso alle risorse, la misura o qualità di esso, l'acquisizione di benefici, anche in forma graduata. Potrebbe, cioè, preferire il ricorso alla tecnica dell'onere a quella dell'obbligo, sia per consentire lo svolgimento di una funzione promozionale del diritto⁶³, sia per la maggiore efficienza della tecnica medesima. Le norme che pongono oneri possono essere accostate alle proposizioni di diritto morbido per alcuni aspetti: in primo luogo, perché entrambe hanno di mira un fine, «indicano un atteggiamento da assumere, un programma da seguire...»⁶⁴; poi per l'assenza di sanzione in senso proprio come conseguenza dell'inosservanza e per la libertà del fine, circostanza che le priva di vera coercizione⁶⁵. Il che non significa che le norme in questione siano del tutto “morbide”, anzi il *mélange* di consistenze diverse, morbidezza

⁶² Non ci è consentito, in questa sede, un approfondimento delle singole varianti.

⁶³ Se è vero che quello indicato nel testo è un carattere che appartiene, almeno spesso, al *soft law*, allora gli strumenti dell'autonomia privata si situano in una zona meno lontana dal medesimo di quanto si vorrebbe lasciar intendere (V. CAREDDA, *L'onere e la norma. Prove di accesso al diritto*, cit., p. 84 ss.). Vale la pena di ricordare, altresì, che gli strumenti di autonomia privata – se possono dirsi regole, il che non è scontato – sono regole che nascono dal basso. Non possiamo tuttavia sviluppare tale aspetto, che ci condurrebbe sul terreno della natura degli atti di autonomia e della fonte della medesima.

⁶⁴ Cenni in V. CAREDDA, *L'onere e la norma. Prove di accesso al diritto*, cit., p. 70 ss.

⁶⁵ B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, cit., p. 127 s.

ed inesorabilità, ne costituisce un tratto distintivo. Ad esempio, ammesso che l'ordinamento persegua l'obiettivo di favorire un certo modello di agricoltura, pastorizia, silvicoltura ecc. – tradizionale, autoctono, su piccola scala e simili – lo stesso potrebbe individuare paradigmi di condotta agricola che garantiscano la sostenibilità ambientale della pratica e farne strumento dell'accesso a specifici diritti. Il ricorso a standard di comportamento non è nuovo: si tratta qui di sottolinearne il legame con il *soft law*. Anche a questo proposito, la gentilezza dell'intervento assume *textures* lievemente diverse secondo i casi, a causa della varietà degli oneri e dei loro meccanismi operativi: posto che essi consistono in (figure di qualificazione di) comportamenti strumentali al conseguimento di risultati non imposti, il legame tra i mezzi ed i fini può essere più o meno preciso. In altre parole in certi casi il risultato ambito è del tutto definito, il comportamento necessario a conseguirlo è anch'esso puntualmente individuato da una regola⁶⁶; in altri casi la corrispondenza non è aritmetica, le condotte strumentali all'obiettivo diventano vaghe e non “garantiscono” in assoluto il successo, ma si limitano a renderlo più probabile ed agevolarlo⁶⁷. Tale varietà interna alla figura dell'onere consente l'individuazione di ulteriori livelli di malleabilità degli strumenti utilizzati.

Si aggiunga che strumenti di diversi livelli possono essere abbinati, con l'effetto di ottenere un risultato ancor più gentile: ad esempio, sovrapponendo l'autonomia privata all'onere. Intendiamo riferirci alla possibile creazione di oneri di origine autonoma e non eteronoma, cosa che riteniamo del tutto ammissibile⁶⁸: potremmo, ad

⁶⁶ Ci sia consentito di rimandare nuovamente a V. CAREDDA, *L'onere e la norma. Prove di accesso al diritto*, cit., p. 80 ss.

⁶⁷ Sarebbe possibile citare innumerevoli regole dal contenuto puntuale si veda, per tutte, l'art. 1495. Quanto alle norme contenenti una maggiore elasticità (perché contengono un elemento valutativo) si veda l'art. 1396, ove la valutazione concerne l'idoneità dei mezzi usati a rendere nota ai terzi una data vicenda.

⁶⁸ Il caso menzionato nel testo è esemplarmente rappresentato dall'onere della prova (art. 2697). La natura giuridica di esso è oggetto di discussione, così come la sua riconducibilità alla categoria dell'onere. Ne discute S. PATTI, *Le prove*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, II ed., Milano, 2021, p. 114 ss.; lo riconduce all'onere V. CAREDDA, *L'onere. Conversazioni sul diritto privato*, Cagliari, 2013, p. 97 ss.

esempio, immaginare che, all'interno di certe comunità, le modalità di accesso alle risorse siano calibrate sulla base dell'adeguamento a modelli di comportamento elaborati dalle comunità medesime con strumenti di autogestione di natura fondamentalmente negoziale.

Occorre ricordare, infine, non ultimi per importanza, alcuni strumenti classici di *soft law*, quali i codici di condotta, le buone pratiche, i protocolli, i *non binding agreements*. Il ruolo che essi svolgono nell'elaborazione di standard di comportamento ed azione è ormai riconosciuto. L'ostacolo di tipo pratico alla loro diffusione nel campo di nostro interesse potrebbe essere costituito dal fatto che la loro formazione presuppone un assetto organizzativo piuttosto complesso. Ma la linea di tendenza sembra favorire la loro diffusione, a dimostrazione del fatto che si tratta di ostacolo non insormontabile.

7. Tutto quanto abbiamo detto sinora sembra convergere sul tema della proprietà e dei diritti reali o, più ampiamente, sulla questione delle forme di appartenenza. La Dichiarazione afferma il diritto dei contadini alla terra ed alle altre risorse vitali, quali l'acqua, le zone costiere, le risorse ittiche, le sementi⁶⁹, si premura di precisare che tale diritto può spettare ai lavoratori rurali in modo individuale o collettivo, ma, soprattutto, di evidenziare la necessità di assicurare l'effettività del godimento di tali diritti. A questo fine mette in epigrafe il fatto che gli eventuali ostacoli derivanti dal *nomen juris* di certi istituti, al quale si riconnette rigidamente una disciplina preesistente, dovrebbero essere superati. In questo senso devono essere intesi i riferimenti al riconoscimento di forme collettive e consuetudinarie di appartenenza (*customary*), alla loro inclusione nel novero delle situazioni da proteggere, al divieto di deprivazione delle risorse, con qualunque forma giuridica sia realizzato («*and that their rights are not otherwise extinguished or infringed*»), anche con allontanamento forzato ed illegittimo dei contadini dalla terra o dalla risorsa, al diritto all'indennizzo: «*States shall take appropriate measures to provide legal recognition for land tenure rights, including customary land tenure rights not currently protected by law, recognizing the existence of different models and systems*».

⁶⁹ V. CAREDDA, *L'onere. Conversazioni sul diritto privato*, cit., p. 207 ss.

Stando così le cose, l'intero dibattito sulla proprietà è chiamato in causa, a cominciare dalla questione dei rapporti tra proprietà e libertà e, più ampiamente, tra diritto economico e diritti fondamentali⁷⁰. L'inquadramento del diritto alla terra (ed alle altre risorse vitali) nella cornice degli *human rights* impone, infatti, che il tema di questi rapporti sia ben presente ove si tratti di realizzare un bilanciamento tra principi⁷¹, ovvero ove si tratti di risolvere un'antinomia tra *human rights* collocati su diversi gradini della scala gerarchica⁷².

⁷⁰ La proposizione centrale in materia, ossia l'art. 17, del quale riportiamo qui i primi tre commi: Article 17 1. Peasants and other people living in rural areas have the right to land, individually and/or collectively, in accordance with article 28 of the present Declaration, including the right to have access to, sustainably use and manage land and the water bodies, coastal seas, fisheries, pastures and forests therein, to achieve an adequate standard of living, to have a place to live in security, peace and dignity and to develop their cultures. 2. States shall take appropriate measures to remove and prohibit all forms of discrimination relating to the right to land, including those resulting from change of marital status, lack of legal capacity or lack of access to economic resources. 3. States shall take appropriate measures to provide legal recognition for land tenure rights, including customary land tenure rights not currently protected by law, recognizing the existence of different models and systems. States shall protect legitimate tenure and ensure that peasants and other people working in rural areas are not arbitrarily or unlawfully evicted and that their rights are not otherwise extinguished or infringed. States shall recognize and protect the natural commons and their related systems of collective use and management.

⁷¹ Il tema è compiutamente svolto in A. IANNARELLI, *La proprietà e i suoi limiti nello spazio giuridico europeo*, p. 180 ss., in A. IANNARELLI, *Proprietà e beni. saggi di diritto privato*, cit., del quale riportiamo, a titolo di mero esempio, un passo: «In altre parole, il diritto di proprietà in quanto diritto fondamentale sia delle persone fisiche sia di quelle giuridiche, si allontana, nella prospettiva accolta dalla Convenzione, dai diritti dell'uomo, per connotare proprio uno specifico modello sociale ed economico» (la Convenzione della quale si parla è la Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

Inoltre, M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, Torino, 2015, spec. p. 35 s.; G. ALPA, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, p. 599 ss.

⁷² La letteratura in materia di proprietà è sterminata. Dobbiamo limitarci perciò a poche, ma ci auguriamo significative, citazioni. Le oscillazioni tra l'intendimento della proprietà come diritto economico e come diritto fondamentale (specie con riguardo al contesto europeo) sono efficacemente sintetizzati da A. IANNARELLI, *La proprietà e i suoi limiti nello spazio giuridico europeo*, in *Proprietà e beni*, cit., p.

Vengono in considerazione, poi, molti temi dibattuti, tra i quali quello delle forme di appartenenza, del significato di essa, della sua natura individuale o collettiva, dei beni comuni⁷³. A prima vista se si vuole valorizzare la Dichiarazione e promuoverne gli obiettivi (specie in ordinamenti di stampo romanistico-continentale quale quello italiano) è utile seguire quelle linee di pensiero che sostengono l'esistenza di una pluralità di forme di appartenenza⁷⁴, che respingono

180 ss. al quale facciamo integrale riferimento (come anche agli autori *ivi* citati); i poteri di conformazione del diritto di proprietà sono evidenziati da G. ALPA, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, cit., p. 599 ss.: la rivisitazione del diritto comincia negli anni '20 del secolo scorso, nella Relazione al Guardasigilli (ove i primi cenni ad una proprietà limitata dall'interno); oggi il diritto si è frantumato, dematerializzato, trasfigurato, trasformato nel contenuto; se ne afferma la funzione sociale, con un'oscillazione, quanto alla realizzazione di quest'ultima, tra vincolo e conformazione. Quanto all'ipotesi ventilata nel testo, di un bilanciamento tra principi, intendiamo dire che occorre tener conto della diffusa classificazione della proprietà come diritto (tutelato dalla Costituzione italiana e da altre, ma) di natura economica e che non si può escludere a priori che esso possa passare in secondo piano rispetto ad un diritto vitale. Occorre, certo, tener conto del fatto che, sia pure in termini strumentali, la proprietà o l'altro diritto reale asurgono nella Dichiarazione a presidio dell'accesso alle risorse, appunto, vitali.

⁷³ R. PISILLO MAZZESCHI, *Note sui metodi ecc.*, cit., p. 17 ss.

⁷⁴ Il tema dei beni comuni è ampio e complesso: ci permettiamo di rinviare, *ex multis*, a S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*³, Bologna, 2013, p. 459 ss.; ID., *Verso i beni comuni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 495 ss.; ID., *Beni comuni e categorie giuridiche: una rivisitazione necessaria*, in *I nuovi confini del diritto di proprietà*, a cura di Alpa, Fusaro e Donzelli, Milano, 2020, p. 258 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni - Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, *passim*; ID., voce *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. dir. Annali*, 2012, p. 1117; A. QUARTA, *Non-proprietà: teoria e prassi dell'accesso ai beni*, cit., spec. p. 279 ss.; AA.VV., *Oltre il pubblico e il privato - Per un diritto dei beni comuni*, a cura di Marella, Verona, 2012, *passim*; L. NIVARRA, *Quattro usi di «beni comuni»: per una buona discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 41 ss.; N. IRTI, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle appartenenze)*, in *Diritto e società*, 3, 2013, p. 381; A. NERVI, *Beni comuni e ruolo del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 180; ID., *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 418 ss.; E. VITALE, *Contro i beni comuni: una critica illuminista*, Roma-Bari, 2013, *passim*; G. PERLINGIERI, *Criticità della presunta categoria dei beni c. dd. «comuni». Per una «funzione» e una «utilità sociale» prese sul serio*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2022, p. 136. Ulteriori riferimenti anche negli scritti di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 118 ss.; P. RESCIGNO - G. RESTA - A. ZOPPINI, *Diritto privato - Una conversazione*, Bologna, 2017, p. 101 ss.; C. SALVI, *Proprietà e possesso*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Mazzamuto, Torino, 2021, p. 10 ss.

l'identificazione tra attribuzione in appartenenza e attribuzione ad un individuo⁷⁵, che rinvengono il senso dell'appartenenza nell'individuazione di coloro che devono prendersi cura di un bene e gestirlo⁷⁶. Tali linee di pensiero (spesso collegate) si rivelano più coerenti con l'impostazione della Dichiarazione in quanto, in primo luogo, il diritto alla terra ed alle altre risorse non si identifica unicamente con la proprietà così come configurata nell'area giuridica "occidentale", ma si estende a comprendere altre forme di godimento, come quelle di origine consuetudinaria che fanno fatica ad ambientarsi nei sistemi a noi vicini; in quanto, in secondo luogo, la Dichiarazione contempla forme di appartenenza collettive (spesso anch'esse di origine consuetudinaria) ugualmente difficili da identificare con un *dominium* a noi più familiare (*not currently protected by law*)⁷⁷; in quanto, infine, l'aspetto della cura e gestione del bene oggetto di diritti si rivela essere un'importante chiave del successo delle iniziative, per le ragioni che vedremo meglio tra breve.

⁷⁵ A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., spec. p. 45, rileva che nelle formulazioni della proprietà come diritto assoluto «si contempla una sola forma di appartenenza in luogo delle molteplici che pure continuavano a sussistere». Lo stesso Autore pone in evidenza l'esistenza di categorie di «oggetti speciali» in presenza dei quali l'appartenenza difficilmente potrebbe essere ricondotta al modello proprietario (p. 85 ss.); vedi anche P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 1, 2007, p. 20001, ove risalta in modo esemplare l'impossibilità di ridurre l'appartenenza ad un'unica formula.

⁷⁶ A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 6 ss. nota come l'attribuzione in appartenenza sia spesso identificata con l'attribuzione ad un individuo, come riflesso della identificazione tra attribuzione in appartenenza ed attribuzione in proprietà individuale. In realtà l'attribuzione agli individui sarebbe solo una delle forme di attribuzione (anche p. 66 s.). Ammesso che l'appartenenza debba essere assegnata, l'assegnazione necessaria esclude solo la comunione universale (p. 27).

⁷⁷ A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 67: «Quando l'ordinamento assegna un bene in appartenenza ad un soggetto, pubblico o privato, ciò avviene con lo scopo di individuare chi di quel bene debba prendersi cura e pertanto è legittimato ad esperire le opportune azioni e ad attivare i rimedi previsti dall'ordinamento a tutela dell'integrità del bene in sé. Ne discende che sono da considerarsi beni anche tutti i beni, o risorse, ambientali che il diritto vigente assegna allo Stato il quale è legittimato ad agire per la loro tutela anche risarcitoria». Si può confrontare l'opinione dell'Illustre Autore con l'art. 17, comma 3: «*States shall recognize and protect the natural commons and their related systems of collective use and management*».

Le difficoltà legate al riconoscimento di *different models and systems* sono forse intuibili. Gli ostacoli legati al modello di riferimento romanistico non sono però minori. Tra i connotati problematici dobbiamo limitarci a menzionare la difficoltà ad accettare forme di appartenenza non proprietaria, difficoltà ben presente in area giuridica⁷⁸ europea, e soprattutto il *numerus clausus* e la tipicità dei diritti reali che caratterizza certi sistemi giuridici (tra i quali quello italiano). Si ritiene che esso sia un principio inespresso, per mancanza di una fonte veramente esplicita, che oggi ha perduto molto del suo smalto e della sua forza applicativa, ma che continua ad essere invocato non senza qualche successo⁷⁹. Pertanto, anche se depotenziato, esso può frapporre ostacoli al riconoscimento di diritti sulla terra che presentino tratti irriducibili agli schemi tipici, quali sono invece quelli presi in considerazione dalla dichiarazione. Per di più si tratta di diritti immobiliari ed è proprio in relazione a questi ultimi che l'asserito principio manifesta ancora qualche utilità giuridico-economica⁸⁰. Attualmente il principio, per sopravvivere, si è reso flessibile,

⁷⁸ Nell'impossibilità di approfondire l'aspetto menzionato nel testo ci limitiamo a citare A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, IV ediz., Torino, 2018, spec. p. 399 ss. con riguardo ai sistemi africani (per il riconoscimento di diritti collettivi).

⁷⁹ A. IANNARELLI, *La proprietà e i suoi limiti nello spazio giuridico europeo*, cit., p. 192, con riguardo alla CEDU, asserisce che: «La proprietà di cui si occupa, quale che sia il suo contenuto [...], è solo quella privata e, più specificamente, del singolo soggetto, sia esso persona fisica o giuridica. Sotto questo profilo, dunque, è del tutto evidente che, quale che sia il contenuto assiologico da attribuire al testo della CEDU, esso fa a pugni con la storicità delle esperienze giuridiche concrete nella misura in cui queste hanno da sempre conosciuto e continuano a registrare, sia pure in termini qualitativi e quantitativi diversi, la presenza di una pluralità di forme di appartenenza sinteticamente rappresentate dalla differenza tra le proprietà private e le altre tradizionalmente qualificate come "pubbliche"». Si vedano altresì le fonti *ivi* citate.

⁸⁰ Per tutti A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, 2 ediz., Padova, 1988, spec. p. 153 ss.; 167 ss. L'A., nel quadro di un'approfondita indagine, lega la *ratio* del principio ai caratteri dei diritti reali, specialmente all'assolutezza ed opponibilità *erga omnes* ed a questa collega l'efficacia *inter partes* del contratto (art. 1372), giungendo ad individuare un connotato degli atti di autonomia che impedisce loro di creare situazioni tali da incidere sulle posizioni di terzi. Il medesimo corrobora l'indagine sul fondamento con il richiamo all'art. 42 Cost. (p. 171 s.). Inoltre A. GAM-

nel senso che l'atto di autonomia tendente a creare un diritto reale atipico non è più colpito da nullità, ma ri-qualificato come atto costitutivo di un rapporto obbligatorio⁸¹.

I brevi cenni che precedono meritano alcune minime puntualizzazioni, utili a collegarli al tema in oggetto. La prima consiste nel ricavare almeno un insegnamento dalle discussioni sul fondamento del principio: si è detto che una delle sue ragioni risiede nella necessità di standardizzare i modelli per ottenere chiarezza sugli elementi costitutivi dei diritti in questione. Anche se autorevole dottrina ritiene che tale chiarezza sia piuttosto una precondizione «della loro esi-

BARO, *La proprietà*, cit., p. 150 ss. L'A. evidenzia che inizialmente la *ratio* del principio era storicamente legata alla necessità di contrastare il *démembrement* della proprietà, proprio dei sistemi feudali o premoderni, che tale *ratio* è stata poi smentita dallo sviluppo di moderne economie capitalistiche che di tale principio facevano a meno con successo e dalle «conseguenze paradossali» della sua applicazione. (Sulla *ratio* storica v. anche R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà. La l. 20 novembre 2017, n. 168 in materia di domini collettivi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5, 2018, p. 1067 ss.; G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, a cura di Resta, Torino, 2011, p. 22 ss.). Indebolita così la *ratio* iniziale, «è stato rintracciato qualche altro fondamento alla regola tratteggiata per assicurarle nuova vita» (A. GAMBARO, cit., p. 152). Molti di questi fondamenti però non sono solidi, non hanno carattere generale (come dovrebbe essere, dato che il principio è presentato come generale), si basano su ragioni di opportunità, di efficienza, di sicurezza, più che su ragioni di logica giuridica. Tra questi fondamenti merita un cenno quello che fa perno sulla naturale destinazione dei diritti reali alla circolazione (p. 153): «La semplicità garantita dalla standardizzazione è certo funzionale alla benefica riduzione dei costi transattivi, ma la chiarezza della definizione degli elementi costitutivi del diritto è la precondizione della loro esistenza come *jura in rem*, ovvero di diritti mediante i quali si può accedere autonomamente alle utilità dei beni. Infatti, se non è chiaro *ex ante* a quali utilità il titolare del diritto può accedere, il diritto reale perde la sua ragion d'essere».

⁸¹ Oltre all'opportunità della standardizzazione, a proposito di diritti immobiliari occorre ricordare che, almeno in un sistema come quello italiano, la tipicità è spesso collegata alle esigenze della pubblicità immobiliare. Se questa agevola la sicurezza della circolazione, non può però costituire un fondamento generale del principio di tipicità, sia perché riguarda i soli beni immobili (o mobili registrati), sia perché la conseguenza della impossibilità di trascrivere un atto di disposizione di un diritto reale atipico non sarebbe certo la nullità – come dovrebbe essere, dato che il principio in questione è legato all'ordine pubblico economico – ma l'inopponibilità dell'atto (almeno, secondo il sistema della pubblicità dichiarativa).

stenza come *jura in rem*, ovvero di diritti mediante i quali si può accedere direttamente alle utilità dei beni»⁸², tale esplicitazione resta un tassello irrinunciabile della disciplina, senza il quale neppure la tutela sarebbe intellegibile.

La seconda precisazione concerne il modo di intendere il principio di tipicità e/o *numerus clausus* dei diritti reali. Occorre domandarsi se il numero chiuso debba essere inteso alla lettera, come limitazione alle sole figure munite di *nomen* e disciplina legislativa, o se assuma l'aspetto ancora più severo della rigidità interna della disciplina di ciascuna figura. Nel primo caso non sarebbe assurdo ipotizzare che ogni «tipo» abbia una propria elasticità (se ci è consentito un parallelo col tipo contrattuale) così da permettere adattamenti compatibili con l'essenza della figura⁸³. Non sarebbe esclusa, neppure, un'idea molto ampia di «compatibilità» corrispondente ad un'elasticità accentuata del tipo. Nel secondo caso questa possibilità sembra essere negata. Il problema in questione è oggetto di discus-

⁸² A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., p. 167 ss.; A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 154 s. L'asserito principio di tipicità è messo alla prova in relazione a diverse ipotesi ricorrenti: tra queste la multiproprietà, le obbligazioni *propter rem*, l'ipotesi dell'uso esclusivo di un bene condominiale (interessante anche da altri punti di vista), i c.d. diritti edificatori. Inoltre, e per tutti, F. MEZZANOTTE, *L'«uso esclusivo» e il «numerus clausus» dei diritti reali secondo le Sezioni Unite*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2012, p. 547 ss.; M. CORONA, *L'uso esclusivo dei beni condominiali e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Riv. notar.*, 3, 2021, p. 457 ss.; E. CALZOLAIO, *La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2016, p. 1080 ss., con speciale riguardo all'esperienza francese, alle pronunzie che avviano il processo di superamento del principio e consentono la creazione negoziale di diritti reali atipici (diritti di godimento irriducibili ai modelli della locazione). Infine, data la possibilità (affermata in dottrina) di istituire un parallelismo tra effetti del contratto e tipo di diritto, la tipicità dei diritti reali è chiamata in causa ove si intenda sostenere l'atipicità effettuale del contratto. Ci riferiamo qui specialmente al fenomeno della fiducia ed agli effetti di destinazione, di particolare importanza ai fini che ci interessano e sul quale ci riserviamo di ritornare, sia pure brevemente. In proposito rinviamo, per tutti, a A.P. UGAS, *La fiducia come situazione giuridica reale-obbligatoria (Una proposta sulla dottrina dell'obligatio rei)*, Napoli, 2022, *passim* e spec. p. 93 ss. Si legga, a p. 417: «È importante segnalare come parlare di proprietà, o più latamente, di titolarità per quella fiduciaria non solo e non tanto risolve o aggira (a seconda dei punti di vista) il problema del numero chiuso e della tipicità dei diritti reali, quanto presuppone e supera la questione...».

⁸³ A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 154.

sione ad esempio con riguardo alle servitù, il cui contenuto sarebbe, secondo autorevole dottrina, libero: se così fosse, ad esempio, il controverso uso esclusivo di bene condominiale potrebbe essere qualificato come diritto reale (non atipico), con conseguente applicabilità della relativa disciplina. L'applicazione di simili accorgimenti (ossia la valorizzazione dell'elasticità del tipo) potrebbe essere utile nella soluzione di problemi pratici e, come già accennato, favorire un'interpretazione della disciplina codicistica coerente con la Dichiarazione.

La terza precisazione delinea un percorso che – passando per la natura dei diritti in questione – porta alla tutela. Uno dei modi in cui la crisi della tipicità si manifesta è l'avvicinamento tra diritti reali (di godimento) e diritti personali di godimento e lo sfumare dei relativi confini. Come si è osservato: «è da tempo in atto una progressiva relativizzazione della dicotomia tra diritti reali e diritti personali, soprattutto in una serie di situazioni di confine, rispetto alle quali il diritto che viene costituito a favore di uno dei soggetti è assistito da tutele tali da rendere spesso difficile una chiara classificazione»⁸⁴. Ora la Dichiarazione ha di mira, a quanto sembra, l'effettività del godimento, non ci sembra che escluda la possibilità che quest'ultimo corrisponda ad un diritto personale, o forse non si interessa della distinzione classica personale-reale. Quello che non può mancare è una tutela adeguata. Quali aspetti del diritto siano indispensabili perché esso acceda alla tutela, quali aspetti della tutela siano indispensabili perché essa sia adeguata, potrebbe essere lungamente discusso; allo stesso modo, se si usasse come modello lo standard più elevato – ossia quello della tutela proprietaria – potremmo dibattere all'infinito

⁸⁴ Il tema della necessità di adottare ampie nozioni, soprattutto del diritto di proprietà, non è nuovo, anzi è un aspetto classico degli studi sulla proprietà nel diritto europeo. Nel testo viene in considerazione a prescindere dalle esigenze di armonizzazione europea. Per tutti M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, Torino, 2015, spec. p. 35 s. (ove l'A. menziona l'elaborazione da parte dei comparatisti di un quadro di profili comuni a quasi tutti i paesi europei in merito alla proprietà. Il primo profilo è costituito dall'adesione ad una nozione ampia (peraltro, relativamente all'oggetto). Il quarto, di notevole importanza, risiede nel fatto che la proprietà, nella maggior parte degli ordinamenti costituzionali europei, è tutelata nel suo contenuto minimo essenziale (ossia senza scindere la titolarità dal godimento).

su quali (inevitabili) discostamenti siano ammissibili e quali no; su quali criteri adottare per valutarli, se formali o sostanziali e così via.

Senza dubbio, però, ogni deprivazione deve produrre una reazione⁸⁵. Sicuramente è di grande interesse la scelta della Dichiarazione di individuare come tutela preferenziale il ritorno alla terra (*return to their land*) o il reintegro nell'accesso alle risorse. tale scelta per una tutela "specificata" non fa che confermare la proiezione verso il risultato effettivo. Altrettanto importante, dal punto di vista privatistico, la previsione di una *just, fair and lawful compensation*.

Si tratta, a questo punto, di unire i punti per comporre il disegno: salvo errore, l'obiettivo sta nell'accesso alle risorse, nella promozione di un modello di vita rurale sostenibile e rispettoso della tradizione; l'obiettivo deve essere perseguito a prescindere dalla forma giuridica utilizzata per farlo; l'obiettivo è garantito da una tutela globalmente individuata. Ne desumiamo che la tutela, con riguardo alla *just, fair, lawful compensation*, sia accordata ai contadini quale che sia lo strumento giuridico che il sistema di appartenenza abbia scelto per proteggerli. Soprattutto: considerata la differenza tra le forme di appartenenza; considerato che, anche nei sistemi a noi più vicini, l'unicità e la compattezza del *dominium* sono quanto meno sotto attacco e che si elaborano figure sempre nuove di diritti con i caratteri della realtà; considerato che lo stesso fenomeno tende a ridurre la distanza tra diritti reali e diritti personali di godimento, attraverso l'elaborazione di figure difficili da classificare; considerate le differenze tra i diversi sistemi giuridici a fronte di comuni linee di condotta coerenti con la Dichiarazione; tutto ciò considerato, siamo propensi ad affermare che la classificazione tecnica dello strumento adottato per garantire l'accesso alle risorse non possa essere utiliz-

⁸⁵ La citazione testuale è tratta da E. CALZOLAIO, *La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione*, cit., p. 1083. Peraltro, la questione dell'avvicinamento delle due categorie di diritti è ampia e complessa e si collega, evidentemente, al tema della tipicità dei diritti reali, per la quale vedi *supra*, ed in particolare vedi A.P. UGAS, *La fiducia come situazione giuridica reale-obbligatoria (Una proposta sulla dottrina dell'obligatio rei)*, cit., p. 440: «In verità il vincolo di destinazione, come la conformazione fiduciaria, attegge la situazione destinata/conformata nei termini di una situazione reale minore – differente dunque dalla proprietà –...». (ivi ampia disamina su tutte le opinioni e compiute riflessioni).

zata come strumento dogmatico per negare ai contadini il diritto alla compensazione in caso di deprivazione.

L'affermazione – meglio, il suggerimento – che precede deve in qualche modo fare i conti con diverse possibili obiezioni. Con riguardo, innanzi tutto, alle deprivazioni derivanti da atto legittimo (provvedimenti di espropriazione o simili) dovrebbe tenersi conto delle ipotetiche obiezioni legate agli orientamenti che limitano le compensazioni alle sole ablazioni radicali e di posizioni di appartenenza strettamente proprietarie. Posizioni, queste, ben presenti nell'area europea⁸⁶. Se tali obiezioni fossero accolte, la deprivazione di un diritto che non abbia natura sicuramente proprietaria/reale lascerebbe i contadini senza compensazione, in contrasto con lo spirito e la lettera della Dichiarazione: questa, infatti, non solo evita le qualificazioni dogmatiche, come sopra ricordato, ma richiama precisamente un «*collective use and management*» che prescinde da queste ultime ai fini della tutela.

Quanto alle spoliazioni illegittime, i medesimi problemi di tutela sono largamente preceduti da problemi di assetto e funzionamento degli Stati. Quello che però non bisogna dimenticare è la presenza di spoliazioni che si situano pericolosamente in bilico tra legittimità ed arbitrio. Ci riferiamo, a titolo di mero esempio, ai fenomeni di *land grabbing* – ossia di cessioni massicce di terre coltivabili con allontanamento delle popolazioni che vi abitavano e ne traevano i mezzi di sussistenza – i quali coinvolgono inevitabilmente anche un *water grabbing*, rendendo impossibile l'accesso dei contadini alle acque⁸⁷. Tali fenomeni concretano cessioni (spesso a società multinazionali) di diritti reali o di uso, sollevando così le questioni relative

⁸⁶ Art. 18, c. 5. «Peasants and other people working in rural areas who have been arbitrarily or unlawfully deprived of their lands have the right, individually and/or collectively, in association with others or as a community, to return to their land of which they were arbitrarily or unlawfully deprived, including in cases of natural disasters and/or armed conflict, and to have restored their access to the natural resources used in their activities and necessary for the enjoyment of adequate living conditions, whenever possible, or to receive just, fair and lawful compensation when their return is not possible».

⁸⁷ Quanto meno il riconoscimento è mirato alle limitazioni di un diritto di proprietà tradizionalmente inteso, come diritto individuale: A. IANNARELLI, *La proprietà e i suoi limiti nello spazio giuridico europeo*, cit., p. 190.

alla compensazione ed alla possibilità di riconoscerla in tutti i casi, ossia tanto quando le popolazioni che usavano la risorsa vantassero su di essa un diritto assimilabile alla proprietà, quanto nei casi in cui le stesse ne usassero in virtù di consuetudini potenzialmente non coincidenti con tale diritto; tanto nei casi in cui il soggetto acquirente della terra coltivabile (e perciò anche dell'acqua che vi si trova) ne abbia acquisito la proprietà, quanto nei casi in cui abbia acquistato un più generico diritto d'uso. Se quanto abbiamo suggerito sinora non è infondato, la Dichiarazione spinge nella direzione del riconoscimento generale di un diritto alla terra ed all'acqua e dell'effettività della tutela ogni volta che l'accesso sia positivamente impedito. In casi simili, tuttavia, la sistemazione privatistica è nei fatti subordinata ad una ridefinizione delle condotte degli Stati.

8. Molti tra i temi appena accennati coinvolgono la complessa figura degli usi civici, così come conosciuta nella realtà giuridica italiana. Per meglio dire, essi sollevano parecchi tra i problemi sinora tratteggiati ed altri sembrano risolverne. Tanto da indurci a domandarci se – sempre ove l'Italia si facesse carico degli obiettivi della Dichiarazione – possano fornire un esempio di approccio alla questione dell'accesso alla terra, acqua, bosco, pascolo ecc., che costituisce il centro della dichiarazione stessa.

Per prima cosa occorre segnalare che gli usi civici – o domini collettivi, o assetti fondiari collettivi – costituiscono un modello di godimento consuetudinario, di origini antiche, tanto da essere definiti come un «ordinamento giuridico primario»⁸⁸, preesistente allo

⁸⁸ La legittimità almeno superficiale delle cessioni di terre coltivabili su larga scala è ricondotta alla sovranità permanente degli Stati che si pongono come parte cedente nei relativi accordi. Tuttavia nello studio del diritto internazionale si propone di considerare le spoliazioni che esse comportano come violazione dei diritti umani (collettivi). In questo senso la legittimità di tali pratiche svanirebbe. F. SPAGNUOLO, *L'accesso all'acqua nel mercato mondiale delle terre coltivabili su larga scala*, in *Riv. dir. agrario*, 2018, p. 196 ss. Inoltre: M. MANFREDI, *Land investments and «Land grabbing»: the need for a legal framework*, in *Dir. comm. internaz.*, 3, 2013, p. 803 ss.; S. LIBERTI, *Land Grabbing. Come il mercato delle terre crea il nuovo colonialismo*, Roma, 2011; L. PAOLONI, *La «sottrazione» delle terre coltivabili ed il fenomeno del land grabbing*, in *Riv. dir. Agrario*, 2012, p. 281 ss.; L. PAOLONI - A. ONORATI, *Regulations of Large-Scale Acquisitions of Land: The Case of the Voluntary Gui-*

Stato⁸⁹. L'impatto di tale affermazione è forse attenuato dal riconoscimento legislativo che essi ricevono, il quale potrebbe indurre ad affermare che la consuetudine vincola in quanto è richiamata dalla legge⁹⁰. Resta intatta, tuttavia, la loro capacità di provare che la consuetudine può operare nel campo dei diritti reali, dal momento che secondo l'opinione dominante essi concretano un diritto riconducibile a tale categoria⁹¹. Resta inoltre la constatazione per la quale le

delines of the Responsible Governance of Land, Fisheries and Forests, in *Law and development Review*, 2014, p. 369 ss.; F. VIOLI, *La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali e il fenomeno del Land Grabbing*, Tesi di Dottorato, a.a. 2013/2014.

⁸⁹ Art. 1 l. n. 168/2017 ("Riconoscimento dei domini collettivi"): "In attuazione degli articoli 2, 9, 42, secondo comma, e 43 della Costituzione, la Repubblica riconosce i domini collettivi, comunque denominati, come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie: *a*) soggetto alla Costituzione; *b*) dotato di capacità di autonormazione, sia per l'amministrazione soggettiva e oggettiva, sia per l'amministrazione vincolata e discrezionale; *c*) dotato di capacità di gestione del patrimonio naturale, economico e culturale, che fa capo alla base territoriale della proprietà collettiva, considerato come comproprietà inter-generazionale; *d*) caratterizzato dall'esistenza di una collettività i cui membri hanno in proprietà terreni ed insieme esercitano più o meno estesi diritti di godimento, individualmente o collettivamente, su terreni che il comune amministra o la comunità da esso distinta ha in proprietà pubblica o collettiva".

⁹⁰ *Ex multis* F. MARINELLI, *Per una storia della proprietà collettiva. Solidarietà e ambiente da San Francesco a papa Francesco*, in "Il cammino delle terre comuni". *Dalle leggi liquidatorie degli usi civici al riconoscimento costituzionale dei domini collettivi*", (I convegno nazionale sui domini collettivi) a cura di S. Rosati, Viterbo, 2019, p. 15 ss.; dello stesso A., *Dagli usi civici ai domini collettivi*, in *Giust. civ.*, 4, 2018, p. 1063 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Introduzione*, in *Usi civici ed attività negoziale nella legalità costituzionale*, Torino, 2018, p. 1 ss.; R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà. La l. 20 novembre 2017, n. 168 in materia di domini collettivi*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 5, 2018, p. 1067 ss: «Il primo presupposto è l'esistenza di diritti di godimento che rispondano a tre condizioni: preesistere allo Stato italiano, essere di normale esercizio, consistere in uno sfruttamento del fondo. La prima condizione individua i diritti di godimento come diritti consuetudinari» (il virgolettato è tratto dalla p. 1083). Peraltro, si rileva che «La l. n. 168/2017 ("Norme in materia di domini collettivi") utilizza la formula "usi civici" riferendola agli usi civici in senso stretto, distinti dal patrimonio civico o demanio civico, mentre utilizza con valenza onnicomprensiva la formula "beni collettivi"» (M. CALABRÒ - G. MARI, *Rilevanza degli usi civici nella circolazione degli immobili*, in *Riv. giur. edilizia*, 4, 2021, p. 143 ss.).

⁹¹ Vedi supra, par. 6.

forme di appartenenza che siano frutto dell'esperienza giuridica – «nate dal basso» – sono tuttora presenti in un sistema giuridico romanistico continentale, hanno superato le accuse di anomalia e di incomprendibilità⁹², sembrano avviarsi anzi ad una sorta di “normalizzazione”. Ancora, la figura in questione è significativa sotto il profilo della trasformazione della proprietà e della crisi della tipicità dei diritti reali: ci limitiamo a menzionare alcuni tratti salienti della figura, ossia l'emersione di una figura di (peraltro controverso) dominio collettivo⁹³, il fatto che esso per varie ragioni non si identificherebbe con una proprietà in senso stretto né con altri diritti reali codificati⁹⁴, così da forzare entrambi gli schemi, il fatto che il suo oggetto è stato accostato ai beni comuni⁹⁵, figura tuttora collocata fuori degli schemi.

⁹² Il tema è, ovviamente controverso anche a causa del carattere eterogeneo del fenomeno esaminato. Tale eterogeneità è ben posta in evidenza da O.T. SCOZZAFAVA, *Introduzione*, cit., p. 1 ss., e concerne vari aspetti come il contenuto delle situazioni giuridiche soggettive nelle quali gli usi civici consistono, i beni che ne formano oggetto (propri o altrui), l'appartenenza di essi (pubblici o privati). L'Autore non accoglie l'idea della titolarità collettiva, ma segnala la contiguità dei problemi che la figura solleva con quella dei beni comuni. Sul carattere reale del diritto (a parte l'A. appena citato) facciamo riferimento all'efficace sintesi delle opinioni in M. CALABRÒ - G. MARI, *Rilevanza degli usi civici nella circolazione degli immobili*, cit., p. 143 ss. ed alle opere *ivi* citate. Gli Autori esaminano analiticamente i problemi che ostano all'inquadramento in ogni diritto reale *in re aliena* determinato e quelli legati alla proprietà. Facilitano però la soluzione della questione della tipicità ricordando che vi è un riconoscimento legislativo. V. inoltre, *ex multis*, M. ESPOSITO, *Diritti reali delle collettività territoriali come predicato della sovranità popolare*, *ivi*, p. 11 ss.; D. PORRARO, *Natura e struttura dei diritti di uso civico*, in *Usi civici e attività negoziale nella legalità costituzionale*, Torino, 2018, p. 135 ss. (l'A. attribuisce ai diritti in questione la natura di vincoli reali di destinazione).

⁹³ Le opere di Marinelli e Scozzafava sopra citate e R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà. La l. 20 novembre 2017, n. 168 in materia di domini collettivi*, cit., p. 1068, che parla di istituto da preservare per il futuro e non di anacronismo da liquidare.

⁹⁴ Segnaliamo qui un altro punto controverso che attiene alla natura stessa del diritto di proprietà. Anche se la recente legge 20 novembre 2017, n. 168 parla effettivamente, e in modo reiterato di domini e proprietà collettivi (nonché di proprietà inter-generazionale), a nostro sommo avviso la parola fine non è ancora stata scritta.

⁹⁵ Tra le difficoltà di inquadramento si staglia, come dicevamo, la questione della configurabilità o meno di una proprietà collettiva in senso tecnico. Segna-

Soprattutto ci sembra significativo il fatto che la figura sembra prescindere (almeno in parte) da distinzioni o alternative, tanto da coprire situazioni eterogenee e diritti su beni pubblici e privati, propri o altrui⁹⁶, facendo perno su caratteri che trascendono dalle distinzioni medesime, come il godimento, la comunità, la finalità⁹⁷. Pertanto se anche volessimo aderire ad un'opinione minoritaria ed affermare che gli usi civici non sono diritti reali (di stampo proprietario, ma) diritti di uso⁹⁸, l'esigenza di tutela alla stregua della Dichiarazione sarebbe comunque soddisfatta.

liamo, inoltre, i tratti di disciplina difficilmente riducibili alla normale proprietà, come l'indisponibilità, l'inalienabilità, l'inusufruttibilità. Molto vistoso anche quel connotato che è stato chiamato «carattere inter-generazionale», ossia la capacità di trasmettersi ai discendenti dei componenti della comunità assegnataria. Destinazione e vincolo ambientale ne costituiscono ulteriori tratti salienti. Inutile dire che l'identificazione dei titolari non pare essere semplice data la flessibilità di ciò che si possa definire come «appartenenza ad una comunità».

Per quanto riguarda il confronto con i singoli diritti reali vedi anche *supra*, nota 83. Taluno afferma, peraltro, che si potrebbe intravedere nei diritti in questione l'attribuzione ai titolari di singole utilità dei diritti reali (F. MARINELLI, *Per una storia della proprietà collettiva ecc.*, cit., p. 28). Non ci è consentito parlare, in questa sede, dei problemi discendenti dalla legislazione regionale nella materia degli usi civici, che ha dato origine ad una copiosa giurisprudenza costituzionale (per la quale facciamo rinvio a G. MARI, *I beni di collettivo godimento nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. edilizia*, 1, 2019, p. 489 ss. e A. DEFFENU (a cura di), *Le terre civiche in Sardegna. Problematiche giuridiche e valorizzazione*, Torino, 2020. Faremo cenno al suddetto problema solo a proposito delle limitazioni "privatistiche" che la giurisprudenza evidenzia.

⁹⁶ E. BATTELLI - G. MACDONALD, *Contributo al dibattito sulla codificazione dei beni comuni*, in *Riv. giur. edilizia*, 6, 2021, p. 255 ss. (e le opere *ivi* citate). Gli Autori intravedono un legame stretto tra i beni comuni, così come configurati dalla Proposta di legge A. C. 1744 e i c.d. usi civici, data, anche, la natura di sintagma polisensibile della predetta espressione. Tra i numerosi aspetti comuni, segnaliamo il legame con la comunità: «Il centro della visione descritta risiede nel ruolo della comunità e nel "legame fondamentale che si crea fra una determinata comunità insediata in un territorio ed un determinato bene comune", che è tale proprio in quanto così riconosciuto dalla stessa comunità, a sua volta intesa quale "soggetto" più idoneo a prendersene cura».

⁹⁷ Circostanza evidenziata dagli Autori sinora citati.

⁹⁸ L'essenzialità della destinazione agro-silvo-pastorale, il legame con gli stili di vita e di sfruttamento tradizionali e simili (si vedano gli autori sinora citati).

Se da un verso il riconoscimento legislativo dei «domini collettivi» ne depotenzia l'impatto sul sistema⁹⁹, da un altro mostra che un ordinamento come quello italiano o uno con analoghi caratteri è già, per così dire, pronto a farsi carico degli obiettivi della Dichiarazione. Con questo non intendiamo affermare che gli usi civici costituiscano la soluzione universale, e tanto meno l'unica, ai problemi di implementazione della Dichiarazione. La severità della loro disciplina, infatti, non può dirsi *a priori* coerente con gli obiettivi del documento, ma solo all'esito di un prudente bilanciamento; il rilievo preminente assunto dal vincolo ambientale/paesaggistico che caratterizza l'attuale diritto italiano degli usi civici, anch'esso tende a finalizzarli ad un interesse pubblico prevalente, la cui conciliabilità con gli obiettivi della Dichiarazione non può darsi per scontata, così come non sarebbe scontato l'esito di un eventuale bilanciamento; il riferimento soggettivo alla «comunità» crea problemi di definizione della stessa e dei suoi componenti, titolari dei diritti, tende ad immobilizzare diritti e tutele nel tempo, nello spazio, nei destinatari ed in questo contrasta con un andamento più dinamico della Dichiarazione. Da un lato la disciplina nazionale focalizza sul legame col territorio (imponendo tra l'altro una geografica definizione) e sull'albero genealogico dei beneficiari; dall'altro, il documento delle Nazioni Unite focalizza, almeno a prima vista, sul legame con la risorsa idonea a soddisfare bisogni vitali: non a caso si fa carico della tutela delle popolazioni nomadi e seminomadi, che non troverebbero spazio in un diritto di uso civico così come oggi conosciuto.

L'assetto privatistico dei diritti in esame¹⁰⁰ merita un cenno ulteriore. Riteniamo di dover mettere in risalto un altro punto di convergenza tra la figura in esame ed i problemi giuridico-privatistici

⁹⁹ G. PALERMO, *I beni civici, la loro natura e la loro disciplina*, in *Usi civici ieri e oggi*, Padova, 2007, spec. p. 61: «La situazione giuridica soggettiva che è dato configurare con riguardo ai beni in questione, se presenta la caratteristica dell'esclusività, non ha quella della dominicalità [...] Essa viene a qualificarsi come puro e semplice "diritto d'uso" [...]».

¹⁰⁰ In quanto potrebbe pensarsi che, attraverso una previsione o addirittura una tipizzazione legislativa il dubbio di coerenza col sistema venga meno. Anche se l'intervento del legislatore avesse questo significato, tuttavia, i problemi di individuazione della natura giuridica, della classificazione, del ruolo sistematico (regola o eccezione?) manterrebbero tutta la loro gravità.

che l'attuazione della Dichiarazione potrebbe sollevare (almeno in Italia) per ricavarne ulteriori indicazioni utili all'implementazione.

Peraltro, le diverse configurazioni privatistiche dei diritti in questione potrebbero, secondo i casi, agevolare o frenare ulteriormente le attività negoziali sugli stessi, con possibili ricadute sulle posizioni dei contadini. Gli elementi più interessanti ai nostri fini sono costituiti dal vincolo di destinazione e dai meccanismi sostitutori che giungono sino alla surrogazione reale. Questi, adeguatamente valorizzati, potrebbero attenuare la rigidità del sistema ed agevolare la soluzione di alcuni problemi in alcuni casi. Per quanto riguarda il primo, il vincolo sui beni pare avere il carattere del vincolo di destinazione; quest'ultimo si trova nel punto di intersezione tra situazioni reali e situazioni personali e la sua natura è tradizionalmente controversa. Se seguiamo la linea di pensiero proposta sinora possiamo suggerire che la classificazione sia in realtà ininfluente sulla tutela¹⁰¹. A parte il fatto che tale natura non impedisce, come dicevamo, la tutela, occorre considerare che lo schema della destinazione (simile a quello dei diritti di uso civico) potrebbe essere riprodotto in atti negoziali, sia da parte di soggetti privati, sia di soggetti pubblici. Atti di questo genere potrebbero costituire plausibili strumenti alternativi di realizzazione degli obiettivi: si tratterebbe di un esempio di quei modelli partecipati di regolamentazione che costituiscono un primo livello di diritto gentile, secondo quanto abbiamo già osservato. Aggiungiamo che – se quelli della Dichiarazione fossero considerati come valori eminenti del sistema – sarebbe risolto il quesito sulla meritevolezza dell'interesse perseguito dall'atto¹⁰².

¹⁰¹ Sul quale, oltre agli autori già citati, specialmente G. PALERMO, *I beni civici, la loro natura e la loro disciplina*, cit., p. 49 ss.; V. BARBA, *Validità ed efficacia degli atti dispositivi di beni gravati da usi civici*, in *Usi civici ed attività negoziale nella legalità costituzionale*, a cura di L. Principato, Torino, 2018, p. 119 ss.; D. PORRARO, *Natura e struttura dei diritti di uso civico*, *ivi*, cit., spec. p. 143 ss.

¹⁰² Vedi *supra* A.P. UGAS, *La fiducia come situazione giuridica reale-obbligatoria (Una proposta sulla dottrina dell'obligatio rei)*, loc. cit. Secondo autorevole dottrina (V. BARBA, *Validità ed efficacia degli atti dispositivi di beni gravati da usi civici*, cit., p. 129 ss.) se i diritti di uso civico insistono su beni di proprietà privata, la loro circolazione non è propriamente vietata, nel senso che l'atto di alienazione non sarebbe nullo ma determinerebbe la circolazione del vincolo di destinazione. L'acquirente acquisterebbe perciò un bene vincolato. L'acquisto sarebbe forse poco allet-

Quanto al mutamento di destinazione, non si può escludere che esso sia utilizzabile da parte dei titolari (pubblici) al fine di «adibire il bene civico ad un nuovo uso compatibile con gli interessi della collettività»¹⁰³ in questione e «per esigenze di adeguamento»¹⁰⁴. Il mutamento di destinazione «per esigenze di adeguamento» fa capire che è ipotizzabile l'applicazione di «meccanismi sostitutori» che possono giungere, come accennavamo, alla surrogazione reale¹⁰⁵.

Secondo una lungimirante dottrina si tratta di meccanismi compatibili con il rigido regime degli usi civici, in quanto sono dotati di funzione conservativa, non comportano estinzione del diritto, né sclassificazione dei beni¹⁰⁶. La surrogazione potrebbe sopperire alla più radicale trasformazione del bene e quindi garantire la soddisfazione degli interessi della collettività che usufruisce dei beni¹⁰⁷.

tante, ma l'osservazione che precede richiama alla mente il fatto che un'attività negoziale avente ad oggetto simili beni non è sempre impensabile. Di conseguenza non è impensabile, almeno così ci sembra, che si riproduca in un atto di autonomia privata uno schema simile, cioè una sorta di atto di destinazione a favore di contadini o altri lavoratori rurali che ricavano, dai beni a ciò destinati, i mezzi di sussistenza. Gli atti che ci permettiamo di immaginare, sempre soggetti al diritto privato, potrebbero essere compiuti anche da enti pubblici su beni appartenenti al proprio patrimonio (non distinguiamo qui tra diverse specie di patrimonio).

¹⁰³ Si tratta di uno dei problemi centrali tra le innumerevoli questioni sollevate dall'art. 2645-ter cod. civ.

¹⁰⁴ L. GALISAI, *La surroga reale come soluzione al problema della trasformazione irreversibile del fondo oggetto di uso civico: riflessioni a partire dal "caso Sardegna"*, in *Le terre civiche in Sardegna ecc.*, cit., p. 136. Il mutamento in questione non estingue il diritto di uso civico, non produce effetti traslativi e non ha efficacia "sclassificante" secondo l'opinione citata.

¹⁰⁵ L. GALISAI, *La surroga reale come soluzione al problema della trasformazione irreversibile del fondo oggetto di uso civico: riflessioni a partire dal "caso Sardegna"*, cit., p. 137 con riguardo a C. Cost., 26 luglio 2018, n. 178.

¹⁰⁶ L. GALISAI, *La surroga reale come soluzione al problema della trasformazione irreversibile del fondo oggetto di uso civico: riflessioni a partire dal "caso Sardegna"*, cit., p. 141: «a nostro avviso è possibile inquadrare la surrogazione reale nell'ambito del mutamento di destinazione per esigenze di adeguamento...». La funzione conservativa è illustrata spec. a p. 139 ss.

¹⁰⁷ Non incontrerebbe, dunque, gli ostacoli che hanno impedito (ad esempio) a talune regioni italiane di intervenire sulle terre civiche, ossia la circostanza per cui esse, nel farlo, avrebbero legiferato in materia di ordinamento civile, realizzando va-

Siamo dell'avviso che nessuno strumento privatistico debba essere trascurato e nessuna soluzione scartata *a priori* ove possa agevolare la realizzazione dei risultati presi di mira dalla Dichiarazione.

Abstract

Il diritto privato gioca un ruolo importante nella United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas (Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2018). Essa usa, infatti, le categorie del diritto soggettivo e del dovere, che appartengono in primo luogo al diritto privato. L'attuazione dei suoi obiettivi, inoltre, è affidata in buona parte a strumenti di diritto privato, tra i quali l'attribuzione di diritti reali o di godimento non necessariamente coincidenti con quelli tipici. Infine, il confronto tra la Dichiarazione ed il diritto privato sollecita una riflessione sul sistema delle fonti del diritto, sul diritto che nasce "dal basso", sul diritto morbido.

Private law plays an important role in the United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas (Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2018). Indeed, it uses the categories of subjective right and duty, which belong primarily to private law. The implementation of its objectives, moreover, is entrusted to a large extent to private law instruments, including the attribution of rights in rem or enjoyment that do not necessarily coincide with typical rights. Finally, the comparison between the Declaration and private law calls for reflection on the system of the sources of law, on the law that arises 'from below', on soft law.

riamente una sclassificazione o estinzione degli usi civici (in questa sede non ci occupiamo del vincolo paesistico, altra ragione di contrasto tra l'operato delle regioni, in particolare la Regione Sardegna, e il giudizio della Corte costituzionale).

¹⁰⁸ L. GALISAI, *La surroga reale come soluzione al problema della trasformazione irreversibile del fondo oggetto di uso civico: riflessioni a partire dal "caso Sardegna"*, cit., p. 146 ss. la surrogazione reale è compatibile, secondo l'opinione citata, con la visione dell'uso civico in termini di *universitas*, sino ad un livello massimo di astrazione in virtù del quale il diritto di uso civico rappresenta un nuovo diritto su un bene immateriale (che astrae dai diritti sui beni materiali formanti l'*universitas*). Tale ultima proposta, secondo l'A., permetterebbe altresì l'ampliamento del patrimonio demaniale civico (p. 174).

CARLO DORE

RIFLESSIONI A MARGINE DELLA DICHIARAZIONE ONU
DEL 10 SETTEMBRE DEL 2018
SUI DIRITTI DEI LAVORATORI DELLA TERRA:
LA “CAVALCATA DI SCIACCA”
E IL SISTEMA DEI BENI COMUNI

SOMMARIO: 1. La “cavalcata di Sciacca” e la tutela dei lavoratori della terra: contenuto e obiettivi della Dichiarazione ONU del 10 settembre 2018. – 2. La tutela dei lavoratori della terra nell’ordinamento italiano: la garanzia costituzionale della proprietà, gli usi civici e i domini collettivi. – 3.1. Il dibattito sui “beni comuni”: le conclusioni della Commissione Rodotà. – 3.2. Ombre e luci nell’elaborazione dei beni comuni. – 4. I beni comuni nella giurisprudenza: il caso delle “valli da pesca” della Laguna veneta. – 5.1. La gestione dei beni comuni: “beni comuni in senso stretto” e “beni collettivi”. – 5.2. Beni collettivi e ruolo dell’autonomia privata.

1. Il presente studio imprende dalla rievocazione di un fatto storico: la “Cavalcata di Sciacca”, organizzata dal sindacalista Accursio Miraglia e dalla Cooperativa “Madre Terra” per invocare l’attuazione della riforma agraria contenuta nei “Decreti Gullo”, mediante cui si programmava l’assegnazione ai contadini delle terre incolte ricomprese nei latifondi¹. Il miraggio del “diritto alla terra”, del superamento della logica della rendita passiva a favore di quella del sostentamento che animava i moti siciliani della metà degli anni ’40 tra-

¹ Sul tema, cfr. in particolare S. LUPO, *Storia della Mafia*, Donzelli, Roma, 2004, pp. 233 ss. Come è noto, la vicenda dell’omicidio di Accursio Miraglia ha ispirato il celebre romanzo di L. SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, Einaudi, Torino, 1961. Le lotte contadine contro il latifondo non ebbero peraltro luogo solamente in Sicilia, investendo ben presto l’intero territorio nazionale (dall’Emilia all’Abruzzo), fino alla riforma agraria del 1950.

spare anche dalla lettura del testo della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei contadini e delle persone che lavorano in aree rurali.

Una volta preso atto di come «i contadini e altre persone che lavorano in zone rurali soffrano sproporzionatamente a causa della povertà, della fame e della malnutrizione», nonché «del numero crescente di contadini e di altri lavoratori della terra che vengono sfrattati o sfollati con la forza ogni anno», la Dichiarazione in parola ravvisa infatti nell'accesso alla terra, all'acqua, ai semi e ad altre risorse naturali una «sfida crescente per la popolazione rurale», sottolineando «l'importanza di migliorare l'accesso alle risorse produttive e gli investimenti nel quadro del corretto sviluppo rurale»². Sulla base di simili premesse, gli Stati vengono dunque invitati ad assumere le iniziative adeguate a garantire ai soggetti in questione il “diritto alla terra” – inteso come «il diritto ad accedere e di gestire sostenibilmente terre e corpi idrici» e risorse connesse – (art. 17), il diritto alle sementi (art. 19), e il diritto all'acqua (art. 21).

Con specifico riferimento al diritto alla terra, agli Stati è richiesto di assumere «le misure appropriate per fornire riconoscimento giuridico alla proprietà fondiaria consuetudinaria non attualmente protetti dalla legge, riconoscendo l'esistenza di sistemi e modelli differenti. Gli Stati devono proteggere la proprietà fondiaria legittima, e assicurarsi che i contadini e le altre persone che lavorano in zone rurali non siano sfruttati arbitrariamente o illegittimamente, e che i loro diritti non siano ulteriormente estinti o violati» (art. 17, comma 3).

Posto che, ad oggi, l'Italia non ha ancora formalizzato la propria adesione alla Dichiarazione in esame, emerge allora la necessità di comprendere se il nostro ordinamento contempla comunque strumenti in grado di realizzare, nella sostanza, gli obiettivi di cui le Nazioni Unite auspicano il perseguimento: o di rendere raggiungibile, se si preferisce, l'orizzonte a cui tendeva la Cavalcata di Sciacca.

² La traduzione in italiano della Dichiarazione che viene riportata nel testo è disponibile sul sito www.eurovia.org. Per una panoramica sul contenuto della Dichiarazione stessa e sui molteplici profili problematici che essa propone, si rinvia ai saggi di M. ALABRESE - A. BESSA - M. BRUNORI - P.F. GIUGGIOLI, *The United Nations' Declaration on Peasants' Rights*, Routledge, 2022, *passim*; e di L. PAOLINI - S. VEZZANI, *La dichiarazione ONU sui diritti dei contadini e delle altre persone che lavorano nelle aree rurali: prime riflessioni*, in www.federalismi.it, 2019.

2. Dalla lettura delle disposizioni sopra riportate, sembra che l'ONU abbia inteso predisporre, a favore dei lavoratori della terra, un modello di tutela impostato su un ideale “doppio binario”: da un lato, questo modello di tutela mira a scoraggiare il fenomeno del *land grabbing*, garantendo (anche attraverso il riconoscimento di forme di “proprietà fondiaria consuetudinaria”) ai contadini la conservazione dei terreni destinati all'agricoltura dinanzi a forme di accaparramento arbitrario; d'altro lato, esso dovrebbe favorire (attraverso modalità da definire) l'accesso degli stessi contadini a risorse di primaria importanza per lo sviluppo non solo dell'agricoltura (quali le sementi) ma anche della stessa persona umana (si pensi al cibo o all'acqua). Risorse le quali, al contrario, si trovano sempre più concentrate, per effetto delle incontrollate dinamiche dell'economia di mercato, nelle mani di una ristretta “oligarchia di forti”.

Muovendo dall'esame della prima delle due direttrici a cui il presente modello si ispira, è quasi superfluo rilevare come la garanzia costituzionale offerta al diritto di proprietà dall'art. 42 Cost. valga a tutelare il proprietario da ogni forma di arbitraria depredazione sia da parte di soggetti privati che da parte dello Stato, risultando la titolarità del diritto dominicale sacrificabile sull'altare di un superiore interesse pubblico solo nell'ambito di un procedimento di espropriazione, nelle circostanze stabilite dalla legge e a seguito della corresponsione al proprietario di un indennizzo corrispondente al valore di mercato della *res tradita*³.

La garanzia in parola costituisce peraltro, ad avviso di autorevole dottrina e di una nota giurisprudenza costituzionale, un limite alle scelte del legislatore, avendo la Consulta affermato l'incostituzionalità delle imposizioni normative di vincoli riduttivi della proprietà privata senza indennizzo e senza termine. In particolare, «le limitazioni imposte al fine di assicurare la funzione sociale del bene non possono tuttavia spingersi fino al punto di sacrificare la posizione del proprietario. Vi è cioè una soglia o “contenuto minimo” che non è dato al legislatore ordinario superare in ragione dell'utilità sociale.

³ Sull'evoluzione a cui l'istituto dell'espropriazione è andata incontro (specie per quanto concerne il profilo della determinazione dell'indennizzo), si rinvia a C. SALVI, *Proprietà e possesso*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. Mazzamuto, III, Torino, 2021, p. 103, e ai riferimenti di dottrina e giurisprudenza *ivi* richiamati.

La soglia è rappresentata dal normale godimento della cosa. Il vincolo che sottrae al proprietario il normale godimento del bene esautorata il diritto di proprietà e ne vanifica la garanzia costituzionale»⁴.

Inoltre, il riconoscimento della proprietà fondiaria consuetudinaria trova riscontro nel nostro ordinamento nella categoria degli usi civici, all'interno della quale viene formulata la distinzione tra usi civici in senso stretto (qualificati come servitù pubbliche su fondi privati) e beni del demanio civico vero e proprio. Così argomentando, appartengono al demanio civico «i terreni di proprietà degli abitanti di un determinato luogo», e dunque oggetto di «una vera e propria proprietà comune (assimilabile, come detto, ad una comunione senza quote) di tutti i cittadini residenti, che viene amministrata dal Comune nel loro esclusivo interesse. (*omissis*). Il vincolo di destinazione dei beni di uso civico è molto forte, legato da un lato alle particolari utilità che i beni possono offrire, ma anche alla conservazione ed alla valorizzazione dei boschi e dei pascoli»⁵.

Sulla materia degli usi civici – nella appena proposta accezione di forme di proprietà collettiva di tipo consuetudinario spettanti alle comunità degli abitanti di un luogo, amministrate nell'interesse di

⁴ In questi termini C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*², Milano, 2017, p. 125 s. In giurisprudenza, v. Corte cost., 29 maggio 1968, n. 55, in *Foro it.*, 1968, I, c. 1361, e Corte cost. 19 dicembre 1976, n. 260, in *Foro it.*, 1977, I, c. 569. Se dunque la clausola della “funzione sociale” contemplata dallo stesso art. 42 Cost. permette al legislatore di incidere sul contenuto della proprietà di determinate categorie di beni, allo scopo di garantire un razionale bilanciamento tra l'interesse egoistico del *dominus* e le esigenze della collettività, si porrebbe viceversa in contrasto con la norma in esame la disposizione di legge che, pur non incidendo sul profilo soggettivo della titolarità, svuotasse – al di fuori di un'ipotesi di espropriazione, e senza la previsione dell'indennizzo – il contenuto del diritto dominicale. L'idea di un “contenuto minimo” della proprietà è però contestata da altri studiosi: cfr., in particolare, le considerazioni di C. SALVI, *op. ult. cit.*, p. 46, e A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2017, p. 170.

⁵ Così F. MARINELLI, *Assetti fondiari collettivi*, in *I nuovi confini del diritto di proprietà*, a cura di Alpa, Fusaro e Donzelli, Milano, 2020, p. 228. Sui molteplici profili problematici degli usi civici, e sulla lunga elaborazione di cui è stata oggetto, si rinvia al fondamentale volume di ID., *Gli usi civici*³, nel *Tratt. dir. civ. comm. dir.* da Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger e continuato da Roppo e Anelli, Milano, 2022, *passim*; nonché a A. LORIZIO, voce *Usi civici*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994, *passim*, e al recente AA.VV., *Le terre civiche in Sardegna*, a cura di Deffenu, Torino, 2021, *passim*.

questi ultimi dal Comune di riferimento o da un altro ente esponenziale, e contraddistinte dai caratteri della inalienabilità, della inusucapibilità e della imprescrittibilità – ha inciso la recente Legge n. 168 del 2017 sui domini collettivi, la quale riconosce i domini collettivi comunque denominati come “ordinamento giuridico primario della comunità originaria”, e descrive alla stregua di beni collettivi (e dunque oggetto di una proprietà collettiva senza quote, spettante ai componenti della comunità di riferimento in forza della consuetudine) in particolare “le terre di originaria proprietà collettiva degli abitanti del territorio o di una frazione”; “le terre assegnate in proprietà collettiva a seguito della liquidazione dei diritti di uso civico”; nonché “i corpi idrici sui quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici”⁶. Il regime giuridico dei beni in questione impone agli stessi i caratteri (già ravvisati con riferimento agli usi civici) della non disponibilità, del divieto di usucapione e della perpetua destinazione agro-silvo-pastorale, e ne affida l’amministrazione agli enti esponenziali delle comunità di riferimento (enti ai quali è riconosciuta la qualifica di persone giuridiche di diritto privato) ovvero ai Comuni.

⁶ Sul tema, cfr. R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà. La L. 20 novembre 2017, n. 168 in materia di domini collettivi*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 5, 2018, p. 1067 ss. Sui rapporti tra domini collettivi e usi civici, v. inoltre le considerazioni di F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 334 s., ad avviso del quale: «non ha senso interrogarsi sull’ampiezza della legge, ovvero se i domini collettivi comprendano o meno gli usi civici, e se la stessa ha modificato o addirittura abrogato la legge che sino ad allora aveva disciplinato la materia, ovvero la legge 16 giugno 1927, n. 1766. Questo in quanto il legislatore ha comunque compiuto un’operazione di grande rilievo, che dopo novanta anni dall’ultima legge in argomento è riuscita a rivitalizzare l’istituto della proprietà collettiva ponendolo al centro di un dibattito sempre più avvertito e diffuso. (*omissis*) Se il termine usi civici poteva trovare negli anni venti del Novecento la sua ragione nello scopo di evitare ogni contaminazione con l’istituto della proprietà, di cui si voleva conservare l’assunta purezza liberale e liberista, il termine domini collettivi tende a valorizzare il profilo soggettivo di tali beni, ovvero il profilo del soggetto proprietario, rispetto al profilo oggettivo, ovvero la disciplina dei beni stessi. Peraltro (*omissis*) l’utilizzo del nome domini collettivi sembra esprimere il riconoscimento dell’ordinamento per svariate forme di proprietà collettive riconducibili comunque ad un dominio, inteso come soggetto reale proprietario, distinto dall’insieme dei partecipanti alla comunione ordinaria per l’assenza delle quote, per l’indivisibilità, per il vincolo di destinazione».

Recependo sul punto le osservazioni di alcuni autori, la giurisprudenza del Supremo Collegio ravvisa nella proprietà collettiva regolata dalla L. 168 del 2017 «un terzo ordinamento civile della proprietà»⁷. Secondo questa ricostruzione, se «la proprietà privata è un “fascio di diritti unilaterali e potestativi» e la proprietà pubblica rappresenta «un diritto che è parte della sovranità il cui contenuto viene variamente modulato dalla legge in virtù delle funzioni che la Costituzione assegna allo Stato», il dominio collettivo si atteggia come «la proprietà che la Repubblica riconosce come riservata ab origine a una ristretta comunità di utenti sulla base di norme che precedono sia storicamente che logicamente l’ordinamento dello Stato e che tutela perché realizza in sé una finalità costituzionale: la preservazione di uno specifico tipo di paesaggio, mediante il mantenimento della sua organizzazione consuetudinaria»⁸.

Per quanto è di interesse ai fini della nostra analisi, dalle considerazioni che precedono emerge con chiarezza come – anche in mancanza della sottoscrizione da parte dell’Italia della Dichiarazione ONU sui diritti dei contadini – il primo degli obiettivi perseguiti dalle Nazioni Unite tramite la suddetta Dichiarazione trovi comunque ampia attuazione nel nostro ordinamento, operando tanto la previsione costituzionale dell’art. 42 quanto il riconoscimento (attraverso le figure degli usi civici e dei domini collettivi) di forme di proprietà collettiva consuetudinaria come barriera contro quei fenomeni di brutale accaparramento di risorse primarie che la Dichiarazione in analisi mira appunto a neutralizzare.

3.1. L’indagine assume maggiore complessità nel momento in cui si estende alla seconda delle direttrici che ispira il modello di tutela cristallizzato nella Dichiarazione, direttrice che, come anticipato nel precedente paragrafo, si risolve nell’adozione di misure volte a garantire ai lavoratori della terra l’accesso a risorse primarie per lo sviluppo dell’agricoltura e della stessa persona umana. Sul punto, occorre preliminarmente rilevare come, nella prospettiva del Costi-

⁷ In questi termini si esprimono Cass. ord. 9 giugno 2020, n. 12482; Cass. ord. 27 aprile 2021, n. 10837, entrambe consultabili sul sito www.demaniocivico.it, le quali riprendono la formula coniata da R. VOLANTE, *op. cit.*, *passim*.

⁸ Così sempre R. VOLANTE, *op. cit.*, p. 1091.

tuate, il principio della “funzione sociale” di cui al già richiamato art. 42 Cost. trovi una sua importante specificazione, con riferimento alla proprietà agraria, nel disposto del successivo art. 44, laddove si prevede che il legislatore, al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, può imporre obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, nonché promuovere la trasformazione del latifondo⁹.

La norma da ultimo richiamata ha offerto copertura a livello costituzionale alle riforme attuate a cavallo degli anni '50 (si pensi in particolare alla legge stralcio n. 841 del 1950), mediante cui si programmava – malgrado la forte opposizione dei proprietari terrieri e delle forze politiche di impostazione più marcatamente conservatrice – l'espropriazione dei latifondi incolti o coltivati in modo estensivo a favore di appositi enti, e la successiva redistribuzione delle terre espropriate ai contadini (che venivano resi piccoli imprenditori, non più soggetti al grande latifondista) attraverso contratti di assegnazione trentennale¹⁰.

Ciò premesso, per contrastare la tendenza, figlia delle più volte descritte logiche del mercato, a concentrare le risorse in questione nelle mani di “pochi”, con conseguente sfruttamento delle stesse risorse per fredde finalità di profitto, alcuni autorevoli studiosi hanno animato, a partire dall'inizio degli anni 2000, un vivace dibattito intorno alla categoria dei beni comuni¹¹: dibattito che ha travalicato i

⁹ Ravvisa nell'art. 44 Cost. una particolare applicazione del principio della funzione sociale di cui all'art. 42 della Carta Fondamentale C.M. BIANCA, *La proprietà*, cit., p. 209.

¹⁰ Cfr., sul punto, C. SALVI, *La proprietà*, cit., p. 111.

¹¹ Senza pretese di completezza, e riservandoci di richiamare ulteriori contributi sul tema nel prosieguo della trattazione, cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*³, Bologna, 2013, p. 459 ss.; ID., *Verso i beni comuni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 495 ss.; ID., *Beni comuni e categorie giuridiche: una rivisitazione necessaria*, in *I nuovi confini del diritto di proprietà*, a cura di Alpa, Fusaro e Donzelli, cit., p. 258 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni - Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, *passim*; ID., voce *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. dir. Annali*, 2012, p. 1117; A. QUARTA, *Non-proprietà: teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016, spec. p. 279 ss.; AA.VV., *Oltre il pubblico e il privato - Per un diritto dei beni comuni*, a cura di Marella, Verona, 2012, *passim*; L. NIVARRA, *Quattro usi di «beni comuni»: per una buona discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 41 ss.; N. IRTI, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la plu-*

limiti della disputa giuridica per coinvolgere altri ambiti del sapere e, financo, di mobilitare interi settori dell'opinione pubblica¹².

In particolare, le riflessioni sui beni comuni si basano tanto sulla aperta contestazione delle politiche di privatizzazione dei beni dello Stato avviate all'inizio degli anni '90, quanto sulla denuncia delle molteplici ragioni di inefficienza palesate dalle istituzioni pubbliche nella gestione delle risorse ritenute essenziali per il benessere della collettività¹³. Donde la necessità di declinare, con riferimento a queste ri-

ralità delle appartenenze), in *Diritto e società*, 3, 2013, p. 381; A. NERVI, *Beni comuni e ruolo del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 180; ID., *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 418 ss.; E. VITALE, *Contro i beni comuni: una critica illuminista*, Roma-Bari, 2013, *passim*. Ulteriori riferimenti anche negli scritti di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 118 ss.; e di P. RESCIGNO - G. RESTA - A. ZOPPINI, *Diritto privato - Una conversazione*, Bologna, 2017, p. 101 ss.; C. SALVI, *Proprietà e possesso*, cit., p. 10 ss.

¹² Sul tema, grande impatto hanno assunto le ricerche dell'economista e politologa statunitense (nonché Premio Nobel per l'Economia) Eilnor Ostrom, ricerche contenute in particolare nel saggio *Governare i beni collettivi*, Marsilio - Venezia, 2006. Si tengano inoltre presenti le riflessioni di S. SETTIS, *Azione popolare*, Einaudi, Torino, 2014, *passim*; e di P. MADDALENA, *Il territorio - bene comune degli italiani*, Donzelli, Bologna, *passim*. Oltre al caso dei referendum sull'acqua, al quale si farà più ampio cenno nei paragrafi seguenti, il tema dei beni comuni era emerso in tutta la sua portata con riferimento alla vicenda del Teatro Valle di Roma: nel 2001, l'Ente Teatri Italiani (ETI) che si occupava appunto della gestione del suddetto Teatro venne soppresso, e il MiBaCt intendeva procedere ad un bando volto a individuare il nuovo gestore. Dinanzi alla possibilità che il Teatro Valle venisse affidato alla gestione di un privato, un gruppo di lavoratori dello spettacolo decise di occuparlo, sulla base dell'assunto: "Come l'acqua e come l'aria, ora ci riprendiamo la cultura!". I teatri, infatti, venivano identificati come "beni comuni", da tenere a disposizione della comunità e da proteggere dalle logiche esclusive ed escludenti del mercato. Venne intrapresa un'impegnativa campagna di autogestione e auto-programmazione delle attività del Teatro, con il sostegno di alcuni tra i più famosi personaggi del mondo della cultura e dello spettacolo (da Andrea Camilleri a Moni Ovadia, da Elio Germano a Fabrizio Gifuni). L'esperienza dell'occupazione si concluse nell'agosto del 2014: attualmente il Teatro Valle è passato dallo Stato al Comune di Roma, che ne ha affidato la gestione al Teatro di Roma.

¹³ Cfr. sul punto le riflessioni di L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 71, laddove osserva: «Le privatizzazioni di prima generazione (anni Ottanta-Novanta del secolo scorso) hanno avuto ad oggetto asset che, in un'economia di tipo capitalistico, sono naturalmente destinate ai privati (banche, imprese, società). La loro appartenenza alla mano pubblica era il frutto di un retaggio (l'intervento pubblico in economia,

sorse, «una nuova significativa forma di proprietà, capace di erodere tanto alla proprietà pubblica quanto alla proprietà privata»¹⁴; di elaborare un regime giuridico capace di collocarsi (secondo la formula coniata per il volume a cura di Maria Rosaria Marella) “oltre il pubblico e il privato”¹⁵, assicurando a tutti i membri di una comunità la

prima figlio della grande depressione e poi pezzo integrante del compromesso socialdemocratico) divenuti puro anacronismo nel momento in cui, accantonata ogni ambizione non solo di governo democratico dell'economia, ma anche di politica industriale *tout court*, le “partecipazioni statali” si erano trasformate in luoghi di conservazione/riproduzione della classe dirigente e del consenso politico. In effetti, se l'alternativa ad un regime di gestione pubblicistico parassitario e improduttivo, o comunque, anche se efficiente, del tutto omologato al modello privatistico, è abbastanza ovvio che, prima o poi, il capitale (specie in una fase storica ad esso tanto favorevole come, appunto, è stato l'ultimo ventennio del Novecento) si riprenda quello che considera suo per natura. Però, le privatizzazioni di seconda generazione – quelle che, appunto, hanno ad oggetto i beni comuni – rappresentano un fenomeno qualitativamente diverso da quelle precedenti poiché segnano il passaggio sotto la sovranità del mercato di beni che, tradizionalmente, venivano in considerazione più per il loro valore d'uso che per il loro valore di scambio. La messa a profitto dei beni comuni può essere letta o come l'ultima (almeno per ora) tappa del processo di integrale mercificazione della realtà già mirabilmente descritta da Marx e Engels nel “Manifesto”, o come l'ultima spiaggia di un capitale che, stretto nella morsa di crisi di sovrapproduzione, crollo del potere d'acquisto dei salari, globalizzazione, si insedia in territori inediti ai quali attingere per assicurarsi nuove opportunità di riproduzione/valorizzazione».

¹⁴ Così U. MATTEI, voce *Proprietà (nuove forme di)*, cit., p. 1127.

¹⁵ Sul punto, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 464, il quale afferma: «I beni pubblici possono essere definiti partendo dalla considerazione che essi si caratterizzano per l'appartenenza collettiva e la sottrazione alla logica del mercato e della concorrenza, riguardando propriamente i beni materiali e immateriali indispensabili per l'effettività dei diritti fondamentali, per il libero sviluppo della personalità e perché siano conservati anche nell'interesse delle generazioni future. Accanto ad essi, tuttavia, devono comparire altre categorie di beni, come quelli indispensabili per lo svolgimento delle funzioni istituzionali dello Stato e per il raggiungimento di specifiche finalità sociali, insieme a quelli che devono essere “messi in valore”, perché la collettività possa trarne il massimo beneficio. Si determina così anche uno spostamento dell'asse concettuale, poiché non si muove dalla considerazione del soggetto al quale appartengono, ma delle funzioni alle quali devono adempiere nell'ambito dell'organizzazione sociale. L'attenzione rivolta ai beni comuni, dunque, non si risolve tutta nella costruzione di una nuova categoria di beni. L'astrazione proprietaria si scioglie nella concretezza dei bisogni, ai quali viene data evidenza soprattutto collegando i diritti fondamentali ai beni indispensabili per la loro soddisfazione».

possibilità di accedere alle (e quindi fruire, beneficiare, utilizzare le) risorse in questione senza che le medesime possano considerarsi oggetto di diritti esclusivi in capo a soggetti determinati¹⁶.

Nella costruzione dei beni comuni (e nell'identificazione dei beni ad essa riconducibili) un rilievo centrale viene riconosciuto ai lavori della Commissione Rodotà, nominata con d.m. del 21 giugno 2007 con l'incarico di riformare il Titolo II del Libro III del Codice civile. Secondo l'impostazione della materia proposta dalla Commissione, i beni comuni «non rientrano *stricto sensu* nella categoria dei beni pubblici, poiché sono a titolarità diffusa, potendo appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati, ma la cui funzione e gestione assume sempre una dimensione pubblicistica». Si tratta di beni «che soffrono di una situazione altamente critica, per problemi di scarsità e di depauperamento e per assoluta insufficienza delle garanzie giuridiche» e che «esprimono utilità fondamentali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale dell'utilità»¹⁷.

In questa prospettiva, l'ambito applicativo della categoria in analisi è stato gradualmente ampliato fino a comprendere non solo le risorse idriche, forestali e montane, la fauna e la flora selvatica, i monumenti e le zone paesaggistiche tutelate, ma anche utilità diverse come i servizi sanitari, il sapere, l'accesso a internet e alle informazioni acquisibili tramite i social network¹⁸. *Res* per le quali si pro-

¹⁶ Cfr. ancora S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 472 s., secondo cui: «Sono dunque le caratteristiche di ciascun bene, non una sua "natura", a dover essere prese in considerazione, la loro attitudine a soddisfare bisogni collettivi e a rendere possibile l'attuazione di diritti fondamentali. I beni comuni sono "a titolarità diffusa", appartengono a tutti e a nessuno, nel senso che tutti devono poter accedere ad essi e nessuno può vantare pretese esclusive. Devono essere amministrati muovendo dal principio di solidarietà. Incorporano la dimensione del futuro, e quindi devono essere governati anche nell'interesse delle generazioni che verranno. In questo senso sono davvero "patrimonio dell'umanità" e ciascuno deve essere messo nella condizione di difenderli, anche agendo in giudizio a tutela di un bene lontano dal luogo in cui vive».

¹⁷ Così recitava la Relazione della Commissione Rodotà, disponibile nella sezione Pubblicazioni/Studi/Ricerche del sito www.giustizia.it.

¹⁸ Sul punto, sempre S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 483 ss.

pone di definire: «una disciplina particolarmente garantistica (*omnis*), al di fuori delle logiche del mercato e del profitto, idonea a nobilitarli, a rafforzarne la tutela, a garantirne in ogni caso la fruizione collettiva, da parte di tutti, compatibilmente con l'esigenza prioritaria della loro preservazione a vantaggio delle generazioni future»¹⁹. Una disciplina basata un regime non “esclusivo” (connotazione dominante della proprietà privata, nella sistematica dell'art. 832 c.c.), ma “inclusivo”: volto a permettere a tutti i consociati di accedere, a condizioni di parità, alle risorse in questione, di utilizzarle (fermo restando la necessità di garantirne la conservazione in prospettiva intergenerazionale) e di attivare la tutela inibitoria avverso situazioni che ne impediscano il pacifico godimento²⁰.

Tutto ciò premesso, si pone allora la necessità di valutare se i principi che governano la materia dei beni comuni possano essere utilizzati per soddisfare le più volte richiamate esigenze di accesso dei contadini alle risorse agricole perseguite dalla Dichiarazione ONU sui diritti dei lavoratori della terra; di comprendere, in altre parole, se la parabola dei beni comuni può indicare il percorso lungo il quale questa moderna versione della Cavalcata di Sciacca deve svilupparsi.

3.2. La soluzione del problema appena prospettato risente della posizione che si intende assumere in ordine ai rilievi critici formulati da altra parte della dottrina avverso il sistema dei beni comuni, nella loro accezione di *res* oggetto di una situazione di appartenenza autonoma rispetto tanto alla proprietà pubblica quanto alla proprietà privata. In tal senso, infatti, come è stato acutamente osservato²¹, se la *pars destruens* dell'elaborazione della categoria dei beni comuni si basa su argomenti di indiscutibile pregio, la *pars costruens* della stessa elaborazione non appare scevra da zone d'ombra, zone d'ombra che fatalmente portano ad emersione due grandi interrogativi: a chi appartengono, in definitiva e in concreto, i beni comuni? E soprattutto: su chi grava l'onere di governarli e gestirli, per dare attua-

¹⁹ Così ancora la Relazione della Commissione Rodotà, *ibidem*.

²⁰ Così sempre la Relazione della Commissione Rodotà, che viceversa riservava allo Stato la tutela risarcitoria e restitutoria.

²¹ Cfr. A. NERVI, *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, cit., p. 428.

zione a quelle finalità di interesse generale a cui siffatte risorse dovrebbero essere funzionali?

Sul punto, l'opinione – affascinante nella sua declinazione e ricca di spunti di discussione – secondo la quale «restituire dignità politica e culturale ai beni comuni significa fondare il discorso politico e giuridico su un'altra realtà, quella di un mondo o di una natura che non possono “appartenere” a qualcuno soltanto, ma che devono essere condivisi e accessibili a tutti», risultando la categoria dei beni comuni intrinsecamente incompatibile «sia con la logica pubblicistica tipica della delega allo Stato e ai suoi apparati, sia con quella privatistica, tipica dell'individualismo possessivo»²², presenta numerose insidie.

Innanzitutto, come è stato acutamente osservato da un illustre studioso, i beni comuni non possono essere «senza appartenenza, quasi sospesi in uno spazio vuoto di diritto»²³. Uno spazio vuoto che non può essere riempito semplicemente attraverso l'affermazione secondo cui le risorse in questione, in quanto “comuni”, appartengono a (e sono fruibili per) tutti, e «non riconoscono alcun altro sovrano se non chi direttamente vi accede»²⁴: sia perché una simile conclusione innerva il paradosso di degradare utilità (da proteggere in quanto considerate) vitali per lo sviluppo della persona alla stregua di moderne *res nullius*, alla mercé di quei cittadini attivi che decidono di impegnarsi nella gestione delle medesime²⁵; sia in ragione del fatto che la sempre più allarmante scarsità di risorse ritenute fondamentali per lo sviluppo della persona facilita (in assenza di quell'intervento degli apparati dello Stato, da cui i sostenitori della posizione in commento dimostrano di voler rifuggire) l'insorgere delle stesse logiche conflittuali ed escludenti che la teoria dei beni comuni mira viceversa a sterilizzare²⁶.

²² In questi termini, U. MATTEI, *Beni comuni - Un manifesto*, cit., pp. 49 e 60.

²³ Sono parole di N. IRTI, *L'acqua tra beni comuni e concessioni*, cit., p. 388.

²⁴ Così, U. MATTEI, *op. ult. cit.*, p. VII

²⁵ Propone questa critica G. PERLINGIERI, *Criticità della presunta categoria dei beni c. dd. “comuni”. Per una “funzione” e una “utilità sociale” prese sul serio*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2022, pp. 147 e 153.

²⁶ Si pensi alla ben nota vicenda dei vaccini Anti-Covid 19, acquistati dall'Unione Europea e ripartiti tra i vari Paesi dell'Unione secondo criteri prestabiliti, e quindi distribuiti dai vari Stati membri ai cittadini secondo parametri ispirati alla

I rilievi in parola potrebbero essere superati attraverso il solido ancoraggio dei beni comuni al concetto di proprietà, osservando che, nella prospettiva tratteggiata dall'art. 43 Cost., la proprietà di determinate risorse (individuata dal Costituente in imprese o categorie di imprese, aventi carattere di preminente interesse generale) può essere attribuita a “comunità di lavoratori o di utenti”²⁷. In questa prospettiva, i beni in esame (lunghi dall'essere “senza proprietà” o dall'essere considerati antitetici rispetto alla proprietà) potrebbero atteggiarsi come oggetto di una proprietà “comune” esistente in capo a tutti i possibili fruitori, secondo una logica peraltro non aprioristicamente incompatibile con la disciplina codicistica della comunione, dato che il regime delle quote trova applicazione a meno che la legge o il titolo non dispongano diversamente²⁸.

Una soluzione, quella appena proposta, che a sua volta presenta risvolti problematici di non poco momento: risvolti riferiti al titolo costitutivo del diritto dominicale, nonché al profilo del governo della *res*, e dell'identificazione del soggetto sul quale far gravare gli oneri, gli obblighi e le responsabilità che spettano al proprietario. Per quanto concerne il titolo, si potrebbe infatti affermare che la proprietà di determinate risorse spetta a titolo originario ai membri di una determinata comunità, ravvisando così – come ipotizzato da alcuni autori – un *fil rouge* in grado di legare i beni comuni ai beni oggetto di usi civici e di domini collettivi, esaminati nei paragrafi precedenti²⁹. Una linea di pensiero, quella appena proposta, non condi-

più o meno stringente necessità di protezione. Nel caso di specie, l'intervento del potere statale, lungi dal costituire una ragione di inefficienza, ha viceversa favorito l'accesso, entro tempi definiti, di tutti i cittadini dell'Unione a una risorsa fondamentale per la tutela del bene salute, senza momenti di conflitto o di fenomeni di brutale accaparramento. Fenomeni difficilmente evitabili, se, nel pieno della pandemia, il farmaco Anti-Covid fosse stato semplicemente “aperto” all'accesso di tutti i possibili fruitori.

²⁷ Cfr., sul punto, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 462.

²⁸ Sulle ipotesi di comunione senza quote, si rinvia a C.M. BIANCA, *La proprietà*, cit., p. 324; a C. CICERO, *Della comunione*, in *Cod. civ. comm.*, dir. da Schlesinger e Busnelli, artt. 1100 – 1116, Milano, 2017, p. 19 ss., ed ai riferimenti di dottrina *ivi* citati.

²⁹ Sul punto, F. MARINELLI, *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2013, p. 417, laddove afferma: «Usi civici e beni comuni sono diversi nella struttura (pro-

visa dai sostenitori dell'opinione che si esamina, allorchando sostengono che l'affermazione dei beni comuni non deve implicare il ritorno a forme di dominio precedenti alla rivoluzione liberale³⁰.

Sotto il profilo della gestione della risorsa, la costruzione in analisi da un lato rifiuta la prospettiva di «trasferire la gestione di questi beni comuni a strutture dello Stato o di enti locali legittimate dalla delega della rappresentanza politica generica o del principio burocratico», ma d'altro propone di «studiare ed elaborare strutture di governo partecipato e autenticamente democratico, capace di attrarre gli amministratori più motivati»³¹. Non è difficile scorgere la potenziale contraddizione che si annida in un modello il quale, tendendo a perseguire una gestione inclusiva e partecipata dei beni comuni, rischia di risolversi in una sorta di tecnocrazia basata sul primato degli «amministratori più motivati». In altre parole, «la nobile e lirica tensione del manifesto sembra risolversi in un «romanticismo tecnicizzato». Al di là del pubblico e del privato (cioè, delle forme giuridiche di appartenenza) non c'è il «comune»; non c'è il ritorno a un passato pre-moderno o anti-moderno; ma c'è l'oligarchia tecnocratica»³².

4. Le criticità appena segnalate perdono parte della loro incidenza con riferimento alla ricostruzione della materia dei beni comuni offerta dalla ben nota pronuncia del Supremo Collegio relativa alla proprietà delle valli da pesca della Laguna veneta³³. Chiamata a risolvere una controversia sorta in ordine all'intervenuta usucapione

prietà riferita ad una specifica collettività, chiusa od aperta che sia, i primi; proprietà comune diffusa, senza una specifica comunità di riferimento, i secondi), ma uguali nella funzione, che è quella di permettere il loro utilizzo collettivo in misura ragionevole, cioè garantendone un uso sostenibile che lo perpetui nel tempo, permettendo così un loro affidamento alle generazioni future. Dunque, da un lato la garanzia di potervi accedere e di poterli utilizzare in modo diffuso, e dall'altro limiti alla loro utilizzazione perché ne sia parimenti garantita la sostenibilità».

³⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 327.

³¹ In questi termini, sempre U. MATTEI, *op. ult. cit.*, p. 60.

³² Così ancora N. IRTI, *op. cit.*, p. 383 s.

³³ Cfr. Cass. S.U., 14 febbraio 2011 n. 3665, in *Foro it.*, 2012, I, c. 564, con nota di E. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni*.

di una delle valli in questione ad opera di una società, i Supremi Giudici – oltre a confermare la natura demaniale della risorsa – hanno infatti rilevato come determinati beni risultino funzionali (ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, 9 e 42 della Carta Fondamentale) all’attuazione di interessi di rilevanza costituzionale, come la tutela del paesaggio o lo sviluppo della stessa persona umana.

Di conseguenza, «là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell’ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, comune vale a dire, prescindendo dal titolo della proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini»³⁴. In questa prospettiva, ad avviso della Corte, i beni comuni possono considerarsi oggetto di «una duplice appartenenza, alla collettività ed al suo ente esponenziale, dove la seconda (titolarità del bene in senso stretto) si presenta, per così dire, come appartenenza di servizio che è necessaria, poiché è questo ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e della loro funzione»³⁵.

³⁴ Così, Cass. S.U., 14 febbraio 2011, n. 3665, cit., p. 569. Precisa peraltro la Cassazione: «In definitiva, le valli da pesca configurano uno di quei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà trovano specifica attuazione, dando origine ad una concezione di bene pubblico, inteso non solo in senso di oggetto di diritto reale spettante allo Stato, ma quale strumento finalizzato all’attuazione di valori costituzionali».

³⁵ In questi termini sempre Cass. S.U., 14 febbraio 2011, n. 3665, cit., p. 571, la quale inoltre precisa che: «la titolarità dello Stato (come Stato collettività, vale a dire come ente espositivo degli interessi di tutti) non è fine a sé stessa e non rileva solo sul piano proprietario ma comporta per lo stesso gli oneri di una governance che renda effettivi le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene». La descrizione dei beni comuni come sottoposti a varie forme di appartenenza richiama evidentemente il pensiero di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 463, laddove afferma che, con riguardo ai beni comuni, si deve passare da una visione della proprietà esclusiva ad una “inclusiva”: «Più correttamente questa situazione può essere descritta come riconoscimento della legittimità che al medesimo bene facciano capo soggetti e interessi diversi. Il discorso sull’esclusione viene tramutato in quello sull’accessibilità».

L'impostazione appena prospettata presenta l'innegabile vantaggio di fornire una risposta comunque netta agli interrogativi posti nei passaggi introduttivi del precedente paragrafo: sui beni comuni si registra la convergenza di una pluralità di interessi ai quali deve essere assicurato un punto di equilibrio, interessi destinati a cristallizzarsi in differenti posizioni giuridiche. In particolare la proprietà dei beni comuni spetta all'ente esponenziale della collettività di riferimento, al quale è peraltro ricollegato l'onere di gestire risorsa per realizzare gli interessi della collettività a cui la stessa risulta funzionale. Una proprietà "di servizio": o, se si preferisce, una proprietà "funzionalizzata", destinata a collocarsi nel perimetro tratteggiato dall'art. 42 Cost.

Più difficile appare la qualificazione degli interessi della collettività da ultimo menzionati, e coincidenti con valori di rilevanza costituzionale che tramite le *res* in questione trovano attuazione. Sul punto, vengono in rilievo le riflessioni di quell'autore che (muovendo dalle conclusioni a cui era pervenuta una risalente pronuncia sul problema dell'uso pubblico di Villa Borghese, pronuncia la quale riconosceva sulla Villa e sul parco una sorta di *ius deambulandi* a favore dei cittadini del Comune di Roma³⁶) descrive i beni comuni come oggetto di un diritto (tendenzialmente qualificabile come reale limitato) di uso pubblico a favore dei membri della comunità dei fruitori³⁷: un diritto, appunto a contenuto reale, «avente come oggetto l'uso della cosa, una volta che questa sia stata messa a disposizione del pubblico. Tale situazione giuridica ha quindi una struttura

³⁶ V. Cass., 9 marzo 1887, in *Foro it.*, 12, 1887, c. 396.

³⁷ È la tesi sostenuta da A. DI PORTO, *I beni comuni in cerca di identità e tutela*, in AA.VV., *I nuovi confini del diritto di proprietà*, spec. cit., 312, laddove afferma: «I beni comuni sono "beni destinati all'uso pubblico", nel senso che sono destinati alla realizzazione degli interessi dei cittadini. Questa è la loro identità. Un'identità che prescinde dall'appartenenza. Il che, anche questo si è visto, non significa che detti beni sono senza appartenenza. Significa che, destinati all'uso pubblico, possono essere in proprietà pubblica o privata o anche collettiva; e che, dunque, quel che caratterizza tali beni, e ne definisce l'identità, è la fruizione, non l'appartenenza. La destinazione all'uso pubblico, e, in ragione di ciò, la loro qualificazione come "beni comuni", comporta che a ciascuno di essi facciano capo "più" soggetti e "più" diritti: quanto meno, il proprietario e i titolari dell'uso (pubblico) con i loro rispettivi diritti».

non collettiva, ma individuale (essendo riconosciuta a favore di chiunque – cittadino o straniero presente in Italia – per la realizzazione della sua sfera di libertà)»³⁸.

Le differenti posizioni giustificano quella diversità di appartenenze ravvisata dalla Suprema Corte: lo Stato (o l'ente esponenziale della collettività) si pone come il proprietario del bene, e come il soggetto preposto a gestirlo per dare attuazione ai più volte richiamati interessi di rango costituzionale che ad esso si connettono; i membri della collettività, forti del loro diritto di uso, possono giovare della risorsa per realizzare gli stessi interessi, dei quali possono risultare portatori. Una diversità di appartenenze a cui corrisponde peraltro una duplicazione delle tutele, dato che «sarebbe logicamente e praticamente infruttuoso attribuire diritti privi di azione o azioni prive di diritto: il punto è, invece, di ricongiungere gli uni e le altre, e di moltiplicare e difendere la titolarità»³⁹.

Così ragionando, la soluzione della Corte ben si sposa con la già richiamata relazione della Commissione Rodotà, soluzione la quale, come anticipato nei paragrafi precedenti, con riguardo ai beni comuni riconosce allo Stato (in quanto proprietario della *res*) la tutela restitutoria e risarcitoria, mentre attribuisce al singolo cittadino (a questo punto, alla luce del diritto individuale d'uso di cui esso è titolare) la tutela inibitoria avverso tutte quelle situazioni volte ad impedirgli di accedere e di utilizzare la risorsa in parola.

Se nell'impostazione della Cassazione, la proprietà del bene comune (nel caso di specie individuato in una valle da pesca) spetta, come più volte precisato, allo Stato in quanto ente esponenziale della comunità, non si può tuttavia escludere che un bene siffatto possa costituire oggetto della proprietà di un privato: bene sul quale dunque vivrebbe – accanto al diritto dominicale, funzionalizzato all'attuazione degli interesse generali dianzi richiamato – l'appena descritto diritto di uso spettante a tutti i membri della comunità. In

³⁸ Sono parole di V. CERULLI IRELLI, *Beni comuni e diritti collettivi*, in AA.VV., *I nuovi confini del diritto di proprietà*, cit., p. 278. Sul tema del diritto di uso pubblico, v. inoltre ID., voce *Uso pubblico*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 961; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1988, p. 303 ss.

³⁹ Così N. IRTI, *op. cit.*, p. 388.

questa prospettiva, l'opinione ora in analisi riconosce al proprietario della risorsa di cui venga accertata la natura di "bene comune" un indennizzo conseguente alla compressione che l'esistenza del diritto d'uso pubblico impone al contenuto del suo diritto: indennizzo che deve evidentemente essere corrisposto al *dominus* dallo Stato o dall'ente rappresentativo della collettività di riferimento, nel quadro di un procedimento dal contenuto sostanzialmente ablativo⁴⁰.

5.1. Muovendo da simili premesse, appare evidente come la ricostruzione dei beni comuni offerta dalla giurisprudenza – ricostruzione che, in base a quanto appena rilevato, ravvisa negli stessi delle *res* funzionali all'attuazione dello sviluppo della persona umana e della tutela del paesaggio, con riferimento ai quali alla proprietà dell'ente pubblico o del soggetto privato si affianca un diritto (individuale e reale) d'uso a favore di tutti i membri della comunità di riferimento – può essere utile per assicurare ai contadini e ai lavoratori della terra, anche a fronte della mancata adesione da parte dell'Italia alla Dichiarazione ONU del 10 settembre 2018, la fruibilità di alcune delle risorse contemplate dalla medesima Dichiarazione.

Nella prospettiva ora indicata, dovrebbero infatti considerarsi "beni comuni" l'acqua e i corpi idrici, le valli e le terre in esse collocate, determinate sementi (se oggetto di politiche pubbliche volte a sottrarle, nel senso più volte precisato, alle normali dinamiche del mercato): in quanto "comuni", queste *res* verrebbero preservate da logiche di incontrollato accaparramento, e dovrebbero essere gestite per risultare accessibili per una vasta platea di potenziali fruitori, platea nella quale rientrerebbero per forza di cose anche le persone che trovano in esse uno strumento di lavoro e una ragione di sostentamento.

Proprio riflettendo sul profilo della gestione delle risorse in parola, determinata dottrina ha elaborato, all'interno della categoria dei beni comuni, la distinzione tra beni comuni in senso stretto e beni (comuni) collettivi, giungendo così a identificare i primi nelle utilità fruibili per un numero potenzialmente indefinito di utenti, e i secondi nelle *res* destinate a soddisfare gli interessi di una comunità

⁴⁰ In questo senso, A. DI PORTO, *op. cit.*, p. 312.

più ristretta e determinata (ad es., gli abitanti della zona in cui si trova un bacino)⁴¹.

Ai nostri fini, la classificazione appena delineata, la quale *prima facie* richiama l'elaborazione delle categorie degli interessi diffusi e degli interessi collettivi⁴², non mira tanto ad esprimere differenti posizioni di interesse in ordine ai beni in questione (i beni comuni, infatti, rimangono sempre beni comuni, nei quali, secondo la ricostruzione offerta nel paragrafo precedente, alla proprietà "di servizio" in capo ad un ente pubblico o a un soggetto privato si affianca il diritto reale d'uso a favore dei possibili fruitori della risorsa), quanto a descrivere le diverse modalità di gestione di cui la *res* può costituire oggetto, caratterizzate da un differente livello di coinvolgimento della comunità nel governo della stessa.

Secondo questa linea di ragionamento, infatti, i beni "comuni in senso stretto" devono essere gestiti dall'ente proprietario (principalmente identificabile nello Stato) secondo i più volte richiamati criteri dell'affrancazione degli stessi dalla logica del profitto individuale, dell'apertura della loro fruizione a favore dell'intera collettività (in ragione del diritto di uso che spetta a tutti i membri della stessa) e della preservazione della risorsa a favore delle generazioni future⁴³.

⁴¹ La distinzione tra beni comuni in senso stretto e beni collettivi è proposta in particolare da A. NERVI, *Beni comuni e ruolo del contratto*, cit., p. 196 ss.

⁴² Come è noto, la distinzione tra interessi diffusi e interessi collettivi si basa sull'identificazione dei primi «in un'esigenza individuale su larga scala, ossia in un interesse di natura seriale, identico o comunque omogeneo per una pluralità di soggetti. La caratteristica principale dell'interesse diffuso viene individuato nella sua natura adespota, in quanto riferito a collettività non determinate, o non agevolmente determinabili, di cittadini», e dei secondi come posizioni di interesse riconducibili «a un gruppo sufficientemente definito e stabile». In questi termini, S. MAZZAMUTO, *Le dottrine generali*, in S. MAZZAMUTO - L. NIVARRA, *Le dottrine generali e le fonti del diritto privato*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Mazzamuto, I, 2, 2021, pp. 88 ss.; 94 ss. Sul tema, senza pretese di completezza, cfr. anche i contributi di G. ALPA, voce *Interessi diffusi*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IX, Torino, 1993, p. 609 ss.; R. DONZELLI, voce *Interessi collettivi e interessi diffusi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, *passim*; G. MANFREDI, voce *Interessi diffusi e interessi collettivi (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Ann.*, VII, Milano, 2014, p. 88 ss.

⁴³ Cfr. ancora A. NERVI, *op. ult. cit.*, p. 198, il quale precisa: «Nel caso dei beni comuni in senso stretto, infatti, la natura generica ed indifferenziata della collettività di riferimento rende irrealistica l'ipotesi in cui tale collettività riesca ad auto-or-

Torna in rilievo, in questo senso, il tema dell'acqua pubblica, sul quale, come in precedenza accennato, si è a lungo concentrato il *focus* del dibattito sui beni comuni, specie dopo l'esito del referendum abrogativo avente ad oggetto la disciplina del "Decreto Ronchi", attraverso il quale si imponeva agli enti locali di bandire delle gare per individuare i soggetti affidatari del servizio di erogazione dell'acqua potabile, servizio i cui costi andavano determinati anche considerando la remunerazione del capitale investito dal gestore⁴⁴.

L'abrogazione di tale disciplina a seguito della consultazione referendaria ha confermato l'adesione del corpo elettorale al modello delle risorse idriche concepite come un bene pubblico, a disposizione della collettività e non suscettibile di essere piegato alle logiche del profitto. Tuttavia, ad avviso dei promotori, le "politiche dell'acqua" messe in atto dal legislatore negli ultimi anni avrebbero condotto ad un sostanziale elusione dell'esito della suddetta consultazione, posto che le misure adottate per favorire la concorrenza, anche in un settore strategico come quello della distribuzione dell'acqua, mirerebbero di fatto a determinare una privatizzazione del settore⁴⁵.

5.2. Con riguardo invece ai beni comuni descritti come collettivi, e cioè destinati principalmente a realizzare i bisogni di una comunità più ristretta, risulta per forza di cose più semplice individuare delle modalità di governo della risorsa che, non esaurendosi nelle determinazioni (pur sempre funzionalizzate ai criteri dianzi richiamati) dell'ente proprietario, coinvolgono (secondo le già de-

ganizzarsi per risolvere i problemi sottesi all'accesso ed alla gestione della risorsa. In questa prospettiva si spiega quindi l'attribuzione del potere decisionale ad un soggetto sovraordinato, che sia istituzionalmente in grado di provvedere in tal senso, avendo in mente la natura degli interessi sottostanti. Nei sistemi continentali, ed almeno in quello italiano, la scelta cade sul soggetto pubblico, ed essa mantiene quindi una sua giustificazione».

⁴⁴ Sul tema, cfr. in particolare U. MATTEI - A. QUARTA, *L'acqua e il suo diritto*, Roma, 2014, *passim*.

⁴⁵ V. l'intervista a U. MATTEI, pubblicata sul sito www.riforma.it con il titolo *Acqua, bene comune. Non violentiamo un dono di Dio*. Sulle polemiche che avevano caratterizzato il ddl 2021 sulla concorrenza, v. M. MANUNTA, *Il d.d.l. 2021 sulla concorrenza. Una privatizzazione annunciata*, disponibile sul sito www.questionegiustizia.it.

scritte dinamiche inclusive e partecipate) anche i soggetti operanti nel “secondo livello” di appartenenza della *res*.

Proprio sotto quest’ultimo aspetto, si aprono importanti spazi per l’autonomia negoziale: spazi che investono la possibilità per i membri della comunità (forti del loro diritto reale d’uso sulla risorsa) di organizzarsi per determinare di comune accordo le modalità di utilizzo del bene; spazi che riguardano soprattutto la possibilità per l’ente proprietario e per i cittadini fruitori di addivenire ad intese volte ad assicurare una gestione concordata della *res*.

Sotto il primo profilo, emerge la funzione del contratto quale strumento utile per «organizzare una pluralità di interessi distinti, talora contrapposti, talora convergenti, in maniera tale che ciascuno di essi ottenga una forma di soddisfacimento attraverso la gestione e l’utilizzo della risorsa»⁴⁶. I membri della comunità che hanno diritto ad utilizzare una determinata risorsa (si pensi ai contadini operanti in una determinata area, che sfruttano un certo bacino o corso d’acqua per irrigare i loro terreni) sarebbero infatti nella condizione di accordarsi per garantire il razionale impiego della stessa, per evitare che uno o più dei potenziali fruitori di tale utilità tenti di imporre le sue esigenze su quelle degli altri utenti, per assicurare la valenza intergenerazionale dell’utilità a cui si attinge.

Posto che la disamina di queste stipulazioni interseca i molteplici profili problematici propri della figura del negozio associativo e degli accordi perfezionati secondo lo schema dell’art. 1332 c.c. (problemi il cui rilievo evidentemente travalica la portata di questo studio)⁴⁷, la dottrina ha auspicato, in ordine alle convenzioni in parola, un duplice intervento da parte del legislatore. Intervento diretto, da un lato, a «individuare (o meglio, stabilire i criteri per individuare) la collettività di riferimento, vale a dire i soggetti portatori degli interessi rilevanti, e, dunque, legittimati a stabilire le regole concernenti

⁴⁶ In questi termini, A. NERVI, *Beni comuni e ruolo del contratto*, cit., p. 187

⁴⁷ Sul tema, senza pretese di completezza, si rinvia ai contributi di F. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976, *passim*; F. MESSINEO, voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 153 ss.; A. BELVEDERE, voce *Contratto plurilaterale*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IV, Torino, 1989, p. 275 ss.; A. ORESTANO, *Schemi alternativi*, in *Tratt. del contratto dir. da Roppo*, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, 2023, p. 253 ss., ed ai riferimenti *ivi* richiamati.

l'accesso e la gestione della risorsa»; e d'altro lato teso a fare in modo che «le regole adottate dalla comunità così individuata siano riconoscibili e rese vincolanti. In particolare, si tratta di rendere le regole adottate dalla collettività opponibili anche verso i terzi che entrano in contatto con la risorsa in discorso»⁴⁸.

Per quanto invece concerne le intese tra ente proprietario e membri della comunità, grande rilievo assumono le previsioni, contenute nei regolamenti comunali di alcune importanti città italiane (come Verona, Torino o Bologna) che prevedono la possibilità per il Comune di concludere con la cittadinanza attiva accordi (c.d. patti di collaborazione) aventi ad oggetto “la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani”, accordi all'interno dei quali «possono collocarsi varie modalità di interazione tra il soggetto pubblico ed i portatori degli interessi privati, nella loro diversa articolazione ed organizzazione. L'accordo consente al soggetto pubblico di dialogare con i privati per definire gli obiettivi e le aree di intervento»⁴⁹.

La natura giuridica di queste intese è vivamente controversa: l'opinione al momento prevalente (confortata, in questo senso, dai riscontri testuali che emergono dalla lettura dei vari regolamenti comunali) ravvisa nelle convenzioni di collaborazione una particolare variante degli accordi disciplinati dall'art. 11 della Legge 241 del 1990, norma che appunto permette all'amministrazione di concludere, nel perseguimento del pubblico interesse di cui è portatrice, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero in sostituzione di questo⁵⁰.

⁴⁸ Sostiene questa posizione A. NERVI, *Beni comuni e funzione del contratto*, cit., p. 199 s.

⁴⁹ Così A. NERVI, *La gestione dei beni comuni urbani. Modelli normativi, in Gestire i beni comuni urbani. Modelli e prospettive*, a cura di Albanese, Michelazzo e Quarta, Torino, 2020, p. 47. Sul tema dei patti di collaborazione, cfr. A. GIUSTI, *I patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa*, *ibidem*, p. 19 ss.; R.A. ALBANESE, *Nel prisma dei beni comuni – Contratto e governo del territorio*, Torino, 2020, p. 247 ss. Ivi ulteriori riferimenti di dottrina.

⁵⁰ È la posizione sostenuta in particolare da A. NERVI, *op. ult. cit.*, p. 46; G. CALDERONI, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon*, 2016, p. 3 ss. Ad essa fa riferimento anche G. PERLINGIERI, *Criticità ecc.*, cit., p. 146. Non condivide questa soluzione A. GIUSTI, *op. cit.*, p. 24, ad avviso della quale: «I regolamenti parlano di “proposte” di collaborazione libere nell'adesione sia dei cittadini

Premesso che anche la natura delle intese *ex art. 11* è tutt'altro che definita (la dottrina tende a mettere in risalto la natura peculiare di siffatti accordi, nei quali la bilateralità e la negozialità convivono con pregnanti elementi di diritto pubblico, conseguenti alla posizione di sovraordinazione in cui la p.a. si trova rispetto alla controparte privata)⁵¹, la disposizione in esame ritiene applicabile alle convenzioni in esso regolate la disciplina del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili.

Una diversa corrente di pensiero, pur rifiutando la totale identificazione delle pattuizioni in parola con il contratto di diritto privato, descrive invece le medesime alla stregua di atti di «esercizio di attività amministrativa non autoritativa, che si esprime attraverso moduli consensuali e che non è soggetta alle regole della legge 241/1990»⁵². I patti di collaborazione verrebbero così a collocarsi nel vasto orizzonte dell'art. 1, comma 1-*bis*, della stessa Legge n. 241 del 1990, il quale appunto statuisce che la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge disponga diversamente⁵³.

che dell'amministrazione; descrivono un'amministrazione che sostiene (ma non impone) comportamenti e impegni assunti volontariamente dai cittadini, che può decidere di accoglierne o meno la proposta. Descrivono, soprattutto, un'amministrazione che, ragionevolmente, potrebbe essere un potere autorizzatorio o concessorio. Manca, in sintesi, quella verticalità che caratterizza gli accordi *ex art. 11* e che ne esprime una relazione fra soggetti sovraordinati e subordinati».

⁵¹ Cfr., sul punto, A. MASSERA, *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Tratt. del contratto* dir. da Roppo, VI, *Interferenze* a cura di Roppo, Milano, 2022, p. 1109 ss.; e anche F. GIGLIONI - A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in *Tratt. dir. civ. dir.* da Perlingieri, Napoli, 2019, *passim*.

⁵² Sostiene questa impostazione A. GIUSTI, *op. cit.*, p. 27.

⁵³ Cfr. sempre A. GIUSTI, *op. cit.*, p. 27, secondo la quale: «Escludendo i patti di collaborazione dalla sfera dell'esercizio del potere amministrativo autoritativo, la norma alla quale ricondurre questa attività amministrativa consensuale è l'art. 1, co. 1-*bis* della l. 241/1990. Se questa disposizione si limitasse ad affermare che la p.a. può svolgere attività di diritto privato sarebbe del tutto pleonastica o, semplicemente, inutile. Anche prima della novella del 2005 era infatti pacifico che le amministrazioni potessero agire seguendo le regole privatistiche. La norma ha, invece, un suo autonomo significato, allorché interviene a legittimare l'esistenza di un'attività amministrativa che non si esprime attraverso moduli provvedimenti e autoritativi, che è soggetta ai principi di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità

Una lettura, quella da ultimo prospettata, che peraltro ben si ataglia alla costruzione dei beni comuni accolta in queste pagine, nelle quali la posizione dell'ente proprietario è stata descritta come funzionalizzata alla realizzazione di quegli interessi di rango costituzionale dei membri della collettività che il corretto impiego della risorsa consente di soddisfare, e che giustifica la presenza del diritto reale d'uso in capo ai portatori di siffatti interessi. Interessi di rango costituzionale che l'ente proprietario (nell'esercizio della funzione che gli è propria) non può travolgere né sacrificare, risultando vincolato a garantire la tutela delle *res* in parola allo scopo di assicurarne la fruizione alla comunità degli utenti.

Come è stato lucidamente osservato, «superando il raffronto delle formule legislative, alla prova della disciplina applicabile, le differenze fra moduli consensuali espressione dell'attività autoritativa o non autoritativa si riducono, poiché, nella pratica, ciascun patto così come ogni accordo reca una sua specifica disciplina, nel rispetto della cornice regolamentare e amministrativa»⁵⁴. La più significativa differenza di regime proposta dalle opzioni in campo riguarda il potere di recesso che l'art. 11 della Legge 241 del 1990 attribuisce all'amministrazione in presenza di sopravvenuti motivi di pubblico interesse e salvo l'obbligo di prevedere un indennizzo a favore del privato. In questo senso, se i patti di collaborazione venissero ricostruiti alla stregua di intese sostitutive di attività provvedimentale, allora il Comune potrebbe esercitare anche con riferimento ai patti in questione il diritto di recesso previsto dalla presente disposizione; per contro, la qualificazione dei suddetti patti alla stregua di attività amministrativa non autoritativa renderebbe non immediatamente applicabile la medesima disposizione agli accordi per la gestione dei beni comuni, rimettendo così alle previsioni regolamentari e alle determinazioni convenzionali intervenute tra le parti l'attribuzione e la regolamentazione di un eventuale diritto di un *ius poenitendi* a favore del Comune.

Entrambe le soluzioni esposte conducono in ogni caso all'applicazione ai patti di collaborazione per la gestione dei beni comuni

e di trasparenza e che è pure funzionalizzata alla cura concreta degli interessi pubblici affidatigli dalla legge».

⁵⁴ In questi termini sempre A. GIUSTI, *op. cit.*, p. 31.

delle norme del Codice civile in materia di obbligazioni e contratto: queste intese presentano dei tratti peculiari di tutta evidenza, che risiedono nell'identificazione dei soggetti delle stesse, e nella natura fortemente cooperative che le contraddistingue. Dal punto di vista dei soggetti, infatti, le convenzioni in esame possono assumere dimensione bilaterale (quando, ad esempio, intervengono tra un Comune e un privato cittadino, o un gruppo di cittadini riuniti in una associazione) ovvero plurilaterale.

In quest'ultima prospettiva, posto che ai patti di collaborazione non può essere attribuita una funzione concessoria (il Comune non attribuisce tramite gli stessi patti alla sua controparte il godimento esclusivo di un bene pubblico: i cittadini sono già titolari di un diritto reale d'uso sul bene comune), è necessario non solo che il contenuto degli stessi patti sia costruito in modo tale da assicurare la fruibilità del bene anche a utenti diversi dagli stipulanti originari (i quali, in caso contrario, potrebbero lamentare una lesione del diritto del quale risultano a loro volta portatori), ma anche che i medesimi accordi siano aperti, secondo lo schema dell'art. 1332 c.c., all'adesione di quanti, in un momento successivo al perfezionarsi dell'intesa, manifestino il loro interesse a concorrere alla gestione della risorsa⁵⁵.

Si è poi già anticipato come la funzione dei patti di collaborazione si identifichi nella predisposizione di un programma di cooperazione tra ente pubblico e cittadini interessati a fruire della risorsa. Queste intese, dunque, «configurano assetti negoziali in cui risalta l'assenza di corrispettività fra le prestazioni offerte dalle parti. Infatti, posta l'identificazione consensuale di un bene comune urbano e la pattuizione degli interventi di cura che lo riguardano, si può notare che nel “ruolo” e nei “reciproci impegni” (come da indicazioni testuali dei Regolamenti) di amministrazioni e cittadini sembra sussistere “sempre un *quid* irrisolvibile nel rapporto debito-credito”. (*omissis*). Nel patto di collaborazione (*omissis*) sia le attività condotte dai cittadini attivi/soggetti civici ecc., sia le forme di sostegno attribuite dalle amministrazioni convergono verso il conseguimento di

⁵⁵ Cfr., sul punto, R.A. ALBANESE, *op. cit.*, pp. 248 ss.; 267 ss. Sullo schema di conclusione dell'accordo basato sull'adesione al contratto aperto, v. i riferimenti richiamati *supra*, nota 47.

utilità condivise, rappresentate (per l'appunto) dalla migliore cura di un bene comune a vantaggio della collettività presente e delle future generazioni»⁵⁶.

Esiste dunque una forte affinità tra gli accordi di collaborazione e la categoria dei negozi con comunione di scopo, nei quali le prestazioni di ciascuna delle parti non si pongono come termini di uno scambio, ma come presupposto per la struttura comune, la quale asurge a causa del contratto⁵⁷. Come è noto, proprio la mancanza di un nesso di corrispettività tra le attribuzioni negoziali giustifica il particolare regime dettato per alcuni profili patologici del rapporto: infatti, ai sensi degli artt. 1459 e 1466, l'inadempimento o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di una parte non conduce *ex se* alla risoluzione del contratto rispetto alle altre parti, a meno che la prestazione inattutata non conservi una rilevanza essenziale nell'economia dell'operazione.

Proiettando queste considerazioni sui patti di collaborazione, emerge come, innanzitutto, lo spirito collaborativo che permea tali intese induca gli stipulanti a limitare il più possibile il contenzioso, governando convenzionalmente le varie sopravvenienze che possono incidere sull'esecuzione del programma negoziale, così da preservarne la stabilità. Tuttavia, come è stato notato, anche con riguardo alle intese in analisi «non è peregrino ritenere alcuni “inadempimenti” – relativi a impegni reputati qualificanti – suscettibili di incrinare la stessa possibilità di continuare le attività condivise di cura, gestione e riparazione del bene urbano»⁵⁸.

In queste situazioni, è innanzitutto ipotizzabile che a tale inadempienza venga riconnessa efficacia dissolvente rispetto all'intero regolamento pattizio da un'apposita previsione convenzionale, operante alla stregua di una clausola risolutiva espressa o di una condi-

⁵⁶ In questi termini sempre R.A. ALBANESE, *op. cit.*, p. 271 s.

⁵⁷ Sul concetto di comunione di scopo, si rinvia a V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 417; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 45 s.; A. BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 660 ss.; F. FERRO LUZZI, *op. cit.*, *passim*; e di recente R. CIPPITANI, *I contratti con comunione di scopo*, Torino, 2020, *passim*.

⁵⁸ Così R.A. ALBANESE, *op. cit.*, p. 277.

zione risolutiva⁵⁹. Inoltre, l'affermata sussistenza di una serie di punti di contatto tra accordi di collaborazione e negozi con comunione di scopo rende, dinanzi alle vicende ora contemplate, applicabile ai primi l'appena richiamata disciplina degli artt. 1459 e 1466 c.c.: di conseguenza, si potrebbe ritenere che, di regola, una vicenda patologica che colpisca un patto non conduce alla risoluzione o allo scioglimento dell'intero rapporto negoziale, salva la già descritta valutazione in termini di essenzialità dell'attribuzione non eseguita⁶⁰.

I patti di collaborazione, come più volte si è precisato, sono contemplati nell'ambito dei regolamenti comunali, e sono volti a regolare le iniziative dirette alla cura, alla gestione e alla rigenerazione di un bene comune urbano (si pensi ad una piazza, a un monumento o un parco): nulla impedisce, tuttavia, che analoghi accordi intervengano, nell'ambito delle zone rurali, tra Comuni e comunità di lavoratori della terra, i quali intendono così partecipare alla gestione di risorse (come un lago, una foresta, una vallata) fondamentali per il loro lavoro e per il loro sostentamento.

In definitiva, anche in assenza della sottoscrizione da parte dell'Italia della più volte richiamata Dichiarazione ONU del 10 dicembre 2018, il nostro ordinamento conosce istituti comunque in grado di assecondare in larga misura gli obiettivi a cui tale dichiarazione si ispira: l'espropriazione e i domini collettivi tutelano i contadini da quei fenomeni di arbitraria privazione che la Dichiarazione vorrebbe scongiurare, mentre il sistema dei beni comuni può assicurare ai lavoratori della terra l'accesso alle risorse funzionali al loro sostentamento e allo sviluppo della stessa persona umana.

La Cavalcata di Sciacca, intesa come alto momento di rivendicazione da parte dei contadini dell'accesso a beni essenziali (come la terra o l'acqua) per lo svolgimento del loro lavoro avverso le logiche

⁵⁹ Il discorso lambisce, sul punto, il controverso tema dell'ammissibilità della condizione di inadempimento: tema sul quale ci limitiamo a rinviare, oltre che al fondamentale contributo di G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, *passim*, ai recenti scritti di G. MARCHETTI, *Potestà condizionale e scioglimento del contratto*, Milano, 2022, spec. p. 246 ss.; ID., *Lineamenti evolutivi della potestà condizionale: dal contratto allo smart contract*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2022, p. 96 ss.

⁶⁰ Cfr. R.A. ALBANESE, *op. cit.*, p. 277.

meramente conservative che ancora pervadevano l'Italia negli anni più bui del secolo breve⁶¹, potrebbe dunque trovare un esito felice, se calata nel sistema dei beni comuni.

Abstract

Lo scritto esamina gli obiettivi contenuti nella Dichiarazione ONU del 10 settembre 2018 sui diritti dei contadini e delle persone che lavorano in aree rurali (diritto alla terra, all'acqua, alle sementi) alla luce delle riflessioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine alla categoria dei c.d. "beni comuni". In particolare, l'analisi si concentra sulla possibile ricostruzione delle varie "situazioni di appartenenza" di cui tali risorse possono costituire oggetto (allo scopo di garantirne la fruizione da parte dei membri della comunità), e sulla natura giuridica degli strumenti di collaborazione tra ente proprietario e membri della comunità per la corretta gestione delle medesime.

The paper examines the purposes contained in the September 10, 2018 UN Declaration on the rights of peasants and rural people (right to land, water, seeds) in light of the reflections developed by doctrine and jurisprudence regarding the category of so-called "commons". In particular, the analysis focuses on the possible reconstruction of the various "situations of appropriation" to which these resources may be subject (with the aim of ensuring their enjoyment by members of the community), and on the legal nature of the instruments of collaboration between the owner entity and members of the community for the proper management of the same.

⁶¹ Il riferimento è al noto saggio di E.J. HOBBSAWM, *Il secolo breve, 1914 - 1991*, BUR, Milano, 2014.

RICCARDO FERCIA

LIBERA ADMINISTRATIO PECULII E FRAUS CREDITORUM:
UN APPUNTO SU MARCELL. D. 42.8.12

Sui rapporti tra l'amministrazione del *peculium profectivum* da parte del *filius familias* e l'eventuale *fraus creditorum* ci informa, allo stato delle nostre conoscenze, solo un interessante frammento – su cui sinora la dottrina non sembra essersi adeguatamente soffermata – escerpito dai *Digesta* di Marcello¹:

Marcell. 18 dig. D. 42.8.12: *Si pater filio familias liberam peculii administrationem dederit, non videtur ei et hoc concessisse, ut in fraudem creditorum alienaret: talem enim alienationem non habet. at si hoc quoque concessit filio pater, ut vel in fraudem creditorum facere possit, videbitur ipse fecisse et sufficient competentes adversus eum actiones. etenim filii creditores etiam patris sunt creditores, cum eius generis videlicet habebunt actionem, ut his de peculio praestari necesse sit.*

Prima di procedere all'esegesi del passo, che Lenel rapportava – nell'ordine espositivo dell'opera di Marcello – ad un discorso inerente alla clausola *quae fraudationis causa gesta erunt* del titolo editale *de curatore bonis dando*², ritengo opportuno premettere una proposta di traduzione: «Se il *pater* ha concesso al *filius familias* la *libera administratio peculii*, non se ne può desumere che gli abbia altresì

¹ Su cui si veda, di recente, S. QUERZOLI, *Scienza giuridica e cultura retorica in Ulpio Marcello*, Napoli, 2013, p. 58 ss.

² O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, col. 621; ID., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, p. 435 ss.

concesso di porre in essere atti di disposizione in frode ai creditori: egli, pertanto, non è in tal senso legittimato a disporre. Per converso, se il *pater* ha concesso al *filius* addirittura di poter agire finanche in frode ai creditori, se ne potrà allora desumere che sia stato lui ad agire e saranno sufficienti le azioni che spettano d'ordinario nei suoi confronti. E difatti, va da sé che ogni qual volta abbiano un'azione a tutela di pretese sul *peculium* i creditori del figlio siano anche creditori del padre».

Gradenwitz³, in linea di principio condiviso dalla dottrina successiva almeno sino alla monografia di Impallomeni sui mezzi di revoca degli atti in frode ai creditori⁴, riteneva frutto di un intervento additivo dei commissari imperiali tutto il tratto da *talem* sino a *necesse sit*, salvando dunque solo la prima frase del frammento.

Relativamente di recente ha assunto una posizione particolare Xavier d'Ors, che riduce il sostrato classico al solo contesto in cui gli atti in frode ai creditori sono autorizzati dall'avente potestà.

Egli sostiene che il frammento concerna «la imputación del *consilium fraudis* a un *pater* por los actos fraudulentos realizados por el hijo con el peculio»: in questo quadro, lo studioso spagnolo precisa che «la particularidad no radica en que el acto fraudulento se haya hecho en unos bienes distintos de aquellos *quibus de agitur*, puesto que el peculio del hijo forma parte de los *bona paterna*, sino en que el *consilium fraudis*, que debería presumirse en el hijo, en cuanto au-

³ O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, in ZSS, VII.2, 1886, p. 68 s.

⁴ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 621, nt. 2; M. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*, II, Torino, 1900, p. 73 s.; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 63; ID., *Romanistische Studien*, in ZSS, XLVI, 1925, 128 s.; B. BIONDI, *Studi sulle 'actiones arbitrarie' e l'arbitrium iudicis*, Palermo, 1912 (rist.: Roma, 1970), p. 176, e quindi, con diversa esegesi, ID., *Actiones noxales*, Cortona, 1925, p. 60 s.; E. ALBERTARIO, *Libera administratio peculii*, in *Studi di diritto romano*, I, *Persone e famiglia*, Milano, 1933, p. 152 (già in RIL, LXI, 1928, p. 833-849); G. LONGO, *Libera administratio peculii*, in BIDR, XXXVIII, 1930, p. 47 ss.; G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale. Etude sur le pécule, dit profectice, depuis l'édit 'de peculio' jusqu'à la fin de l'époque classique*, Lyon, 1932, p. 493 s., nt. 1; S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*³, II, Napoli, 1945, p. 52 ss.; G. IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova, 1958, p. 108, nt. 102.

tor de los actos fraudulentos, se imputa al *pater*, en quanto responsable de los actos del hijo. De este modo, tanto los acreedores del padre, como los del hijo, que los son también del padre a través de las acciones *adiecticiae qualitatis*, pueden revocare como fraudulentos los actos realizados en el peculio por el hijo»⁵.

Si orienta da ultimo in questa stessa prospettiva, ma senza muovere sospetti al testo, un'annotazione incidentale di Grillone⁶.

Io credo che il passo sia, nel suo complesso, sostanzialmente classico e che possa testimoniare di un diverso approccio del giurista al caso considerato.

Pur non potendosi negare, infatti, che il discorso restituito dal Digesto sconti la verosimile compressione compilatoria di un'argomentazione più ricca ed articolata, riterrei che il frammento ne rispecchi il sostanziale pensiero: con ogni probabilità, Marcello ragionava sulla peculiare *conceptio verborum* della *taxatio* apposta alle *formulae* delle azioni concesse *de peculio et de in rem verso*, per evidenziarne l'idoneità ad assicurare di per sé tutela piena ed effettiva anche a fronte di alienazioni – evidentemente in diminuzione del peculio inteso come garanzia patrimoniale pretoria – poste in essere in frode ai creditori peculiari, ai quali dunque non occorre invocare i rimedi revocatori edittali, sui quali conto di soffermarmi in una prossima ricerca dedicata al problema – innanzitutto terminologico – della cosiddetta '*actio Pauliana*' ed alle relative sinapsi con l'*interdictum fraudatorium*.

Per aver chiaro il ragionamento di Marcello, e quindi le ragioni della sostanziale classicità del passo, dobbiamo prima di tutto tratteggiare la tecnica formulare con la quale si configura la *condemnatio* che connota i rimedi tenuti idealmente presenti dal giurista, e che, in astratto, vanno ricondotti (forse) all'*actio tributoria* e (sicuramente) all'*actio de peculio et de in rem verso*.

Procediamo dunque al riesame di alcuni passi assai noti.

⁵ X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clasico*, Roma-Madrid, 1974, p. 144 s.

⁶ A. GRILLONE, *Le nuove frontiere del diritto della crisi e dell'insolvenza ripensate in prospettiva storica*, I, *I cardini del sistema: soggetti, oggetto, negoziabilità e 'par condicio creditorum'*, Torino, 2021, p. 139, nt. 51.

Il primo di questi è pertinente all'*actio tributoria*:

Ulp. 29 *ad ed.* D. 14.4.7.2: *Si cuius dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit, praestet: quae actio dolum malum coerces domini. minus autem tribuere videtur etiam si nihil tributum sit. si tamen ignorans in merce servum habere minus tribuit, non videtur dolo minus tribuisse, sed re comperta si non tribuat, dolo nunc non caret. proinde si sibi ex ea merce solvi fecit, utique dolo videtur minus tribuisse.*

Il frammento attiene alla segregazione del 'peculio imprenditoriale' – che nelle fonti, come noto, viene descritto come '*merx peculiaris*'⁷ – rispetto al *peculium* genericamente inteso⁸.

Qui il giurista chiarisce che la *tributoria* viene concessa per assicurare il pagamento della differenza tra quanto per dolo dell'avente potestà non è stato assegnato in sede di riparto operato sulla *merx peculiaris* e quanto piuttosto il creditore lesa da tale condotta distrattiva avrebbe dovuto ottenere: Ulpiano ne desume che si tratta di un'azione che *dolum malum coerces domini*, precisando come il *minus tribuere* possa ovviamente ravvisarsi anche qualora il creditore resti totalmente insoddisfatto. In sostanza, la *tributoria* presuppone la figura del '*dolo malo minus tribuere*', che si integra ove l'avente potestà abbia consapevolezza dell'esercizio di attività imprenditoriali inerenti alla *merx peculiaris* anche solo al momento del riparto, tanto più ove abbia posto in prededuzione i propri crediti verso il peculio: «l'obligation de procéder à la *tributio mercis* était imposée au *paterfamilias* par l'édit, et, lorsque le *paterfamilias* se refusait à procéder à cette distribution ou la faisait d'une manière dolosive, il était passible de l'action *tributoria*»⁹.

In una chiave giuspolitica sostanzialmente analoga occorre quindi rileggere

⁷ Per tutti P. CERAMI, *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, in P. CERAMI - A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino, 2010, p. 61 ss., in particolare 66.

⁸ Sul passo da ultimo cfr. A. GRILLONE, *Le nuove frontiere*, cit., 141 s.

⁹ G. MICOLIER, *Pécule*, cit., p. 354.

Ulp. 29 *ad ed. D. 15.1.21pr.*: *Summa cum ratione etiam hoc peculio praetor imputavit, quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset. sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit peculium: sed et si eum intricare peculium in necem creditorum passus est, Mela scribit dolo malo eius factum. sed et si quis, cum suspicaretur alium secum acturum, alio peculium avertat, dolo non caret. sed si alii solvit, non dubito de hoc, quin non teneatur, quoniam creditori solvitur et licet creditori vigilare ad suum consequendum.*

Ulpiano evidenzia la fondamentale ‘logica di opportunità’ di imputare al peculio ogni diminuzione della sua consistenza patrimoniale conseguente a dolo dell’aveute potestà: dolo rapportabile non solo al *peculium adimere*, ma anche, secondo Mela, al *peculium intricare* in danno dei creditori. In linea di principio, dunque, «le *paterfamilias* eut de tout temps de retirer au *subiectus* les biens que celui-ci détenait à titre de pécule, pourvuqu’en agissant il ne commit pas un dol à l’encontre des créanciers du pécule»¹⁰.

Più interessante, ai nostri fini d’indagine, la seconda parte del passo: rientra, infatti, nella dolosa diminuzione del peculio tanto il *peculium avertere* a fronte del rischio dell’iniziativa giudiziaria di un creditore, quanto il pagamento preferenziale in violazione della regola della *par condicio*.

Sulla base di questi due passi, come normalmente si ritiene, adoperando la consueta onomastica gaiana la condanna dell’aveute potestà consapevole dell’esercizio di attività imprenditoriali da parte del sottoposto con la *merx peculiaris* era costruita al *quanto minus eo nomine dolo malo N. Negidii A. Agerio tributum est quam ex edicto illius praetoris A. Agerio tribui debuit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato*¹¹; in una logica intrinsecamente coerente, la condanna dell’aveute potestà convenuto per la gestione del *peculium* da parte del sottoposto incaricato dell’*administratio* era quindi limitata *dumtaxat de peculio et si quid dolo malo N.*

¹⁰ G. MICOLIER, *Pécule*, cit., p. 340.

¹¹ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, p. 80 s.; lo schema è desunto da Ulp. 29 *ad ed. D. 14.4.7.2.*

*Negidii factum est quo minus peculii esset vel si quid in rem N. Negidii inde versum est condemnato*¹².

Siamo così in grado di procedere alla nostra esegesi di D. 42.8.12.

Innanzitutto, che Marcello ragionasse essenzialmente sulla *taxatio* dell'*actio de peculio et de in rem verso* a me pare certo: non è tuttavia improbabile, come si accennava, che il discorso originario si estendesse anche all'*actio tributoria*, tanto più ove si consideri la sua funzione di strumento creato per garantire la *par condicio creditorum* a fronte della gestione di patrimoni separati destinati all'esercizio dell'impresa.

A seguire il dettato pervenutoci, il giurista esamina la fattispecie della *libera administratio peculii* concessa dal *pater* al *filius familias*, ed evidenzia come essa non implichi l'autorizzazione a porre in essere atti di disposizione in frode ai creditori¹³, sicché in linea di principio questi ultimi devono ritenersi nulli anche ai fini dell'applicazione dell'editto: a me pare che Marcello pervenga a questa soluzione muovendo dalla clausola di dolo contenuta nella *taxatio* delle formule *de peculio*, e dunque in fin dei conti affermi che un patrimonio separato si amministra in buona fede.

In sostanza, è 'per definizione' estranea alla concessione della *libera administratio peculii* l'autorizzazione ad alienare in frode ai creditori: in tal caso, l'alienazione è nulla – già sul piano del *ius civile* – per difetto di legittimazione a disporre in capo al sottoposto. In caso contrario, e cioè ove, ben paradossalmente, il *pater* abbia autorizzato il figlio a porre in essere atti di disposizione in frode ai creditori, per il giurista è direttamente l'avente potestà ad agire in mala fede: e poiché la nostra *taxatio* impone di considerare contabilmente riallocata al peculio ogni eventuale diminuzione di esso dovuta a *dolus malus* del *pater*, ecco che è di per sé l'*edictum triplex*, senza necessità di scomodare la tutela revocatoria, ad assicurare ai creditori la garanzia patrimoniale.

¹² D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 81 s.; lo schema è attestato per la *formula de peculio annalis* in Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.2.1pr.

¹³ E su questo coglieva nel segno G. LONGO, '*Libera administratio peculii*', cit., p. 47; più di recente P. APATHY, *Zur Abgrenzung von Novation und Kumulation von Obligationen*, in *ZSS*, LXXXIX, 1972, p. 234, nt. 38.

In altre parole, l'espressione '*videbitur ipse fecisse*' allude al *dolus malus* dell'avente potestà che nella struttura formulare dell'azione di volta in volta esperita configura il criterio di determinazione del peculio ai fini della quantificazione della condanna: solo è da dirsi come l'ipotesi di Biondi¹⁴, di un'azione *Pauliana* data *de peculio et de in rem verso*, non avrebbe francamente alcun senso, giacché il valore del patrimonio separato da reintegrarsi per questa via rappresenterebbe allo stesso tempo un – a questo punto ben paradossale – limite alla condanna, e ciò tanto più ove si consideri che, nel passo così come nella sua parafrasi bizantina¹⁵, non si fa parola dell'esperibilità di tali rimedi nei confronti del terzo avente causa in ipotesi partecipe della frode revocatoria, ma si polarizza piuttosto il discorso sulla legittimazione passiva del solo *pater*.

D'altronde, si è da tempo esattamente osservato come per diritto classico la tutela revocatoria – sia *sub specie* della *restitutio in integrum ob fraudem*, invocabile dal *curator bonorum*, sia *sub specie* dell'*interdictum fraudatorium*, a disposizione dei singoli creditori¹⁶ – debba in linea di principio ritenersi priva di qualsiasi significato pratico se diretta contro il debitore *fraudator*, anche alla luce della problematica clausola editale riportata in Ulp. D. 42.8.1pr., da intendersi – al di là della innegabile criticità del testo pervenutoci¹⁷ – nel

¹⁴ B. BIONDI, '*Actiones noxales*', cit., p. 61.

¹⁵ Mi riferisco a *Bas.* 9.8.12: Ὑπεξούσιος ἔχων ἐλευθέραν πεκουλίου διοίκησιν οὐκ ἐπιτέτραπται περιγραφὴν δανειστῶν ἐκποιεῖν. Εἰ δὲ ἐπέτρεψεν ὁ πατήρ, αὐτὸς ἐνάγεται· οἱ γὰρ τοῦ υἱοῦ δανεισταὶ καὶ αὐτοῦ εἰσι, διὰ τὴν πεκουλίου ἀγωγὴν (SCHELTEMA, A II, 512, *lin.* 9-12). Traduco: «il sottoposto che abbia la *libera administratio peculii* non è autorizzato ad agire in frode ai creditori. Se lo ha autorizzato il padre, è lui il convenuto: infatti, i creditori del figlio sono anche i suoi per via dell'azione *de peculio*». Nella tradizione bizantina, dunque, il *pater* che abbia consentito al figlio amministratore del patrimonio separato a porre in essere atti di disposizione in frode ai creditori ne risulta direttamente responsabile in diretta conseguenza – e non altro – dell'ordinaria possibilità di agire *de peculio* nei suoi confronti: il che non significa affatto che il padre potesse essere convenuto con una *ἀγωγή* revocatoria – quale ne sia la denominazione – idonea a limitare, nella *cognitio*, la condanna al valore del peculio; ma che, appunto, può essere convenuto *de peculio* con le azioni di volta in volta esperibili.

¹⁶ Per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 659; *Id.*, voce *Azione revocatoria (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 883 ss.

¹⁷ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 436 ss.

senso che gli effetti della *restitutio* si devono ritenere estesi, una volta disposta dal pretore, anche nella sfera giuridica di quest'ultimo¹⁸.

Non persuade, in quest'ottica, nemmeno il recente suggerimento di Grillone, che, superando – per vero cursoriamente – la corrente di pensiero che esprime perplessità in ordine alla legittimazione passiva del *fraudator* ai rimedi revocatori edittali, legge D. 42.8.12 nel senso che una frode imputabile direttamente al *pater* avrebbe legittimato i creditori, «a danno dei quali si fosse compiuta, a chiamarlo in giudizio per ottenere la reintegrazione del patrimonio commerciale»¹⁹: in disparte che nel passo si discute non già di una *merx peculiaris*, ma di un generico *peculium*, l'interesse di costoro alla correttezza del riparto, a ragionare in questa logica, dovrebbe allora ritenersi garantita dalla possibilità – non esplicitata nel testo pervenutoci, ma forse, come si è detto, in esito alla rilevata compressione compilatoria – di agire con la *tributoria*.

È importante, a questo punto, focalizzare l'esegesi su quel '*sufficient*' che caratterizza il ragionamento del giurista: ad essere di per sé 'sufficienti' sono le *competentes actiones*, da intendersi come 'le azioni che spettano d'ordinario', e dunque le azioni suscettibili di adattamento nella *conceptio verborum* per configurare la responsabilità *de peculio* dell'avente potestà; né sarà un caso che si parli di '*actiones*', giacché si tratta non già di uno specifico rimedio, ma delle azioni *in personam* esperibili con la struttura adiettizia *de peculio et de in rem verso*, come tali non individuabili *a priori* in via generale, in quanto semmai da chiedersi al pretore di volta in volta in ragione della fonte del rapporto obbligatorio per cui il creditore invochi tutela.

Nulla esclude – ma si tratta solo di una per me plausibile congettura – che, se ipotizziamo una compressione testuale più o meno ampia da parte dei commissari imperiali, Marcello discutesse in termini più analitici di una questione che, per epoca antoniniana, doveva ancora presentare aspetti controversiali²⁰: non possiamo esclu-

¹⁸ M. TALAMANCA, voce *Azione revocatoria*, cit., p. 886, in adesione a G. IMPALLOMENI, *Studi*, cit., p. 43 ss.

¹⁹ A. GRILLONE, *Le nuove frontiere*, cit., p. 139, nt. 51.

²⁰ P. FREZZA, '*Responsa*' e '*Quaestiones*. *Studio di politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*, XLIII, 1977, p. 246, considera il frammento testimonianza di una *quaestio*.

dere, cioè, che i *prudentes* abbiano a lungo discusso della possibilità o meno di ricorrere – *de principe*, però, contro il terzo avente causa partecipe della frode – agli editti che concedevano i rimedi revocatori anche in caso di *fraus creditorum* operata a diminuzione della garanzia patrimoniale costituita dal *peculium* inteso come patrimonio separato.

Il nostro frammento testimonierebbe allora dell'adesione del giurista ad una tesi che riteneva sufficienti i rimedi scaturenti dagli editti che promettevano l'*actio de peculio et de in rem verso* e, forse, l'*actio tributoria*.

Egli chiarisce, non a caso, che, ogni qual volta l'editto configuri la responsabilità *de peculio et de in rem verso*, i creditori 'del figlio', vale a dire i creditori 'del peculio', sono anche creditori 'del padre' in quanto concedente: ne consegue che, a fronte dell'alienazione in frode ai creditori coperta dall'autorizzazione dell'avente potestà, si riscontra quella figura di *dolus malus* di cui Ulpiano discute in D. 15.1.21pr., per modo che potranno ritenersi *sufficere* – nel senso che non è necessario, cioè, ricorrere all'*interdictum fraudatorium*, né tanto meno alla cosiddetta '*actio Pauliana*' – le azioni che ordinariamente spettano per l'attività negoziale dei sottoposti; ciò significa che, nella logica di Marcello, gli editti per la *fraus creditorum* sono assorbiti dalla promessa dell'*actio de peculio et de in rem verso* finché nel caso di insolvibilità dell'avente potestà²¹, in quanto l'artificiosa ingerenza nella gestione – che contempla anche la *fraus creditorum* – di un patrimonio separato affidato al *potestati subiectus* ha come conseguenza espressamente prevista dal pretore, percepita come regola 'speciale' rispetto ai rimedi revocatori, l'estensione della garanzia patrimoniale alla sfera del suo titolare formale.

E questo giacché a risultare insolvente, anche in quella particolare contestualizzazione del 'dolo gestionale' che è appunto la *fraus creditorum*, è pur sempre il *peculium*, che dunque presenta quei profili di tendenziale soggettivizzazione ben colta da Papirio Frontone²²:

²¹ È il problema che poneva G. IMPALLOMENI, *Studi*, cit., p. 108, nt. 102.

²² Marc. 5 reg. D. 15.1.40pr.: *Peculium nascitur crescit decrescit moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini*. Sul passo cfr. ancora per tutti P. CERAMI, *Introduzione*, cit., p. 62 s.

giammai, dunque, in estremo ossequio alla logica del *ius civile*²³, l'avente potestà.

Abstract

La ricerca propone un'esegesi del frammento di Marcello confluito in D. 42.8.12 e suggerisce che, in caso di alienazione di beni peculiari in frode ai creditori da parte del *filius* d'intesa con il *pater*, sia prevalsa la tesi secondo la quale sarebbero esperibili unicamente le *actiones adiecticiae qualitatis*.

The essay proposes an exegesis of the fragment of Marcellus included in D. 42.8.12 and suggests that, in the case of alienation of *peculium* property in fraud to its creditors by the *filius* in agreement with the *pater*, the thesis that only allows the latter *actiones adiecticiae qualitatis* prevailed.

²³ Cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 84: «per l'attività negoziale il diritto civile era rigorosamente ispirato al principio che il servo poteva render migliore la posizione del *dominus*, non deteriorarla».

VINCENZO FERRARI

CERTEZZA DEL DIRITTO E RAZIONALITÀ LINGUISTICA

*Abbiamo tutti dentro un mondo di cose;
ciascuno un suo mondo di cose! E come
possiamo intenderci, signore, se nelle pa-
role ch'io dico metto il senso e il valore
delle cose come sono dentro di me; mentre
chi le ascolta, inevitabilmente le assume
col senso e col valore che hanno per sé, del
mondo com'egli l'ha dentro? Crediamo di
intenderci; non ci intendiamo mai!*

LUIGI PIRANDELLO, *Sei personaggi in cerca
d'autore* (1921)

SOMMARIO: 1. Il diritto tra fatti e parole. – Il problema «testuale» nell'interpretazione. – 3. Le insidie di un presupposto «ordine naturale delle cose». – 4. La parola «ordinante» e la necessità di chiarezza del linguaggio giuridico.

1. È stato autorevolmente affermato che «il fatto, non la parola, è l'oggetto della scienza giuridica»¹. D'altro canto è nota come «maledizione di Kirchmann» l'affermazione secondo cui basterebbero tre parole del legislatore perché intere biblioteche giuridiche divengano cartaccia². La dinamica tra «fatti giuridici» e «parole degli enunciati normativi» anima da tempo il dibattito sul ruolo della se-

¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 455 ss., ora anche in ID., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 2008, p. 13.

² J.H. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1847; trad. it., *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, Pisa, 1942.

mantica giuridica nella descrizione di quei fatti, sia in giurisprudenza³, sia in dottrina, laddove alla giuridicità del fatto hanno dedicato attenzione illustri autori, descrivendola come legame tra fatto e vicenda⁴, riconducendone il significato nell'ambito della fattispecie⁵, individuandola in qualsiasi situazione del mondo dell'essere prevista dal diritto quale causa di effetti giuridici⁶.

Chiamate entrambe a funzioni ermeneutiche⁷, giurisprudenza e dottrina hanno il dovere di convergere, se non nell'utopistico fine di realizzare la certezza del diritto, almeno nella realistica e necessaria funzione di garantire alla scienza giuridica di progredire senza subire gli effetti, quanto meno oblianti, di maledizioni del tipo di quella stigmatizzata da Kirchmann. La giurisprudenza, in particolare, svolge la funzione di palesare la giuridicità dei fatti nella loro scaturigine ontoesistenziale⁸, divenendo essa stessa linguaggio che, persino quando sembra che non possa trovarsi riparo alla caducità delle norme⁹, consente alla dottrina di intervenire, in funzione in qualche modo salvifica, per ordinare il *caos* dei fatti secondo le forme giuridiche, scongiurando il rischio che la prassi possa indurre, nel perseguire il mito della certezza del diritto¹⁰, la tentazione di sostituire alla dogmatica legislativa una dogmatica giurisprudenziale. Se la figura

³ Si vedano le riflessioni su chiarezza, sinteticità, semplicità e opacità del linguaggio giudiziario di G. GRASSO - G. BARBAGALLO - V. FERRARI - E. SCODITTI - S.L. GENTILE, *Il linguaggio della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2016, V, 357.

⁴ Cfr. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, III, Berlino, 1840 (trad. it. di V. Scialoja, 1891), par. 104.

⁵ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966, rist. 1983, p. 103 ss.

⁶ S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, revisione e aggiornamento di A. Falzea con prefazione di N. Irti, Milano, 1996, p. 3 ss.

⁷ V. G. GORLA, *Dans quelle mesures la jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du droit?*, in *Foro it.*, 1974, V, 241; nonché ID., *Postilla sull'uniforme interpretazione della legge e i tribunali superiori*, id., 1976, V, 129.

⁸ Cons. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, Milano, 1991, p. 65 ss.

⁹ Si rimanda, sul punto, a N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2004, e ID., *Il salvagente della forma*, Bari, 2007.

¹⁰ Sul punto, cfr. C. CICERO, *Dal mito della legge al mito del giudizio*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 815 ss.

mitica del «giudice sillogista» sostanzialmente non è mai esistita¹¹, non di meno è problema antico quello avvertito già da Aristotele, secondo cui «ogni legge comporta una certa tensione interna rispetto alle concrete possibilità di azione: una legge è sempre generale e non può implicare tutta la concreta complessità di un caso particolare»¹².

La certezza del diritto, dunque, è un mito non meno di quanto lo sia il giudice sillogista, in un ordinamento come il nostro che, fondato sul principio costituzionale di sottoposizione del giudice alla legge (art. 101 Cost.), non potrebbe nemmeno ammettere l'esistenza di un «giudice legislatore»¹³, affidando alla giurisprudenza il compito di fonte «interpretativa» del diritto¹⁴. Tanto che nella prassi giudiziaria si tende facilmente a sovrapporre i principi contenuti nelle massime giurisprudenziali rispetto agli stessi enunciati normativi, sicché la confezione dei fatti finisce con l'essere oggetto di una vestizione verbale affidata alle parole della giurisprudenza¹⁵, le quali non è detto che coincidano con le parole del legislatore.

È noto il fenomeno della «massima mentitoria»¹⁶, che in alcuni casi ha portato la giurisprudenza a consolidarsi su un enunciato rivelatosi poi fallace e da emendare¹⁷, ed in altri al prolungato tralaticio adagiarsi su una massima giurisprudenziale che ha «fatto giurispru-

¹¹ Cfr. G. CANZIO, *Nomofilachia, dialogo tra le corti e diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2017, V, 69.

¹² In tal senso, v. H.G. GADAMER, *Il problema della coscienza storica*, Napoli, 1969, p. 55.

¹³ L'espressione è di N. LIPARI, *Giudice legislatore*, nota a Cass. sez. un. 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.*, 2017, I, 492.

¹⁴ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, p. 22 e p. 535.

¹⁵ Sul punto, mi permetto di rinviare a V. FERRARI, *Fatti e parole nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2016, V, 365.

¹⁶ Fenomeno descritto da R. SACCO, *La massima mentitoria*, in G. VISENTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988, p. 51 ss.

¹⁷ V. Cass. sez. un., 7 settembre 2015, n. 17685, in *Foro it.*, 2016, I, 183, con nota di V. FERRARI, *Il problema della consistenza del rischio assicurato e la massima mentitoria*, e in *Riv. infortuni*, 2015, II, 107, con nota di L. PUGLISI e L. ROMEO, *Atto doloso del terzo e infortunio in itinere*.

denza» indisturbatamente per un cinquantennio¹⁸. Quando le parole della giurisprudenza divengono un feticcio, i fatti giuridici ne rimangono condizionati e tocca alla dottrina compiere quella preziosa opera di discernimento consistente nel richiamare l'interprete alla funzione interpretativa, e non produttiva delle norme, propria del diritto giurisprudenziale¹⁹, che talvolta invece sconfinava dal recinto fino a «creare» norme prive di enunciato legislativo, ricavandole dal contesto ordinamentale²⁰. In questi casi, con buona pace di Montesquieu e del suo *Esprit des lois*, quel soggetto che dovrebbe limitarsi ad essere *bouche de la loi*, attraverso un «processo inarrestabile in cui la teoria delle fonti del diritto trova all'un tempo la sua morte e la sua resurrezione»²¹, si trasforma in *fabricant de la loi*.

2. Nell'interpretare la legge, ammonisce l'art. 12 disp. prel. c.c., non si può dare ad essa altro senso che quello proprio delle parole che esprimono l'enunciato normativo. Ma v'è un ulteriore riferimento, nella stessa disposizione preliminare, all'intenzione del legislatore, e quindi ad una *ratio* che potrebbe non essere immediatamente manifesta nelle parole.

La norma, dettata in epoca pre-costituzionale²², pone non pochi problemi di adeguamento al nuovo assetto ordinamentale soprag-

¹⁸ R. PARDOLESI, in *Foro it.*, 2014, I, 2470, annotando Cass. 13 giugno 2014, n. 13537, rileva che la giurisprudenza di legittimità prodottasi negli ultimi cinquant'anni sull'applicazione, al risarcimento danni da morte, del principio della *compensatio lucri cum damno*, si fonda tutta su una sentenza capostipite, Cass. 7 febbraio 1958, n. 370, *id.*, Rep. 1958, voce *Responsabilità civile*, n. 581, che in realtà non riguardava il problema.

¹⁹ Cfr. D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 2018, V, 249.

²⁰ Oltre alla cit. Cass. sez. un. 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.*, 2017, I, 492, con nota di N. LIPARI, *Giudice legislatore*, v. Cass. 30 aprile 2021, n. 11430, in *Foro it.*, 2021, I, 2359, con nota di M. FERRARI, *Accollo privato, remissione del debito e possibilità di rinuncia agli effetti liberatori nelle obbligazioni contributive previdenziali*.

²¹ L'espressione è di N. LIPARI, nella richiamata nota a Cass. sez. un. 1946/2017, cit.

²² Per una ricostruzione in chiave storica, cfr. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, 112 ss.

giunto dal 1° gennaio 1948 con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Autorevole dottrina ritiene che la si debba ritenere superata ed implicitamente abrogata, non potendosi rimanere ancorati ai rigidi schemi della sussunzione che essa predica, statuendo il primato dell'interpretazione letterale seguendo il brocardo *in claris non fit interpretatio*, impedendo al giudicante di procedere ad una interpretazione di tipo assiologico che consenta di attingere la *regula iuris* del caso concreto dal sistema ordinamentale nella sua ispirazione alla legalità costituzionale²³. La giurisprudenza di legittimità, viceversa, mantiene l'ancoraggio ai criteri dettati dall'art. 12 cit., facendone frequente menzione nelle decisioni che pongano problemi interpretativi, con l'esplicita affermazione che dall'elemento testuale della formulazione della norma oggetto di interpretazione non è possibile prescindere, ai sensi dell'art. 12 disp.prel.c.c., «atteso il c.d. primato del criterio ermeneutico letterale che, per il suo carattere di oggettività e per il suo naturale obiettivo di ricerca del senso normativo maggiormente riconoscibile e palese, rappresenta il criterio cardine nella interpretazione della legge e concorre alla definizione in termini di certezza della fattispecie regolata»²⁴.

Comunque sia, l'opera dell'interprete non può prescindere dall'espressione linguistica che caratterizza l'enunciato, facendone il substrato sul quale deve operare l'ermeneutica dottrinale e giurisprudenziale. Tanto l'una quanto l'altra, nella ricerca di significati non *ictu oculi* apparenti, possono proporre letture anche variegata e difficilmente percepibili, ma non al punto tale da stravolgere il testo scritto²⁵.

²³ Per un approfondimento di tale interessante teoria, cfr. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica - Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 990 ss.

²⁴ V., in motivazione, Cass. 29 maggio 2024, n. 15030, in *ForoPlus*; nonché Sez. Un. 25 luglio 2022, n. 23051, in *Riv. giur. trib.*, 2022, 855, la cui massima ufficiale recita: «L'interpretazione delle norme tributarie non si sottrae al primato del criterio letterale, che, per il suo carattere di oggettività e per il suo naturale obiettivo di ricerca del senso normativo maggiormente riconoscibile e palese, rappresenta il criterio cardine nella interpretazione della legge e concorre alla definizione in termini di certezza, determinatezza e tassatività della fattispecie impositiva, che l'art. 2 l. n. 212 del 2000 vuole sorretta da disposizioni chiare e trasparenti».

²⁵ Secondo costante giurisprudenza costituzionale, «l'univoco tenore della disposizione segna il confine in presenza del quale il tentativo di interpretazione

L'ermeneutica è pur sempre una ricerca di senso delle parole usate dal legislatore, anche quando esse dovessero rivelarsi inappropriate ad esprimerne l'intenzione, lasciando all'interprete l'opera correttiva di espressioni distoniche rispetto alla ratio della norma che sarà, pertanto, non un *prius*, ma la risultante dell'opera dell'interprete. La centralità delle parole, preconizzata dal primato della legge scritta, impone allo stesso interprete di fare uso di parole, onerandolo di un'attenzione particolare al profilo linguistico di modo che la norma interpretata risulti chiara e non necessiti essa stessa di ulteriore interpretazione. Altrimenti sorgerebbe il problema di chi debba interpretare l'interprete.

3. L'ampio campo della giurisprudenza, di tanto in tanto, offre qualche perla che merita di essere attenzionata, magari per eccentricità o per distonia, in quanto si fa fatica a comprendere come certi condizionamenti culturali possano prevalere, nella mente di alcuni giudici di merito, sui criteri e i canoni interpretativi.

Ad esempio, la Corte di Cassazione²⁶ si è dovuta occupare, annullandola per vizio di motivazione sotto il profilo dell'illogicità, della decisione di un giudice di appello che dopo aver, correttamente, affermato che il lavoro domestico costituisce una utilità suscettibile di valutazione economica e che la perdita possibilità di svolgere lo stesso (specificatamente in conseguenza di un sinistro stradale) costituisce un danno risarcibile, aveva negato l'avvenuto pagamento di tale danno, il cui ristoro sia richiesto da un uomo, sul pre-

conforme deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»: cfr. Corte cost., sent. 19 marzo 2024, n. 44, in *Lavoro giur.*, 2024, 681, con nota di C. MUSSELLA, *Contratto a tutele crescenti anche per i lavoratori già assunti. La consulta esclude l'eccesso di delega*; nonché Corte cost., sent. 28 luglio 2022, n. 203, in *Foro it.*, 2022, I, 3519, con nota di G. D'AURIA, *Il giudice della responsabilità erariale tra divieto di chiamare in causa altri soggetti (non evocati in giudizio dal pubblico ministero) e obbligo di valutare la responsabilità di tutti i concorrenti nell'illecito (anche se non evocati in giudizio dal pubblico ministero)*.

²⁶ Cass. 18 novembre 2014, n. 24471, in *Danno e resp.*, 2015, 812, con nota di M. DI MASI, *Danno patrimoniale da perdita del lavoro domestico maschile: la cassazione contro gli stereotipi di genere in famiglia*, e in *Famiglia dir.*, 2015, 753, con nota di I. BRESCIANI, *Perdita della capacità di lavoro domestico e risarcimento del danno, anche per il coniuge*.

supposto che non rientra nell'ordine naturale delle cose che il lavoro domestico venga svolto da un uomo.

Quello dell'ordine naturale delle cose è un mantra che non affiora soltanto nelle farneticazioni che ogni giorno ci vengono offerte navigando in *Internet*, o anche in pubblicazioni che ottengono successo di vendite parlando di come il mondo vada al contrario di come dovrebbe, ma fa capolino anche nella giurisprudenza, laddove non ce lo si aspetterebbe. Un ulteriore esempio, oltre a quello appena visto, lo si ritrova in altro caso vagliato dalla Suprema Corte che, sorprendentemente, ha negato la tutela apprestata dal divieto di licenziamento a causa di matrimonio «annegandola in quella riconosciuta alla lavoratrice madre, a presidio della essenziale funzione familiare della donna, proiettata verso la maternità»²⁷. In questo caso la Suprema Corte, anziché emendare l'illogica statuizione di un giudice di merito²⁸, è essa stessa preda e al contempo autrice di un pregiudizio in qualche modo fondato su di un presupposto «ordine naturale delle cose», statuendo testualmente che «In tema di parità di trattamento tra uomo e donna, la tutela apprestata dal divieto di licenziamento a causa di matrimonio non è applicabile al lavoratore, ma soltanto alla lavoratrice, in considerazione della sua ratio, di presidio dell'essenziale funzione familiare della donna»²⁹.

²⁷ L'espressione è di A.M. PERRINO, nella nota a Cass. 12 novembre 2018, n. 28926, in *Foro it.*, 2019, I, 182.

²⁸ Su fattispecie analoga, risulta essersi pronunciato in senso contrario, scevro da pregiudizi, Trib. Milano 3 giugno 2014, in *Foro it.*, 2014, I, 2975, secondo cui, anche in ragione di un'interpretazione della norma nazionale conforme alla normativa comunitaria sulla parità di trattamento fra uomo e donna, deve ritenersi nullo il licenziamento per causa di matrimonio intimato al «lavoratore», superandosi in tal modo il dato letterale dell'art. 35 d.lgs. n. 198 del 2006, nella parte in cui riferisce la tutela esclusivamente alle donne lavoratrici.

²⁹ Massima ufficiale di Cass. n. 28926/2018, cit., annotata anche da M. RUSSO, *Licenziamento per causa di matrimonio: un caso di discriminazione di genere al maschile?*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, II, 226; D. GOTTARDI, *La protezione dai licenziamenti per causa di matrimonio delle lavoratrici non si estende ai lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, 195; A. OCCHINO, *La questione dell'applicabilità del divieto di licenziamento per causa di matrimonio alle sole lavoratrici*, in *Dir. relazioni ind.*, 2019, 676; L. CALAFÀ, *Sul divieto maschile di licenziamento a causa di matrimonio*, in *Lavoro giur.*, 2019, 716; S. SERVIDIO, *Divieto di licenziamento per matrimonio: tutela limitata alle sole lavoratrici*, in *Dir. e pratica lav.*, 2019, 764; E. CASSANETTI, *Divieto di*

In altre occasioni, la stessa giurisprudenza di legittimità alimenta l'inserimento di contenuti meta-giuridici, che in qualche modo echeggiano un «ordine naturale delle cose» presupposto al giudizio, nella *regula iuris* che è chiamata ad applicare ad una fattispecie concreta. Un caso emblematico è dato dal discrimine fra esercizio e abuso del diritto³⁰ operato da un giudice di merito, che ha trovato avallo in Cassazione³¹, riguardo alle attività che il lavoratore deve (e, quindi, può) svolgere durante i permessi *ex art. 33, 3° comma l. n. 104 del 1992* per assistere un familiare disabile³².

Nel caso di specie, fra le condotte «abusive» che erano state contestate disciplinarmente al lavoratore, v'era quella di essersi recato da solo in chiesa utilizzando impropriamente il permesso lavorativo che avrebbe dovuto utilizzare unicamente per prestare assistenza al disabile. La Suprema Corte ha ritenuto che, essendovi stata una ponderazione da parte del giudice di merito del tempo di permanenza nel luogo di culto per dedicarsi ad «esercizi spirituali»

licenziamento per matrimonio solo per le lavoratrici, in *Guida al lav.*, 2018, fasc. 47, 23.

³⁰ Per un inquadramento aggiornato e puntuale dell'abuso del diritto, in termini generali, cfr. C. CICERO, *L'abuso del diritto, tra regole di diritto civile e regole di diritto tributario*, in *Foro it.*, 2024, I, 602.

³¹ Cfr. Cass. 24 agosto 2022, n. 25290, in *Foro it.*, 2022, I, 3000, con nota di V. FERRARI, *Assistenza alla persona disabile e conforti religiosi «a distanza»: l'incerto confine tra esercizio e abuso del diritto*.

³² La giurisprudenza costituzionale sostiene che l'intervento assistenziale «deve avere carattere permanente e globale nella sfera individuale e di relazione del disabile, tenuto altresì conto dei valori di rilievo costituzionale coinvolti dalla disciplina in esame che postulano una peculiare e rafforzata tutela degli interessi regolati»: cfr. Corte cost. 7 dicembre 2018, n. 232, in *Guida al lav.*, 2018, fasc. 50, 21, con nota di A. MONTEMARANO, *Il congedo per l'assistenza alla disabilità spetta al figlio che ancora non convive*, in *Giur. costit.*, 2018, 2658, con nota di A. CANDIDO, *Congedo straordinario e tutela del disabile - La trasfigurazione di un istituto nell'interpretazione evolutiva della corte costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, II, 191, con nota di A. GIULIANI, *Congedo straordinario al figlio non convivente di disabile*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2019, 241, con nota di C. FABBRIZIO, *La consulta amplia ancora la platea dei beneficiari del congedo straordinario per assistenza a familiare disabile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, 304, con nota di L. ZAPPALÀ, *Congedo straordinario e requisito della convivenza: uguaglianza, solidarietà e assistenza nelle famiglie «senza confini»*, in *Dir. successioni e famiglia*, 2019, 909, con nota di A. COCCO, *Congedo lavorativo straordinario e valore di solidarietà*.

espletati in vece dell'assistito, potesse ricomprendersi nelle attività di sostegno psicologico e morale a beneficio dello stesso, dovendosi escludere che si trattasse di «esercizi spirituali» dedicati dal lavoratore a sé stesso.

La peculiarità del caso rivela che, a monte della ponderazione giudiziale, sussistono presupposti valutativi che discriminano (vietandoli) gli esercizi spirituali dedicati dal lavoratore a se stesso, rispetto a quelli (consentiti) che, con la medesima condotta, egli abbia avuto intenzione di dedicare al disabile. Ed anche se la Corte avverte che l'opinione secondo cui «prestare i conforti religiosi a chi è impossibilitato a recarvisi integra attività di sostegno psicologico e morale per chi li invoca», costituisce una valutazione in termini strettamente sociologici, «senza arbitraria sovrapposizione delle personali convinzioni dell'interprete», in realtà la decisione interviene su una ponderazione del giudice del merito relativa al necessario distinguo del raccoglimento in preghiera in un luogo di culto – accertato come dato oggettivo, ed indistinguibile nella condotta, attraverso investigazioni o altri mezzi di prova – in ragione della volizione interiore di chi vi attenda, evidentemente con indifferenziata manifestazione esteriore³³. In tal modo si perviene a fare dipendere la valutazione giudiziale dalla sensibilità e dalla percezione soggettiva del giudicante, quindi da ciò che egli ritenga rientrare nell'«ordine naturale delle cose» e non dalla ponderazione dello stesso nella sua materialità oggettiva, rendendo estremamente incerto il confine fra esercizio e abuso del diritto. L'affermazione, in effetti, dev'essere sembrata in qualche modo eccessiva alla stessa Corte che l'ha pronunciata se, in motivazione, ha tenuto a precisare che non si tratta di pronuncia di legittimità in funzione nomofilattica.

4. La conclusione cui sembra potersi giungere è che non esiste un ordine «naturale» delle cose, se non in termini di pura e insidiosa percezione soggettiva. «L'oggettiva complessità dell'ordinamento; la

³³ Rimane, infatti, poco chiaro come il pedinamento e gli altri mezzi di investigazione, corroborati dall'assunzione a prova testimoniale degli investigatori, possano fornire al giudice di merito elementi utili a discernere quanto tempo, durante la preghiera, sia stato destinato dall'orante a sé stesso e quanto, invece, alla persona disabile non presente nel luogo di preghiera.

problematicità di interpretazioni condivise di norme sempre più oscure; i contrasti giurisprudenziali; la difficoltà di proteggersi dalla micro-arbitrarietà dell'amministrazione; il determinarsi di incertezze connesse al semplice fluire dei rapporti sociali: tutto sembra dare ragione a chi bolla come irrealistica la pretesa di far valere la certezza del diritto nel concreto svolgersi dei rapporti giuridici»³⁴.

Tuttavia senza certezza del diritto, intesa nel senso di tendenziale prevedibilità delle conseguenze giuridiche del proprio agire³⁵, nessun sistema sociale è in grado di funzionare correttamente. «Non sfugge a nessuno l'intima connessione tra il diritto, come esperienza sociale di rapporto, e il concetto stesso di ragione ... [n.d.r.: riconnessa] alla necessità per l'uomo di formulare concettualmente e di esprimere linguisticamente il proprio pensiero»³⁶.

L'auspicio di poter definire «un sistema coerente di enunciati, perfettamente comunicabili intersoggettivamente, senza gravi pericoli di fraintendimenti», avvertito soprattutto con riferimento al normativismo di Kelsen, verso la metà del secolo scorso ha indotto autorevole dottrina ad affermare che compito del sapere giuridico è quello della chiarificazione del linguaggio giuridico, dovendosi attribuire alla scienza giuridica l'obiettivo «terapeutico» di rendere rigoroso il linguaggio del legislatore, depurandolo di vaghezze e ambiguità, e trasformandolo in un «sistema chiuso e coerente», basato sullo sviluppo di proposizioni primitive, convenzionalmente definite³⁷. Già nel 1911 Vittorio Scialoja rivolgeva ai giuristi l'esortazione ad essere chiari: «Non vi è pensiero giuridico se non in quanto sia chiaro. Tutto ciò che è oscuro può appartenere forse ad altre scienze, ma non al diritto»³⁸.

Tali insegnamenti rimangono validi – e a maggior ragione – nell'evoluzione ordinamentale che ha portato in primo piano, rispetto

³⁴ Cfr. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2022, p. 55.

³⁵ Cfr. N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in AA.VV., *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 21 ss.

³⁶ Sono parole di N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, p. 13.

³⁷ N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 342 ss.

³⁸ V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, vol. 9, 1911, n. 1, p. 942.

agli enunciati del legislatore, le interpretazioni giurisprudenziali³⁹. Di recente, si è autorevolmente affermato che «legge e sentenza appartengono ambedue al mondo della positività»⁴⁰, e ancora «che il diritto, nella molteplicità di sue forme e contenuti, sta tutto nel linguaggio; e che il linguaggio è la comune dotazione, per cui i membri di una società si capiscono e intendono. Qui risiede l'estrema salvezza dello Stato di diritto. Il principio di legalità si consegna al vincolo normativo della lingua. L'orizzonte linguistico stringe in unità il legislatore, i cittadini, i giudici, e perciò si identifica con lo stesso orizzonte della comunità civile e politica»⁴¹.

In una decisione delle Sezioni Unite della Cassazione⁴², il cui approdo interpretativo è ampiamente commentato dalla dottrina⁴³, è

³⁹ Oltre a C. CICERO, *Dal mito della legge al mito del giudizio*, cit., 815 ss., cfr. P. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 345 ss.

⁴⁰ Cfr. N. IRTI, *Destino di Nomos*, in M. CACCIARI - N. IRTI, *Elogio del diritto*, Milano, 2019, p. 152, il quale sostiene che «la positività è il destino ultimo di *Nomos*, e sempre tale rimane anche quando, con dispregio della divisione dei poteri, il 'dissenso' dalle leggi si affidi alla magistratura giudicante, la quale decide con sentenza, destinata a 'passare in cosa giudicata' e quindi in *nomos* positivo (*pro veritate accipitur*)».

⁴¹ Parole pronunciate da N. IRTI intervenendo a un convegno su «Il giudice e lo Stato di diritto», promosso dalla Scuola Superiore della Magistratura.

⁴² Cass. sez. un. 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Foro it.*, 2023, I, 1070, intervenuta su impulso dell'ordinanza interlocutoria Cass. 16 marzo 2022, n. 8603, in *Foro it.*, 2022, I, 1637, con nota di M. NATALE; in *Banca, borsa, ecc.*, 2022, 441, con nota di D. MAFFEIS; in *Giur. it.*, 2022, 579, con nota di P. GALLO, e in *Nuova giur. civ.*, 2022, 833, con nota di A.M. GAROFALO, che aveva rilevato un contrasto di orientamenti in seno alla Cassazione sulla validità delle clausole di indicizzazione in valuta estera inserite in contatti tanto di leasing quanto di mutuo e sulla loro qualificazione come «strumenti finanziari derivati».

⁴³ Cfr. E. MINERVINI, *Profili della meritevolezza del contratto*, in *Giur. it.*, 2023, 1795; F. PIRAINO, *Su causa e meritevolezza, muovendo dal leasing indicizzato a un doppio parametro*, *ibid.*, 1799; G. TRAVAN, *Meritevolezza ed equilibrio contrattuale, un binomio che non funziona*, *ibid.*, 1807; F. PISTELLI, *La lunga via del debito indicizzato: tra derivati impliciti, clausole-valore e negozi per relationem*, *ibid.*, 1807; D. MAFFEIS, *Clausole di connessione e trasparenza nell'offerta al pubblico di leasing e altri finanziamenti aleatori*, in *Foro it.*, 2023, I, 1104; F. PIRAINO, *La magica Porta di Ishtar e la via accidentata delle sezioni unite per la meritevolezza*, *ibid.*, 1087; F. ANNUNZIATA, *Facciamo ordine! Regole civilistiche e ordinamento finanziario alla prova*

stata rilanciata la modalità di diffondere l'ermeneutica giurisprudenziale dando luogo a vere e proprie «sentenze-trattato», nonostante in dottrina tale modalità sia stata criticata e comunque ritenuta non rientrare nelle buone prassi⁴⁴.

Rinverdendo la teoria della sussunzione⁴⁵, attraverso una disamina di «nuove» fattispecie concrete che vengono ricondotte a categorie giuridiche note, la Corte si sottrae alla tentazione di partorirne altre⁴⁶ e, nello specifico, afferma che il giudizio di immeritevolezza degli interessi, di cui all'art. 1322, comma 2, c.c.⁴⁷, va compiuto avendo riguardo allo scopo perseguito dalle parti, e non alla sua convenienza, né alla sua chiarezza, né alla sua aleatorietà⁴⁸. Attraverso un'articolata e diffusa motivazione, perviene quindi a cassare la sentenza di merito che aveva ritenuto immeritevole di tutela, perché affetto da aleatorietà, difficoltà di interpretazione e asimmetria delle prestazioni, un contratto di leasing immobiliare corredato da una clausola di indicizzazione e rischio di cambio.

Tale autorevole arresto nomofilattico segna l'attuale tendenza della giurisprudenza di legittimità ad ergersi a fonte diretta del di-

delle sezioni unite nell'intricato caso dei "derivati impliciti", *ibid.*, 1093; A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi e derivati impliciti*, *ibid.*, n. 1099; F. PISTELLI, *Causa e meritevolezza degli accordi di indicizzazione. Tre proposte di lettura del "contratto indicizzato"*, *ibid.*, 1109; M. NATALE, *Derivati come clausole: l'arocco delle sezioni unite dinanzi al leasing indicizzato*, *ibid.*, 1115; M.F. CAMPAGNA, *Clausole parametriche vs. clausole meta-parametriche*, *ibid.*, 1120; A.M. GAROFALO, *La clausola di indicizzazione al franco svizzero tra problemi della causa e doveri di correttezza*, *ibid.*, 1126; C. ORSINI, *Contratto di leasing con doppia indicizzazione: le sezioni unite escludono la natura di derivato implicito*, in *Riv. corte conti*, 2023, fasc. 2, 268.

⁴⁴ In tal senso, v. R. PARDOLESI - B. SASSANI, *Motivazione, autorevolezza interpretativa e «trattato giudiziario»*, in *Foro it.*, 2016, V, 299.

⁴⁵ Si rinvia a U. NEUMANN, *Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola*, in *Ars interpretandi*, 2013, fasc. 1, 82 ss.

⁴⁶ Auspica una rifondazione delle categorie civilistiche, dopo avere denunciato la frantumazione di quelle tradizionali, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2012.

⁴⁷ Sul punto si rinvia a P. PERLINGIERI, *Lo studio del diritto nella complessità e unitarietà del sistema ordinamentale*, in *Foro nap.*, 2014, 103 ss.

⁴⁸ Sul tema della qualificazione aleatoria dei contratti, v. P. CORRIAS, *I contratti aleatori: rivisitazione di una categoria*, in *Banca, borsa ecc.*, 2022, I, 666.

ritto, con un *self restraint* a rimanere nei recinti delle «categorie giuridiche note», ma non sfuggendo alla suggestione di trasformare la motivazione, con buona pace del principio di (chiarezza e) sinteticità⁴⁹, in una trattazione ad ampio raggio, fatta spesso di voli pindarici e *obiter dicta* che, privi di efficacia decisionale nel caso scrutinato, assumono la veste di pronunciamenti nomofilattici *pro futuro*⁵⁰.

Si profila un contesto ordinamentale nel quale, in definitiva, non appare più sufficiente pretendere la razionalità linguistica da un legislatore facilmente incline a divagazioni, bensì necessita che sia soprattutto la giurisprudenza a svolgere quel ruolo, essenziale per tendere alla certezza del diritto, di custode della semantica giuridica che al momento giusto, sfuggendo a pregiudizi e suggestioni, sappia pronunciare la parola «ordinante».

Abstract

La certezza del diritto, tradizionalmente ancorata alla razionalità del linguaggio del legislatore, oggi necessita del ruolo di custode della semantica giuridica svolto dall'interprete, che può assumerselo a condizione che riesca a sfuggire a qualunque forma di «ordine naturale» soggettivamente presupposto, ricercando nell'oggettività del contesto ordinamentale positivo la parola «ordinante».

Legal certainty, traditionally anchored to the rationality of the legislator's language, requires the interpreter to play the role of guardian of legal semantics, which he can assume on condition that he manages to escape any form of subjectively presupposed "natural order", seeking the word "ordering" in the objectivity of the positive legal context.

⁴⁹ Principio inserito nell'art. 121 c.p.c. dall'art. 3, comma 9, lett. a), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

⁵⁰ Cfr. M. FRANZONI, *La scoperta dell'art. 2057 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2023, 269.

MAURO GRONDONA

LA DIMENSIONE ERMENEUTICA
DEL CONTRATTO IN NICOLÒ LIPARI
E LE POTENZIALITÀ DEL TESTUALISMO CONTRATTUALE
IN MEMORIAM (1934-2024)

1. Riprendo molto volentieri in questa sede, grazie alla amichevole cortesia di Cristiano Cicero, alcune frammentarie considerazioni (minimamente sviluppandole) che avevo avuto modo di svolgere in occasione del convegno peruviano in onore di Nicolò Lipari, organizzato dal prof. José Leyva Saavedra a Lima (ma anche in modalità ibrida) nei giorni 28-31 ottobre 2021, e che, in forma più sintetica, sono già apparse in *Pactum on line* (28 agosto 2024)¹.

Il prof. Lipari (scomparso – splendido novantenne – il 31 luglio 2024)² ha condotto, da più di un cinquantennio – se vogliamo fissare il *terminus a quo* nel 1968, anno nel quale venne pronunciata la famosa prolusione barese, intitolata *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*³ –, e come ben noto, una battaglia per un radicale rinnovamento metodologico.

¹ <https://rivistapactum.it/la-dimensione-ermeneutica-del-contratto-in-nicolo-lipari-tra-testo-e-contesto-in-memori-1934-2024/>.

² Il suo testamento culturale, intellettuale, metodologico va allora oggi retrospettivamente individuato in N. LIPARI, *Vivere il diritto*. A colloquio con Gabriele Carapezza Figlia, Vincenzo Cuffaro e Francesco Macario, Napoli, ESI, 2023 (*ivi*, p. 155, un rinvio espresso al suo *Elogio della giustizia*, Bologna, il Mulino, 2021: «[...] un libretto che considero in qualche modo il mio testamento spirituale da giurista»; ma, ora, il suo testamento esistenziale a più largo raggio è in N. LIPARI, *A proposito del tempo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2024, p. 817 ss.

³ Originariamente pubblicata in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 297 ss., poi in *Le prolusioni dei civilisti*, III (1940-1979), Napoli, ESI, 2012, p. 3135 ss.

Si tratta di una battaglia – va subito precisato – che su taluni (ma direi invero molti) aspetti è stata vinta; e oggi, semmai, si tratta di analizzarne criticamente alcuni effetti, o alcuni eccessi.

Tale rinnovamento si è soprattutto mosso nel segno della ermeneutica giuridica e nel segno del diritto quale pratica sociale. Un diritto, e dunque una regola giuridica, che l'interprete (e in particolare il giudice) è legittimato a costruire, a partire dalle specifiche esigenze del caso concreto – da cui un costante esercizio di ermeneutica costruttiva, la quale collega l'interesse concreto, alla ricerca di un riconoscimento giuridico e quindi alla ricerca dell'attribuzione di rilevanza giuridica, con la complessiva assiologia ordinamentale, al cui interno possono individuarsi, appunto, quegli spazi onde una costruzione ermeneutica in vista della effettiva tutela del 'nuovo' interesse.

Tutto ciò, è chiaro, significa che l'intera operazione ermeneutica deve essere impostata e svolta con sensibilità politica e nella chiave della politica del diritto contemporaneo, ovvero: massima espansione della libertà individuale e massima protezione di tale libertà, contro eventuali attacchi condotti all'insegna della asimmetria. Il che, ovviamente, può risultare difficilmente conciliabile, almeno in talune circostanze, soprattutto se non si voglia dimenticare l'aureo principio metodologico della conoscenza conseguita attraverso l'errore e grazie all'errore (ma questo rilievo porterebbe invero il discorso troppo lontano: basti qui osservare, sul punto, che una società aperta presa effettivamente sul serio, e cioè, in primo luogo, valutata in termini di filosofia politica, dovrebbe conoscere un forte legame tra libertà individuale e responsabilità individuale, con un conseguente e inevitabile arretramento di quel paternalismo giuspolitico che invece guarda con sfavore all'errore e con favore alla protezione, sotto ogni ambito; ma la società aperta è la società del rischio, non la società dell'immobilismo protettivo e del timore di massa per la diversità e per il conflitto; la società aperta è una società competitiva e perciò conflittuale).

Ma torniamo alla lezione metodologica di Nicolò Lipari.

Se collochiamo il diritto (un diritto, inteso, naturalmente, quale meccanismo di ordine sociale e quindi di ordinamento sociale; ma il rapporto tra ordine – sociale e giuridico – e ordinamento – sociale e giuridico – non è così semplice e immediato come a prima vista potrebbe magari apparire, se ci si sottragga a ogni automatismo qualificatorio, sia esso di carattere prevalentemente giuridico, ovvero pre-

valentemente sociologico), come appunto fa Nicolò Lipari, all'interno della duplice (ma unitaria) dimensione ermeneutica e prasseologica, non c'è alcun dubbio che tanto il volto del diritto, quanto i tempi in cui il diritto cambia, quanto, ancora, le modalità attraverso cui il diritto cambia vengano significativamente trasformati – nel senso, ovviamente, della progressiva, ma necessariamente non traumatica (e qui il compito deontologico dell'interprete è fondamentale), apertura ordinamentale.

Ci veniamo infatti a trovare di fronte a un diritto, e a un complessivo apparato ordinamentale e regolatorio, proiettati (*ope iudicis*) prevalentemente sui contesti che non sui testi. Testi del legislatore e della giurisprudenza: invero, una società veloce e dinamica come è quella attuale richiede, spesso, una produzione di giuridicità che non solo non può attendere i tempi legislativi, ma nemmeno quelli giurisprudenziali. Ecco che, allora, emerge come fondamentale il ruolo della prassi contrattuale, e dunque della autonomia privata, che proprio in una società largamente globalizzata trova la propria legittimazione, tanto empirica, ovvero materiale, quanto ordinamentale, appunto rispetto al contesto sociale e economico di riferimento: un contesto che, in tanto in quanto largamente globalizzato, è tale da operare quale sintesi dinamica e trasversale della libertà e della creatività dei singoli, cioè dell'autentico fondamento della giuridicità; una giuridicità, qui, a forte trazione sociale, che nel diritto è sempre il *prius*; il che, ovviamente, non significa, meccanicamente, che il *posterius* sia poi il mero rispecchiamento di quel *prius*.

2. Affermando ciò che ho da ultimo affermato (ovvero privilegiando una concezione dell'autonomia privata operante quale primaria fonte del diritto, e che come tale dunque svolge, in competizione con la giurisprudenza, un centralissimo ruolo trasformatore dell'ordinamento) so di aver detto qualcosa che Nicolò Lipari non avrebbe condiviso (perché, lo anticipo, ma è assai facilmente intuibile, la primazia della libertà contrattuale all'interno del quadro delle fonti del diritto porta con sé la rivalutazione del testo contrattuale, nonché, sul piano metodologico, la rivalutazione del testualismo ermeneutico), e infatti tengo qui in particolare presente un suo saggio del 2006, dal titolo: *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione*

e sull'integrazione del contratto?⁴ (con un significativo punto interrogativo finale).

Proprio nella prima pagina di questo scritto si legge (e riferisco alla lettera le sue parole) che la rottura del principio classico della statualità del diritto suggerisce la ricerca di itinerari nuovi per l'affermazione di modelli giuridici comuni, capaci di sottrarre ad una logica di segno esclusivamente mercantile l'imperante prospettiva della globalizzazione.

È evidente che Nicolò Lipari guarda alla globalizzazione in chiave negativa, e questa chiave negativa dipende ovviamente dall'enfasi posta sul lato economico della globalizzazione (una economia che, in questa luce, degenera in economicismo, che tutto fagocita, e che soprattutto colpisce, o comunque insidia, la dimensione non patrimoniale dell'essere umano).

Io mi permetto di tornare a rilevare, però, che l'autonomia privata e, più in generale, la libertà individuale è un fattore di emancipazione individuale e quindi di trasformazione sociale, e dunque una autonomia privata a raggio globale può certamente svolgere una funzione socialmente benefica. Il che, a ben vedere, sta avvenendo, e da alcun tempo: costante potenziamento e espansione della libertà personale (pensando ovviamente alla libertà all'interno di una società aperta). Un potenziamento e una espansione, che, però, dovrebbero attuarsi all'interno di una logica comunitaria, dato che ogni essere umano vive all'interno di un contesto di riferimento: il che non ha nulla di contraddittorio con l'idea di libertà individuale; ovvero, detto con altre parole: proprio affinché la libertà individuale possa proficuamente e beneficamente svilupparsi abbisogna di un contesto comunitario all'interno del quale essa possa svolgersi dialetticamente fino in fondo, così non rinunciando né all'idea di limite, né a quella di competizione; anzi, si può aggiungere che in tal modo il contesto comunitario opera alla stregua di un *tertium comparationis*.

Non sarà un caso, del resto, se, negli ultimi anni e con sempre maggiore insistenza, si registra una reazione anche, o soprattutto, di carattere psicologico contro l'espansione della libertà⁵: ciò non stupi-

⁴ In *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2006, p. 711 ss.

⁵ Indicazioni molto significative (proprio perché critiche) si possono leggere in una recentissima intervista a Alain Ehrenberg, a cura di Francesca Borrelli e ap-

sce, peraltro, perché la pratica della libertà è molto coinvolgente, se non defaticante, innanzitutto sotto il profilo psicologico, e non ogni persona ha la forza psicologica per un pieno esercizio della libertà. Osservazione, quest'ultima, a ben vedere (se mi è consentita una breve divagazione, ma che del resto va al cuore della libertà, e quindi della libertà del volere, ovvero, di una volontà che si fa norma⁶), che si adatta perfettamente, pur in senso critico, a una certa declinazione dell'idea di sovranità del consumatore, che ha una sua indiscutibile valenza politica – da difendere e al limite da potenziare –, ma che può al contempo diventare un'assunzione teorica beffarda, se ad esempio la si cala all'interno di una discutibilissima retorica europea della concorrenza in materia di servizi pubblici essenziali: ambito in cui, invece, il monopolio statale, come la letteratura specialistica di impostazione empirica attesta, è decisivo, nell'interesse del consumatore, perché maggiore è l'efficienza del servizio (il caso della statunitense Amtrak è altamente istruttivo)⁷. Se allora pensiamo al paradigma concorrenziale della sovranità del consumatore ci troviamo di fronte a una libertà, e qui, in particolare, alla libertà di scelta dell'operatore, che ha una componente psicologicamente usurante, la quale va a incidere direttamente sulla portata sociale del benessere individuale⁸. È chiaro – per concludere questa divagazione –, del resto, che la questione teorica sottostante è assai delicata, e vede una netta contrapposizione tra Stati Uniti e Europa intorno a ciò che la concorrenza, nelle due aree indicate, sia o debba essere; a partire dal nome: la statunitense *Antritrust Law* combatte i cartelli tra imprenditori, laddove l'europea *Competition Law* combatte esclusivamente il monopolio,

parsa in *Alias*, domenica 29 settembre 2024: *Alain Ehrenberg, imprenditori del sé, un diktat per la psiche*: <https://ilmanifesto.it/alain-ehrenberg-imprenditori-del-se-un-diktat-per-la-psiche>.

⁶ Cfr. ora infatti T. DALLA MASSARA e G. RAMETTA (a cura di), *Il volere che si fa norma. Quaderno primo – Dialoghi tra giuristi e filosofi*, Bologna, il Mulino, 2024 (in corso di stampa nel momento in cui scrivo).

⁷ R. PIKER, *The Interstate Commerce Act and the Sherman Act: Playing Railroad Tycoon*, in 95 *Marquette Law Review*, 2011, p. 1135 ss.

⁸ In senso assai più ampio e prospettico, molte indicazioni si possono ora rinvenire nel saggio di B. ACKERMAN, *The Postmodern Predicament – Existential Challenges of the Twenty-First Century*, New Haven & London, Yale Univ. Press, 2024.

che agli occhi europei è sempre negativo, contrariamente a quanto accade negli Stati Uniti, ove, in sostanza, è considerato una forma di retribuzione, a fronte dello sforzo e dell'inventiva, e quindi rappresenta un elemento economicamente e socialmente apprezzabile, nella stessa logica che porta a tutelare le opere dell'ingegno.

Ma torno subito a Lipari, e lo faccio aggiungendo la seguente considerazione, che si ricollega al rilievo di cui sopra, in difesa di una espansione della libertà individuale assunta a centralissima fonte del diritto, e comunque a centralissimo fattore di trasformazione ordinamentale: proprio una visione del diritto connotata in termini contestuali e in termini prasseologici dovrebbe apertamente sostenere la concezione di un'autonomia privata tutta proiettata sul versante delle fonti del diritto, appunto perché la libertà individuale, letta rispetto a un contesto globalizzato, produce, nei vari ambiti in cui essa incide (dall'ambito familiare all'ambito contrattuale – il che porta l'attenzione sulla libertà negoziale e sulla volontà negoziale, che oggi paiono conoscere un rinnovato successo non solo concettuale ma operativo, proprio perché il pieno recupero della negozialità è il portato del successo sociale della libertà individuale quale, appunto, fattore trasformativo, tanto sociale quanto giuridico), una serie di regole che poi gli ordinamenti giuridici dovrebbero essere fisiologicamente incentivati ad accogliere al loro interno, appunto nella logica (tra sociologia e dogmatica, tra le quali non ci dovrebbe essere contrapposizione, ma feconda compenetrazione)⁹ del contesto, o dei contesti (posto che globalizzazione non vuole affatto dire distruzione delle peculiarità, in senso ampio, sociali, che ci possono essere e che in effetti ci sono).

3. Orbene, la prospettiva giusmetodologica elaborata e difesa da Nicolò Lipari (ma allora è doveroso richiamare un altro illustre studioso, questa volta non civilista ma teorico del diritto, molto impegnato sul fronte del rinnovamento metodologico: mi riferisco a Francesco Viola; entrambi hanno appunto lavorato, in questi ultimi anni,

⁹ Cfr. quanto sul punto ha delicatamente rilevato P. FEMIA, *Dentro e fuori. La didattica del diritto privato oggi*, in *Accademia*, 2/2023, p. 459 ss., spec. pp. 474-475, circa l'atteggiamento critico di Pietro Perlingieri rispetto al 'dogmatismo sociologico' di Nicolò Lipari.

pressoché all'unisono, per una indispensabile, e auspicabilmente radicale, *renovatio doctrinae*, ovvero della teoria generale del diritto e della teoria generale del contratto) mette, del tutto coerentemente, l'accento sulla politicità (non, ovviamente, sulla politicizzazione, che è parola negativamente connotata e del tutto impropria, almeno in quest'ambito) dell'interprete, in primo luogo del giudice, ma senza dubbio anche del giurista teorico, così come, del resto, del giurista pratico, quando appunto quest'ultimo avverta la propria dimensione politica, ovvero la propria, potenziale, forza trasformativa, in quanto produttore di argomentazioni giuridiche dirette a sostenere la difesa, e quindi la rilevanza giuridica, di determinati interessi.

La politicità dell'interprete va di pari passo con la responsabilità sociale di quest'ultimo, nel senso che la consapevolezza, da parte dell'interprete, di svolgere un ruolo politicamente rilevante, in chiave sociale, lo porta (o lo dovrebbe portare) a una responsabilizzazione, anche qui sociale (nel senso più ampio dell'espressione, ovvero una responsabilizzazione che copre pressoché tutto il campo dell'azione – individuale e sociale), in forza della quale il lavoro dell'interprete ha una diretta incidenza sociale, cioè, s'intende, ha una diretta incidenza socialmente e giuridicamente trasformativa: dunque, una trasformazione giuridica fondata sulla persuasività argomentativa, la quale, a sua volta, è fondata sulla oggettività materiale e spirituale della dimensione sociale, in questo senso cardine ordinamentale, ovvero perno delle relazioni tra i singoli e di ogni consorzio umano.

Una tale impostazione rende ovviamente discutibili tutte quelle prospettive che guardano invece al lavoro del giurista come a una attività strettamente tecnico-applicativa, assiologicamente neutra, o neutrale. Non è così: il che non significa affatto, naturalmente, che il perimetro metodologico e operativo del giurista sia allora quello del soggettivismo assiologico, o, ancor peggio, dell'arbitrio assiologico, e dunque della incontrollabilità della decisione (se si pensa al giudice) o della fantasiosità (nel senso di capricciosità e di bizzarria, non certo nel senso di quella indispensabile fantasia giuridica ancora oggi troppo spesso conculcata¹⁰) della proposta teorica (se si pensa allo studioso).

¹⁰ Cfr. infatti, con nettezza, il seguente rilievo di P. GROSSI, *La fantasia nel diritto*, in *Quad. fiorentini*, XV, 1986, p. 589 ss., a p. 589: «I giuristi non possono

Al contrario, la non neutralità assiologica dell'interprete esprime l'idea (difficilmente negabile, anche se per ragioni giusideologiche può certamente essere contestata e anzi rigettata) che l'interprete è responsabilizzato in quella tanto delicata quanto indispensabile attività intellettuale (e culturale) che esprime il cuore del lavoro giuridico: leggere le regole giuridiche sempre alla luce dei contesti, quindi adeguando le regole ai contesti, e non viceversa (certo, con il limite di una ragionevolezza giuspolitica che, nel tempo presente, coincide con la difesa dello stato di diritto e quindi della società aperta, al di là e oltre ogni schematismo e formalismo giuridici, di ieri e di oggi: come – per rievocare l'aureo principio – non ci sono discipline ma problemi, così non ci sono gabbie concettuali da applicare meccanicisticamente alla realtà, ma c'è una realtà cui offrire una risposta contestualmente adeguata).

4. La nostra dottrina, da questo punto di vista, se guardiamo al passato, ha un sicuro punto di riferimento: penso naturalmente a Tullio Ascarelli, che, in chiave metodologica, era sicuramente un giurista ermeneutico, anche in conseguenza della sua amicizia personale con Josef Esser¹¹.

Condividere l'approccio giusermeneutico significa, detto qui molto in breve, essere giuristi storicisti, e proprio Ascarelli ha sempre fatto professione di storicismo di stampo crociano.

Nel saggio di Lipari, che ho richiamato, in tema di interpretazione e di integrazione del contratto, egli, tra l'altro, si sofferma sulla

permettersi il lusso della fantasia". Ho sempre letto con uno sgomento profondo questa frase del mio vecchio maestro Piero Calamandrei, e volentieri l'ho collocata nell'urna di quel masochistico positivismo giuridico di cui si sono cibati avidamente e si sono saziati soddisfatti i nostri padri; volentieri l'ho sempre letta come il segno d'un territorio irrecuperabilmente passato, al quale mi sento di non appartenere»; passaggio ripreso e adesivamente commentato da P. CAPPELLINI, *Paolo Grossi, il Maestro*, in *I Georgofili*, 2022 (ma 2023), che raccoglie le relazioni della *Giornata di studio: Storia e diritto nell'esperienza dell'Accademia - Ricordo di Paolo Grossi ai Georgofili*, 18 novembre 2022 (Relatori Paolo Cappellini, Giovanni Cazzetta, Alberto Germanò, Antonio Jannarelli, Ferdinando Albisinni, Luigi Costato), p. 432 ss., a p. 434.

¹¹ Attestata in particolare dal carteggio di Ascarelli: qui penso ovviamente allo splendido T. ASCARELLI, *Pensieri e lettere familiari*, a cura di P. Femia, I. Martone e I. Sasso, Napoli, ESI, 2017, p. 135.

sempre (dovunque e ovunque) delicata questione dei criteri di interpretazione del contratto.

Ora, in questo dialogo (ormai, purtroppo, solo retrospettivo) tra Nicolò Lipari e chi scrive, se ci chiediamo come, oggi, il contratto venga interpretato in Italia, io direi che i notissimi criteri legislativi di ermeneutica contrattuale sono applicati dalla giurisprudenza in un modo volto a contemperare due esigenze apparentemente contrapposte: da un lato, la tutela della libertà contrattuale, e quindi dell'autonomia privata; dall'altro lato, la tutela della giustizia contrattuale, il che legittima un intervento giudiziale sul contratto volto a renderlo, se non 'giusto', quantomeno, 'non ingiusto'.

Per un verso, infatti, la giurisprudenza (e dico la giurisprudenza, perché la dottrina ha posizioni senza dubbio più variegate) ribadisce come il perno dell'interpretazione stia nelle parole utilizzate dalle parti nel testo del contratto (e questa linea argomentativa va ovviamente letta nel senso della tutela dell'autonomia privata, che si estrinseca appunto nel testo delle clausole contrattuali); ma, per altro verso, la stessa giurisprudenza è anche attenta al valore della giustizia contrattuale, con, a volte, deviazioni verso l'equità contrattuale, che è necessariamente un'equità contestuale, e dunque, come tale, non necessariamente generalizzabile, nell'ottica del precedente, tanto vincolante quanto persuasivo.

Ciò significa che, in questi casi e per queste esigenze, la giurisprudenza adotta un approccio interventista sul contratto, dunque, appunto, contestualista, onde andare al di là del testo scritto e, anzi, onde evitare che il testo scritto possa rivelarsi uno scudo formalistico in danno della parte più debole. È quindi chiaro che, al centro del rapporto tra interpretazione del contratto nell'ottica dell'autonomia privata e interpretazione del contratto nell'ottica della giustizia contrattuale si staglia, in tutta la sua dialettica problematicità, la relazione, altrettanto dialetticamente problematica, tra testualismo contrattuale, e contestualismo contrattuale.

Questa relazione, anche per quanto ho detto fin qui, è interessante sotto diversi punti di osservazione, e il rapporto tra testo e contesto (naturalmente, rilevante non solo in riferimento al contratto, ma a ogni previsione legislativa) è al centro non solo di ogni riflessione intorno al diritto, ma di ogni riflessione che abbia oggetto un qualunque testo (basti qui ad esempio richiamare una recente raccolta di

saggi di un grande studioso qual è Carlo Ginzburg. Il libro si intitola, richiamando San Paolo, “La lettera uccide”; ma Ginzburg ragiona in una duplice prospettiva: perché, da un lato, effettivamente, la ‘sola’ lettera uccide, ma, dall’altro, la lettera uccide ‘chi la ignora’ – che è poi la questione, ambivalente, al centro di ogni problema ermeneutico, che impone al contempo l’allontanarsi dal testo e il riavvicinarsi al testo)¹².

5. Se allora pensiamo, in particolare, ai criteri codicistici di interpretazione del contratto, ci imbattiamo nella consueta distinzione tra criteri soggettivi e criteri oggettivi: i primi servono appunto a individuare la comune intenzione delle parti e i secondi servono invece a attribuire un significato al contratto, quando il giudice non sia riuscito a accertare la comune intenzione delle parti.

È ovvio che questa distinzione segue da vicino la distinzione tra la prospettiva che valorizza l’autonomia privata e la prospettiva che invece valorizza l’interventismo giudiziario.

Ora, dal punto di vista del testo contrattuale, il perno è l’art. 1362, che ha a oggetto appunto la comune intenzione delle parti.

Questa disposizione merita qualche parola di commento, perché il testualismo contrattuale, da un lato, è in essa accolto, ma, dall’altro, è al tempo stesso respinto, o meglio: potremmo dire che l’art. 1362 individua un testualismo contrattuale da intendersi in senso debole.

La disposizione è composta di due commi: nel primo comma si dice che, nell’interpretare il contratto, si deve andare alla ricerca della comune intenzione delle parti, non limitandosi ad accertare il significato letterale delle parole delle clausole contrattuali.

Ecco allora perché ho parlato di un testualismo contrattuale in senso debole, ovvero, come potremmo anche dire, di un testualismo contrattuale moderato: non nel senso, ovviamente, che il contenuto letterale del contratto non conta, ma nel senso che ci può non essere una perfetta coincidenza tra le parole del contratto e la volontà delle parti (e vedremo tra poco che l’espressione ‘volontà delle parti’ va intesa più in senso economico che non psicologico).

Il secondo comma dell’art. 1362 prevede, infatti, che, per determinare la comune intenzione delle parti, si debba valutare il com-

¹² C. GINZBURG, *La lettera uccide*, Milano, Adelphi, 2021.

portamento complessivo delle parti, quindi il comportamento da esse tenuto anche nella fase successiva al momento della conclusione del contratto – appunto nella fase della esecuzione.

Possiamo allora chiederci: c'è, qui, una opposizione, o almeno una tensione, tra il testo contrattuale e il contesto contrattuale, cioè tra dimensione testuale e dimensione empirica dell'esecuzione? Dico 'dimensione empirica', perché faccio riferimento alle condotte esecutive materialmente tenute dalle parti, appunto al di là del, e al limite anche contro il, contenuto letterale delle clausole del contratto.

La risposta varia a seconda della concezione che si adotti dell'autonomia privata.

In breve, potremmo dire: se si adotta una concezione normativistica dell'autonomia privata, allora il contrasto in effetti c'è, perché una tale concezione ci porta a dire che il contenuto della *lex contractus* sta tutto nelle clausole contrattuali, e dunque nel testo.

Le clausole contrattuali, in questa prospettiva, sono l'autentica fonte del vincolo, e dunque ogni distanziamento da esse esprime un parallelo distanziamento dall'autonomia privata, ed è un avvicinamento alla eteronomia, alla eterointegrazione, e quindi, anche, al governo del giudice sul contratto.

Ma questa non è certamente l'unica lettura possibile del rapporto tra testo contrattuale e contesto contrattuale. Ben si può sostenere, infatti, che, se il fondamento del contratto è indubitabilmente la volontà delle parti (una volontà intesa nella specifica e circoscritta prospettiva della realizzazione del programma economico intorno al quale l'accordo si è realizzato), e, ancora, se tale volontà delle parti non può avere una rilevanza solamente statica (cioè, con riguardo al momento genetico), ma ha necessariamente una rilevanza anche dinamica (cioè, con riguardo al momento funzionale), ecco che, allora, è la stessa volontà delle parti che, onde poter realizzare lo scopo del contratto (ciò che – con una espressione apparentemente tutta modernissima, perché, negli ultimi anni, ha guadagnato il favore della giurisprudenza e della dottrina, ma che, in realtà, era conosciuta benissimo anche in passato – si può definire causa concreta, ovvero, nella logica dell'operazione economica, il programma economico-contrattuale condiviso), deve spontaneamente adattarsi al contesto concreto (tanto endocontrattuale quanto esocontrattuale) che progressivamente emerge, e rispetto al quale le parti non possono re-

stare indifferenti (se non altro, per una ragione economica: l'indifferenza delle parti ai mutamenti contestuali, interni e esterni a un contratto, ha un costo, e tale costo va a incidere sull'intera operazione economica che il contratto esprime, e quindi sulla complessiva efficienza del contratto).

6. Se allora ragioniamo in questa prospettiva, che è appunto, in chiave metodologica, la concezione, per così dire, ermeneutico-contestuale, nella quale pienamente si riconosce Nicolò Lipari, le condotte esecutive delle parti diverse rispetto a quanto espressamente previsto nel testo contrattuale non assurgono necessariamente al rango di fattori di contraddizione o, peggio, di contrasto, del testo contrattuale, ma, al contrario, possono essere necessarie (anzi, indispensabili), proprio per poter rimanere fedeli a una volontà delle parti che, appunto, non va ricondotta alla dimensione psicologica, ma a quella economica.

Orbene, uno dei maggiori temi di discussione, quando si parla di interpretazione del contratto (ma certamente anche della legge) è il famoso principio *in claris non fit interpretatio*: se un testo è chiaro, non è necessario interpretarlo, perché il suo significato è autoevidente¹³.

Nicolò Lipari, nel suo scritto ricordato più sopra, è ovviamente critico rispetto alla forza ermeneutica del testualismo contrattuale, e questa critica è soprattutto svolta a partire dal principio di ragionevolezza ermeneutica. Lo stesso Lipari, infatti, nel 2021, ha redatto la corposa e robusta voce '*Contratto e principio di ragionevolezza*'¹⁴.

Dicono i critici dell'*in claris*: questo principio non è accettabile, perché nasconde qualcosa, e a volte molto, di ciò che il giudice effettivamente fa per poter compiere la complessiva operazione ermeneutica, e, quindi, per arrivare alla conclusione, rispetto al testo contrattuale, di chiarezza/non chiarezza.

Proporrei questo brevissimo commento: in un momento storico in cui, da più parti, si è appunto critici verso il concetto di fattispe-

¹³ In tema v. ora V. VELLUZZI, *Metodologia e diritto civile. Una prospettiva filosofica*, Roma, Carocci, 2023, Cap. 1 («La chiarezza molteplice e l'interpretazione del contratto»), p. 19 ss.

¹⁴ N. LIPARI, *Contratto e principio di ragionevolezza*, in *Enc. dir., I Tematici - I. Contratto*, 2021, p. 356 ss.

cie (e ciò accade in tutti gli ambiti del diritto, non solo nel diritto civile); in un momento in cui l'argomentazione per principi è sempre maggiormente diffusa, credo che ci siano buone ragioni per un recupero, e quindi per una sua difesa, del testualismo contrattuale, e in particolare per un'applicazione del principio *in claris non fit interpretatio*, ma proprio nella chiave di cui al titolo del libro di Carlo Ginzburg, che prima ho citato, ovvero: la lettera uccide e lo spirito vivifica (e noi potremmo allora anche dire: la lettera uccide e il contesto vivifica), sì, ma nel senso che la lettera, appunto, uccide chi la ignora, che è poi un appello, in generale, alla filologia, e, in particolare, nel nostro ambito giuridico, è un appello al costante affinamento delle tecniche argomentative, le quali, però, dal testo devono pur sempre muovere, al limite anche per sconfessarlo, ma solo *ex post*, cioè successivamente a un giudizio interpretativo che, se effettivamente tale, deve prefiggersi di voler capire tutto ciò che sta nel testo e nel contesto contrattuale.

Il testualismo contrattuale, o, se si preferisce, il letteralismo contrattuale, può quindi essere uno strumento di correzione argomentativa, ovvero di correzione prospettica, e quindi di difesa dell'autonomia privata contro quei tentativi di interpretazione del contratto eccessivamente (ovvero, senza buone ragioni ermeneutico-argomentative) sbilanciati sul contesto (classicamente, per mere ragioni di giustizia sostanziale, andando però così contro il programma economico delle parti), e che, in questo modo, dimenticano volutamente (e antifilologicamente) il testo.

Si tratta, evidentemente, di un punto assai delicato (tanto in chiave teorica quanto in chiave applicativa), e quindi cerco di essere il più netto possibile: chi scrive non difende affatto la visione isolazionista del contratto (ovvero, il contratto contro l'ordinamento giuridico); non c'è, infatti, a mio modo di vedere, un contratto, inteso quale ordine giuridico dei privati, separato dall'ordinamento giuridico, inteso quale ordine giuridico statale, come se lo spazio giuridico contrattuale fosse uno spazio di libertà che l'autonomia privata è stata autorizzata ad occupare in grazia di una concessione proveniente dall'ordinamento giuridico, e quindi attraverso un potere delegato.

Questa visione separatista, tra contratto e ordinamento, del resto, è oggi debolissima, e lo è, soprattutto, se pensiamo alla dimen-

sione globalizzata del diritto, che ha in sé, inevitabilmente, una benefica proiezione universalistica. Ecco che, allora, andare alla ricerca dei rigidi confini tra ordini giuridici mi sembra una operazione, ancor prima che sbagliata, fallimentare, innanzitutto dal punto di vista della politica del diritto globale e globalizzato¹⁵, cioè dal punto di vista del fenomeno giuridico per come oggi è transnazionalmente inteso, ovvero un efficacissimo strumento di promozione del benessere, tanto individuale quanto sociale, tanto economico quanto esistenziale.

7. Rifiutandosi la visione isolazionista e separatista del rapporto tra contratto e ordinamento, e, all'opposto, accogliendosi la visione convergente e cooperativa di tale rapporto, il testualismo contrattuale, e dunque l'autonomia privata che prende forma nel regolamento contrattuale, così configurando l'operazione economica, può a tutti gli effetti assumere un ruolo primario, quale fonte del diritto – come si è già accennato più sopra.

Richiamiamo un elementare dato di fatto: il quadro delle fonti del diritto è in costante espansione (anche per ragioni metodologiche: basti pensare al grande successo degli *empirical methods*, soprattutto in ambito statunitense; un approccio empirico al diritto significa che la regola giuridica deve necessariamente tener conto della massa di dati raccolti; dati che, se non altro, esprimono una tendenza, sociale, rispetto alla quale il diritto – inteso come legislazione, giurisdizione, accademia – non può essere indifferente). Conseguentemente, non ci dovrebbero essere particolari difficoltà (per lo meno, se si condivida una sensibilità giusmetodologica all'insegna di quella giusermeneutica contestuale, fondata sulla cooperazione tra sociologica e dogmatica giuridica – ritornandosi, così, a quella seduttiva 'dogmatica sociologicamente orientata')¹⁶ a collocare l'autonomia

¹⁵ Cfr. ora (all'interno di un libro magnifico sotto tutti i punti di vista, e felice sin dal titolo) S. CASSESE, *Varcare le frontiere. Una autobiografia intellettuale*, Milano, Mondadori, 2024, p. 238: «Che cosa si prepara per il giurista del futuro? La risposta è semplice: l'abbandono del nazionalismo giuridico e l'affermazione dell'universalità del diritto».

¹⁶ Cfr. ora M. FÉDOU, *I dogmi* (trad. it.), Brescia, Queriniana, 2024, improntato a un apprezzabile (anche se non dichiarato, e anzi negato: cfr. p. 116) relativismo, come ad esempio si evince leggendo questo rilievo di p. 115 (perfettamente

privata (empiricamente accertabile) all'interno del variegato assetto delle fonti del diritto, e così massimamente valorizzandola, in chiave assiologica, quale principale (perché universale) fattore trasformativo della giuridicità.

8. Qual è, allora, lo specifico punto di ricaduta di questo discorso, rispetto al testualismo e al contestualismo contrattuale?

A mio avviso, il punto di ricaduta è molto netto, ed è che l'autonomia contrattuale (e dunque le parti del contratto, ovvero gli avvocati delle parti), nella fase della negoziazione e poi in quella della esecuzione, devono prendere molto sul serio (al di là dei ben noti costi transattivi) il momento della redazione del testo contrattuale, pensato appunto anche in una prospettiva dinamica, cioè adattativa rispetto ai vari contesti relazionati o relazionabili al contratto. Qui non sto ovviamente pensando alla questione della 'oggettiva' chiarezza del linguaggio (che sarebbe una indebita banalizzazione del problema ermeneutico); molto più semplicemente, sto pensando alla questione della individuazione del programma economico del contratto. Più nettamente: all'esigenza di dar vita a un regolamento contrattuale che faccia emergere con chiarezza il complessivo senso dell'operazione economica: ecco che, allora, a certe condizioni, il testo contrattuale diventa il contesto di sé stesso.

È vero (ne ho appena fatto cenno) che tutto ciò porta a un aumento dei costi di transazione, ma è anche vero che, in assenza di una fase di scrupolosa progettazione e programmazione del regolamento contrattuale (del resto, il contratto in sé è un programma economico, un piano economico di maggiore o minore durata temporale), il contratto risulta depotenziato, ovvero nasce già depotenziato, sia rispetto alla teoria delle fonti, sia rispetto alla possibilità, per l'autonomia privata, di costruire, non solo *ab initio* ma anche progressivamente (per ragioni contestuali, interne o esterne al contratto medesimo), e nel dettaglio, l'operazione economica, consentendo così che da questa costruzione (o progressiva ricostruzione) possano derivare, quando e se opportuni, tutti quegli svolgimenti dell'autono-

declinabile in chiave giuridica, com'è ovvio): «Un primo punto deve essere richiamato: i dogmi, per quanto importanti siano, non sono che un elemento all'interno della tradizione ecclesiale».

mia privata che le parti non hanno previsto (e che, verosimilmente, non avrebbero neppure potuto prevedere – e che comunque non hanno indicato nel regolamento contrattuale), ma che sono argomentativamente riconducibili (nella prospettiva economico-contestuale) al senso, appunto, economico che quella operazione negoziale esprime.

L'operazione economica (intesa, sì, come categoria concettuale, ma con un evidentissimo ancoraggio empirico) assume dunque una basilare portata programmatica, da valorizzarsi proprio nel momento in cui il testo del contratto assuma la veste di fondamento, prima, per gli avvocati, e, poi, per il giudice, di una interpretazione economicamente orientata, che ben può andare oltre il testo del contratto, senza, però, che l'autonomia privata corra alcun rischio di 'espropriazione giudiziale'.

9. Mi sposto ora – avviandomi alla conclusione – sul fronte della giustizia contrattuale e, quindi, sul fronte dell'interventismo giudiziario sul contratto: un interventismo che, a ben vedere, è un concetto con più volti e sfaccettature.

Esiste certamente una versione, per dir così, 'standard' dell'interventismo giudiziale sul contratto: essa collega strettamente tale interventismo alla eteronomia, con l'effetto per cui, da un lato, il giudice supera il testualismo contrattuale, ma, dall'altro lato, l'interpretazione del contratto (anche al di là e contro il testo contrattuale) si muove lungo una strada di una politica del diritto a forte impronta solidaristica.

Questa impostazione, a mio modo di vedere, ha alcuni grossi limiti: il principale, direi, è che essa guarda, come accadeva nel passato, al contratto e all'ordinamento in modo, se non contrapposto, tendenzialmente isolazionista, quasi che il contratto fosse potenzialmente pericoloso alla stessa libertà dei consociati, nel senso di introdurre elementi di perturbamento all'interno dell'ordine giuridico sociale. Ma, a veder bene, questa è esattamente la funzione della libertà individuale, che è sempre (o molto spesso) fonte di novità, e quindi di trasformazione (e, in certa misura, anche di sconvolgimento; gli esempi sono molteplici: basti pensare alle potenzialità – molte ancora inesprese, per una prudenza tutta conservatrice, che impedisce di conoscere, empiricamente, le conseguenze, magari anche fortemente

negative, di determinati fenomeni – dell'autonomia privata nell'ambito familiare e del c.d. biodiritto, e poi nell'ambito della *Law & Technology*).

In questo senso, vorrei dirlo in termini particolarmente incisivi (e, ovviamente, anche altrettanto incisivamente criticabili), l'autonomia privata non è mai conservatrice; l'autonomia privata è sempre progressista, perché sempre tendenzialmente trasformativa della realtà sociale.

Pensare, quindi, al contratto quale regno della libertà, e perciò dell'individualismo, e invece considerare l'ordinamento giuridico dei contemporanei Stati costituzionali di diritto come il luogo di una solidarietà assiologicamente sospettosa dell'autonomia contrattuale, è metodologicamente opinabile, e, nella linea della politica del diritto contrattuale contemporaneo – transnazionale e globalizzato, dunque universale –, è un errore.

Il contratto produce benefici sociali: è strumento di potenziamento sociale; è strumento di emancipazione sociale.

Il che, naturalmente (ho fatto questo rilievo anche più sopra), non significa che il contratto sia un ordine giuridico a sé stante, indipendente dall'ordinamento giuridico; al contrario, significa che il contratto e l'ordinamento giuridico cooperano nella linea di uno sviluppo, in primo luogo, della libertà individuale (certo, una libertà individuale che non può non essere anch'essa contestuale), e dunque della libertà economica, e conseguentemente di tutte le potenzialità economiche insite nella libertà individuale.

Si può aggiungere questa osservazione: proprio perché ci troviamo all'interno di un contemporaneo Stato sociale di diritto si dovrebbe condividere l'idea della progressiva espansione dell'autonomia privata negoziale – e la libertà contrattuale è una componente primaria di siffatta libertà.

In questa prospettiva, allora, è certamente corretto fare riferimento al solidarismo contrattuale e anche all'interventismo giudiziale sul contratto, ma all'interno di una sensibilità politica non ostile all'espansione dell'autonomia privata. Se è questa la lettura del solidarismo contrattuale che si accetta, è evidente che il principale compito ermeneutico del giudice non sarà quello di analizzare il contratto nella prospettiva della forza o della debolezza delle parti (questo, semmai, è il compito del legislatore, che lo svolgerà attraverso

specifici interventi di sostegno in chiave di protezione e di tutela: quegli interventi di sostegno tipici degli Stati sociali di diritto); piuttosto, il giudice, in chiave ermeneutica, dovrà consentire al contratto di realizzare, fino in fondo, lo scopo economico per cui è esso nato, e dunque dovrà (o dovrebbe) favorire l'obiettivo di partenza cui tendeva l'autonomia privata.

Da questo angolo prospettico, allora, io non temo il giudice interventista, e non lo temo per una ragione concettuale e metodologica: non esiste un solo 'idealtipo' di giudice interventista. Esistono, invece, specifiche e diversificate concretizzazioni del giudice interventista, in ragione dello specifico, e diversificato, contesto di riferimento – culturale, sociale, economico, politico, giuridico.

10. Per concludere: nella prospettiva dell'interpretazione del contratto, il testo contrattuale non va visto come necessariamente contrapposto all'interventismo giudiziario, proprio perché l'autonomia privata, oggi, non va vista come necessariamente contrapposta all'eteronomia, e quindi all'ordinamento giuridico.

Ciò che sta fuori dell'ordinamento giuridico, perché sta dentro il contratto, non necessariamente è in opposizione all'ordinamento giuridico, anche quando non abbia trovato (o non abbia ancora trovato) un espresso accoglimento da parte di quest'ultimo.

E se oggi non può più dirsi, come un tempo, che tutto ciò che non è vietato è permesso (se questo fosse vero, non si capirebbe il successo dell'abuso del diritto; non si capirebbe il successo dell'argomentazione fondata sui principi generali; non si capirebbe il successo dell'argomentazione fondata sulla tutela dei diritti fondamentali dell'essere umano), può però invece dirsi che il rapporto tra permesso e vietato, e dunque tra autonomia e eteronomia, può essere letto alla luce del principio di precauzione (se vogliamo usare questa formula ben nota), letto però in chiave liberale.

Ovvero: se non tutto ciò che discende dall'autonomia privata è da approvare automaticamente e meccanicamente, per decidere cosa sia da approvare e cosa sia invece da reprimere è indispensabile, prima di tutto, che l'autonomia privata possa svolgersi ed esprimersi all'interno di uno spazio molto vasto.

Lo spazio dell'autonomia privata contrattuale, potenzialmente, è molto ampio, e questa ampiezza consente appunto di pensare,

oggi, al rapporto tra testualismo interpretativo e interventismo giudiziario in un modo non oppositivo ma cooperativo.

Ecco perché ho cercato di leggere la lezione giusmetodologica di Nicolò Lipari (contestualistica e prasseologica), in qualche misura, contro le intenzioni dello stesso autore, sostenendo così la bontà del ricorso al testualismo contrattuale che, non paradossalmente, diviene però uno strumento che il contestualismo medesimo può mettere a frutto, per allargare gli spazi di operatività dell'autonomia privata.

Il che, forse, fa emergere anche un altro aspetto problematico, per riprendere, così, solo qualcuna delle molte critiche che sono soliti formulare gli 'anti-contestualisti': qual è la fonte di legittimazione dell'interprete, nel momento in cui dichiara di leggere il contesto, e, soprattutto, nel momento in cui l'interprete decida una controversia richiamandosi espressamente al contesto?

Si può rispondere, in prima e provvisoria battuta: la forza del contesto prevale sempre sulla forza del testo, ma il controllo del contesto, e soprattutto la perimetrazione del contesto, si attua sempre passando per il testo – in questo caso il testo contrattuale.

Proprio per evitare che la lettera uccida chi la ignori.

Abstract

Il saggio riprende, in particolare, un contributo di Nicolò Lipari dedicato all'interpretazione e all'integrazione del contratto, per poi svolgere alcune riflessioni intorno alla relazione tra contratto e ordinamento, alla centralità dell'economia del contratto, e all'autonomia privata quale primaria fonte del diritto, o comunque fattore di trasformazione giuridica

The essay considers, in particular, a contribution by Nicolò Lipari dedicated to the contract interpretation and integration, and then carries out some reflections around the relationship between contract and the legal system, the centrality of the economics of the contract, and private autonomy as a primary source of law, or at any rate a factor of legal transformation.

FABRIZIO PIRAINO

I RAPPORTI TRA ADEMPIMENTO IN NATURA ED ESECUZIONE FORZATA IN FORMA SPECIFICA

SOMMARIO: 1. Il problema del ruolo dell'adempimento in natura e del rapporto con il risarcimento del danno. – 2. I principi ispiratori del codice civile del 1942 in materia di inadempimento e di esecuzione forzata in forma specifica. – 3. L'attrazione del problema della tutela in natura dell'obbligazione nel corpo dell'obbligazione: riformulazione del problema in chiave sostanzialistica: l'emersione della portata polarizzante del risultato. – 4. Correlazione tra condanna ed esecuzione.

1. Nell'impianto del codice civile italiano non è dato rinvenire una disciplina organica dei rimedi contro l'inadempimento, analoga a quella introdotta dalla riforma del *Code civil*, contenuta nella sezione cinque del capo quarto del titolo terzo del libro terzo: dall'art. 1217 all'art. 1231-7. L'assenza di una regolazione esplicitamente ordinata impone all'interprete di affinare gli strumenti dell'interpretazione sistematica e, in questa prospettiva, balzano agli occhi alcuni dati di sistema, per così dire, di prima evidenza: una certa disarmonia tra la disciplina generale delle obbligazioni e quella del contratto sulla specifica questione della reazione all'inadempimento; e una predominanza del risarcimento del danno nell'architettura del diritto generale delle obbligazioni. La disarmonia potrebbe apparire stridente confrontando gli artt. 1218 e 1453 c.c.¹: il primo è incentrato sul risarcimento del danno, tanto da suggerire a qualcuno l'idea, destituita però di fondamento, che la conseguenza rimediale unica dell'inadempimento sia il risarcimento, quale effetto di responsabilità; mentre il secondo asse-

¹ Sulla valenza sistematica delle due disposizioni cfr. L. NIVARRA, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Prolegomeni*, Torino, 2018, pp. 85 ss.

gna al risarcimento il ruolo di rimedio complementare della coppia di rimedi primari costituita dall'adempimento in natura e dalla risoluzione. Il meno che si possa sostenere è che il diritto generale delle obbligazioni è depositario della tradizione, mentre la disciplina del contratto, specie le norme sulla risoluzione, è percorsa da elementi di innovazione significativi². E tuttavia una lettura più accorta dell'art. 1218 c.c., fondata sul legame indissolubile con l'art. 1256 c.c., svela che quell'adempimento in natura espressamente menzionato dall'art. 1453 c.c. è, in realtà, presupposto dalla disciplina generale delle obbligazioni. La lettura combinata degli artt. 1218 e 1256 c.c. conduce alla conclusione sistematica che smentisce l'immediata traduzione della prestazione inadempita nell'equivalente monetario. Finché la prestazione è possibile l'obbligazione conserva immutato il suo oggetto e la sua originaria funzione, nonostante l'intervenuto inadempimento, sicché il debitore resta obbligato a prestare o a correggere la prestazione eseguita in maniera inesatta. Intervenuta l'impossibilità, l'obbligazione subisce un mutamento: se il fatto sopravvenuto che ha reso impossibile la prestazione è imputabile al debitore, opera la conversione della prestazione originaria nell'equivalente monetario (il c.d. risarcimento sostitutivo) perché scatta il vincolo di responsabilità iscritto nell'obbligazione; se invece l'impossibilità non è imputabile, l'obbligazione si estingue nella sua interezza, ossia tanto come vincolo originario di dare, fare o non fare quanto come vincolo sussidiario di responsabilità³.

² Non bisogna, però, sopravvalutare il ruolo costruttivo dell'art. 1453 c.c. rispetto all'affermazione dell'adempimento in natura come rimedio generale contro l'inadempimento. Questa è la via invece prescelta dal pur pregevole studio di CH. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, 2008, pp. 45 ss., in quale, tuttavia, nel corso della sua riflessione riconosce che «il precetto di cui all'art. 1218 cod. civ. vada inteso nel senso che il debitore sia obbligato, con forza di legge, ad adempire (esattamente) l'obbligazione e non nel senso che il debitore, *abbia facoltà di adempiere l'obbligazione o di risarcire il danno*» (*ibidem*, 100). Altrettanto traballante sarebbe la fondazione della tutela satisfattiva dei diritti di credito sull'art. 1372 c.c., proposta invece da L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 170 e nt. 16, sul postulato, criticabile, che la disposizione non riguardi la sola efficacia del contratto, decretandone l'impossibilità di scioglimento o di modificazione unilaterali, ma anche gli effetti, in specie quelli obbligatori.

³ Così, S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, pp. 103 ss.; L. MENGONI, *Intervento, in Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, a

L'altra grande questione sollevata dai rapporti tra adempimento in natura e risarcimento del danno riguarda la priorità del primo rispetto al secondo⁴. Sul versante pratico-applicativo, l'interrogativo sulla priorità dell'adempimento in natura si risolve nella necessità o meno di percorrere la via della tutela in natura prima di imboccare quella del risarcimento sostitutivo. Nella letteratura civilistica sono rappresentate entrambe le posizioni: a fronte di chi reputa che il sistema del diritto delle obbligazioni e del contratto non attribuisca al creditore la scelta tra adempimento in natura e risarcimento sostitutivo – essendo ovviamente cumulabile la tutela attuativa con la tutela per equivalente circoscritta ai c.d. danni consequenziali al danno primario da mancato conseguimento del risultato atteso – sicché il risarcimento sostitutivo della prestazione inadempita può essere invocato soltanto quando l'inadempimento divenga definitivo⁵, non

cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, p. 152; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*. Art. 1173-1176, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1988, p. 121; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa, Milano, 2004, p. 20; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, pp. 141 ss.; NIVARRA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 86-87; A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Milano, 2021, pp. 176 ss.; C. RENDINA, *Oggetto dell'obbligazione e tutele del credito*, Torino, 2024, pp. 317 ss.

⁴ Sulla priorità logico-giuridica dell'adempimento in natura sul risarcimento sostitutivo cfr. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 121; ID., *L'innattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, pp. 526 ss.; A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Studi, Napoli, 2003, pp. 189 ss.; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, pp. 23 ss.; M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 23; PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., pp. 87 ss.; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 93 ss.; ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, cit., p. 28; NIVARRA, *I rimedi specifici*, cit., pp. 170 ss.; NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., pp. 175 ss.; T. RUMI, *Il risarcimento del danno e gli altri rimedi*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da S. Mazzamuto, IV, *Le obbligazioni*, t. II, Torino, 2024, p. 174; RENDINA, *Oggetto dell'obbligazione e tutele del credito*, cit., pp. 52 ss. Dubita della fondatezza di tale principio e, in ogni caso, ne esclude l'operatività nel campo dei contratti sinallagmatici M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, pp. 300 ss., in part. 304 ss.

⁵ Cfr. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 108 ss., in part. pp. 137-138; G. GRISI, sub art. 1218 - *Responsabilità del debitore*, in *Comm.*

manca chi, invece, riconosce al creditore la libera scelta tra tutela in natura e tutela risarcitoria⁶. Tale ultima posizione si ispira alla sistemazione che esclude l'applicazione del principio di priorità dell'adempimento in natura nelle obbligazioni nascenti dai contratti con prestazioni corrispettive, sul presupposto che in questo vastissimo ambito il creditore può domandare la risoluzione e il risarcimento del danno da mancata attuazione del rapporto prima che l'inadempimento divenga definitivo per l'impossibilità della prestazione o per il venire meno in termini oggettivi dell'utilità della prestazione⁷. Tali conclusioni poggiano sulla convinzione, contestabile con ottime ragioni⁸, che in sede di risoluzione il risarcimento coincida per ampiezza e funzione con la tutela per equivalente che si potrebbe domandare in sostituzione della tutela in natura, ove non si percorra la via della risoluzione e si preferisca, invece, conservare il vincolo contrattuale⁹.

cod. civ., diretto da E. GABRIELLI, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, artt. 1218-1276, Torino, 2013, pp. 40 ss.; G. AMADIO, *Azione di adempimento e risarcimento in forma specifica*, in ID., *Lezioni di diritto civile*, IV ed., Torino, 2020, p. 78. In tal senso anche A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, pp. 133 ss., con qualche apertura alle valutazioni del creditore, giacché il passaggio dall'adempimento in natura al rimedio del risarcimento sostitutivo è affidata alla nozione di "inadempimento definitivo" (*ibidem*, pp. 136-137). Tali aperture sembrano accentuate in ID., *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *Europa dir. priv.*, 2012, pp. 1160-1161.

⁶ A. NERVI, *Sul c.d. primato dell'adempimento in forma specifica*, in *Europa dir. priv.*, 2019, pp. 944 ss.

⁷ DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., pp. 305 ss.

⁸ Ho cercato di dimostrare che il danno da risoluzione non coincide con il danno da inadempimento, detratto soltanto il valore della prestazione del creditore, in F. PIRAINO, *Danno da risoluzione*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018, pp. 467 ss. e ID., *Il risarcimento sostitutivo tra adempimento in natura e risoluzione del contratto*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2019, pp. 549 ss. Dissente parzialmente G. GRISI, *Responsabilità e risoluzione del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2018, pp. 1129 ss., in part. pp. 1158 ss.

⁹ Non tiene conto di questa cruciale questione sistematica A. NERVI, *Sul c.d. primato dell'adempimento in forma specifica*, cit., pp. 948 ss. Profilo invece preso in

2. Oltre a un dato normativo non docilmente riconducibile a sistema¹⁰, gli altri elementi che hanno ostacolato il riconoscimento al c.d. adempimento in natura del ruolo di rimedio generale e prioritario contro l'inadempimento sono, in parte, di ordine ideale e, in parte, legati al rapporto, e all'influenza reciproca, tra diritto sostanziale e diritto processuale¹¹.

a) L'influenza delle istanze liberali più radicali che hanno esaltato il principio *nemo praecise cogi potest ad factum*¹², il quale preclude al creditore insoddisfatto di ottenere l'oggetto specifico del proprio diritto quanto la prestazione consiste in un *merum factum* essenzialmente personale del debitore¹³.

adeguata considerazione da RUMI, *Il risarcimento del danno e gli altri rimedi*, cit., p. 174.

¹⁰ Una riepilogazione del dibattito sul fondamento dell'adempimento in natura e sul rapporto con la misura risarcitoria è offerta da RUMI, *Il risarcimento del danno e gli altri rimedi*, cit., pp. 125 ss.

¹¹ Sul punto cfr. il pregevole saggio di A. CHIZZINI, *Tra azione di adempimento ed esecuzione in forma specifica*, in *I rimedi contrattuali tra autonomia privata e processo civile*, a cura di M. Maggiolo, in corso di pubblicazione, pp. 219 ss., che fa pendant al presente studio e dove si analizza approfonditamente il rapporto tra diritto sostanziale e processo nell'ottica della reciproca influenza dell'adempimento in natura e dell'esecuzione in forma specifica. Più nel dettaglio, C. si sofferma sul processo di *Materialisierung des Zivilprozessrechts*, caratterizzato dal trasferimento nel diritto processuale di valori affermatasi sul piano del diritto sostanziale.

¹² Secondo una lettura, il principio è stato formulato nei termini divenuti noti per la prima volta alla fine del XVI sec. da Antoine Favre, barone di Pérouges, (1557-1624), Primo Presidente del Senato della Savoia e autore del *Codex Fabricianus definitionum forensium* (1609), ossia di una raccolta di sentenze del Senato di Savoia commentate ed organizzate sul modello del Codice giustiniano. La massima che la formula "*nemo praecise cogi potest ad factum*" scolpisce non proviene dal diritto romano, ma dai glossatori, che pare abbiano ricavato tale contenuto da un'erronea interpretazione di un passo del Digesto.

¹³ Un principio che forse troppo enfaticamente è stato considerato consacrato nell'art. 1142 *Code civil*, ovviamente nella formulazione originaria, quasi ridimensionante gli artt. 1143 e 1144 *Code civil*, che invece sancivano il potere di autoesecuzione in forma specifica in capo al creditore. Tanto è vero che l'autorevolissima opinione di F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, trad. it., vol. XVI, Napoli-Roma-Milano, 1881, p. 188 evidenziava che la tutela risarcitoria in funzione sostitutiva dell'adempimento operava soltanto per le obbligazioni con prestazioni infungibili o, comunque, non direttamente eseguibili, il che non riguarda soltanto le obbligazioni di *facere* ma anche quelle di *dare*, quando il bene dovuto viene distrutto o nascosto.

b) La tradizione panrisarcitoria del diritto romano, non scalfita dal riconoscimento della tutela *in ipsam rem* pur affermata in età postclassica¹⁴.

c) Le concezioni del rapporto tra diritto sostanziale e diritto processuale. Un peso ha forse esercitato la convinzione, forte ad esempio in Carnelutti sulla scia di Adolf Wach¹⁵, che la pretesa alla tutela giuridica non sia inclusa nella pretesa materiale nei confronti del debitore e ad essa non si contrapponga, infatti, l'obbligo di quest'ultimo ma la sua soggezione, giacché il debitore può certamente far diventare inutile la pretesa alla tutela ma non soddisfarla, poiché essa è diretta a un atto dello Stato¹⁶. Ne discende che il sistema processuale compie precise scelte di tecnica procedimentale, che esprimono preferenze valoriali e che possono comportare limiti al sistema delle tutele processuali che non trovano corrispondenza nella disciplina della posizione sostanziale da tutelare¹⁷. Tali limiti si riflettono sull'ampiezza della situazione soggettiva, la quale è tale in quanto può trovare pratica attuazione mediante il processo¹⁸. Va segnalato che in senso opposto opera il criterio direttivo – il principio si potrebbe dire – impartito da Chiovenda «il processo deve dare per

¹⁴ Sul punto si sofferma ampiamente CHIZZINI, *Tra azione di adempimento ed esecuzione in forma specifica*, cit., pp. 231 ss., richiamando, tra gli altri, P. VOCI, *Esecuzione forzata (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, CX, Milano, 1966, pp. 422 ss.

¹⁵ A. WACH, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, vol. I, Leipzig, 1885, § 9 pp. 118 ss.

¹⁶ F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1927, pp. 221 ss. ora in *Diritto sostanziale e processo* - E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione e Francesco Carnelutti, Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, a cura di A. Proto Pisani, Milano, 2006, pp. 203 ss., in part. p. 212, da cui le successive citazioni.

¹⁷ A. CHIZZINI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, Art. 2907, in *Il Codice Civile. Comm.* fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2018, p. 685.

¹⁸ CHIZZINI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 686, il quale sostiene la prevalenza del diritto processuale rispetto a quello sostanziale: «il diritto soggettivo, nel suo precipuo contenuto, potrà avere piena tutela nell'ordinamento e realizzarsi, avere soddisfacimento nella sua materiale pregnanza, nei limiti in cui operano i mezzi del processo esecutivo».

quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»¹⁹, per lo meno nella valorizzazione che, nello specifico ambito della tutela satisfattiva dell'obbligazione, ne ha fatta Andrea Proto Pisani²⁰. Meno influente sul tema che ci occupa è stato l'inquadramento di gran lunga prevalente – ma oggettivamente ambiguo²¹ – delle norme processuali nel genere delle norme strumentali, il quale nasce dalla presa d'atto che le norme processuali non sedano un conflitto di interessi, già composto infatti dalla norma materiale, mirando piuttosto all'attuazione di quest'ultima sotto la forma dell'accertamento giudiziale e della esecuzione forzata. Questa prospettiva trascura, infatti, l'autonomia del processo rispetto al diritto sostanziale, la quale si traduce nel fatto che il processo si svolge indipendentemente dall'esistenza o meno

¹⁹ G. CHIOVENDA, *Della azione nascente da contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, I, Roma, 1930, pp. 110-111, il quale prosegue affermando che «il processo come organismo pubblico di attuazione della legge è per sé stesso la fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione d'una volontà di legge». A tal riguardo, CHIZZINI, *Tra azione di adempimento ed esecuzione in forma specifica*, cit., p. 274 precisa che la massima chiovendiana è frutto della rielaborazione di una nota asserzione di ADOLF WACH, *Der Feststellungsanspruch*. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, Leipzig, 16, secondo cui il diritto sostanziale, al quale spetta di regolare i rapporti giuridici tra i consociati, deve potersi poi conseguire tramite il processo, perché lo vuole la legge e come lo vuole la legge.

²⁰ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 1104 ss. e in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, III, Milano, 1979, pp. 1667 ss.; ID., *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, pp. 127 ss.; ID., *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Foro it.*, 1988, V, pp. 177 ss. e in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, I, Napoli, 1989, pp. 39 ss.; ID., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2002, V, pp. 165 ss.: studi ora ripubblicati in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Studi, Napoli, 2003, rispettivamente pp. 75 ss., 157 ss., 167 ss., 183 ss. Ridimensiona il ruolo del principio chiovendiano del “tutto quello e proprio quello”. CHIZZINI, *Tra azione di adempimento ed esecuzione in forma specifica*, cit., p. 224, sottolineando che spetta alla norma sostanziale, e non a quella processuale, attribuire all'avente diritto la possibilità di compiere una scelta tra tutela in natura e tutela per equivalente, con la conseguenza che «in astratto non può dirsi che una sistema processuale sia più o meno efficiente, in quanto lasci più o meno spazi alla tutela specifica».

²¹ CHIZZINI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 20.

del rapporto materiale sottostante dedotto dall'attore. E d'altro canto la funzione del processo non si esaurisce nel costringere l'obbligato a prestare ciò che deve, ossia non è soltanto strumento di coazione, ma abbraccia anche l'istituzione della certezza giuridica nei rapporti, la conservazione dello stato di fatto corrispondente a una determinata pretesa e la modifica dei rapporti giuridici²².

d) L'idea radicata dalla correlazione tra tutela di condanna ed esecuzione forzata²³ ha giocato un ruolo centrale nel dibattito secondo-novecentesco sull'adempimento in natura. Tale principio postula che la tutela di condanna possa operare soltanto se le situazioni soggettive tutelate trovino poi pratica attuazione in sede esecutiva, sul presupposto che la condanna miri allo specifico e peculiare effetto di costituire il titolo esecutivo²⁴, il che pone un implicito limite all'ambito di applicazione della tutela di condanna. Questo argomento può essere analizzato sia con specifico riguardo alla portata della tutela condannatoria, su cui si farà qualche breve considerazione nel prosieguo, sia in chiave storica e con particolare riferimento ai rapporti tra diritto sostanziale e processo. Sotto quest'ultimo profilo, non si può certo dire che la giurisdizionalizzazione dell'attuazione coattiva delle obbligazioni abbia giovato all'affermazione della tutela satisfattiva. Il monopolio statale della tutela forzata dei diritti, attuato con il codice civile del 1942 affidando la potestà esecutiva all'esclusivo intervento sostitutivo dell'ufficio giudiziario, ha favorito la sovrapposizione del piano della tutela di condanna, che attiene alla fase di cognizione, al piano della realizzazione coattiva, affidata interamente alla fase dell'esecuzione. Sotto il codice civile e il codice di procedura civile del 1865, al creditore era infatti riconosciuto il potere, sotto controllo dell'autorità giudiziaria, di effettuare egli stesso, a spese del debitore, la prestazione di fare inadempita, o

²² G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, pp. 41 ss.

²³ A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, pp. 10 ss.; L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, pp. 5 ss.; C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, pp. 1342 ss.

²⁴ Su questa posizione si orienta CHIZZINI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., pp. 685 ss.

di farla eseguire a terzi, sempre a carico del debitore (art. 1220 c.c. 1865) e di distruggere quanto era stato effettuato in violazione di un'obbligazione di non fare, anche in questo caso a spese del debitore (art. 1222 c.c. 1865)²⁵. Tali poteri di auto-soddisfacimento sotto controllo giudiziario erano proiezione del diritto di credito rimasto inadempito, si abbinavano alla tutela di condanna all'adempimento ed erano collocati, quindi, sul terreno della tutela erogata in sede di cognizione, piuttosto che, come è accaduto con l'introduzione degli artt. 2930-2933 c.c., sul terreno delle modalità di attuazione dell'obbligo scaturito dalla violazione del diritto primario, ossia dell'esecuzione forzata²⁶. Tanto è vero che uno dei primi civilisti italiani apertamente favorevoli al riconoscimento della tutela in natura del creditore, vale a dire Vittorio Polacco, valorizzava in tal senso proprio gli artt. 1220 e 1222 c.c. 1865, giungendo a riconoscere la naturale vocazione dell'obbligazione a far conseguire al creditore l'utilità finale attesa²⁷. E a tale conclusione Polacco giungeva a dispetto di un qua-

²⁵ L'art. 1220 c.c. 1865 prevedeva che «non essendo adempiuta l'obbligazione di fare, il creditore può essere autorizzato a farla adempiere egli stesso a spese del debitore». L'art. 1222 c.c. 1865 estendeva la medesima misura alle obbligazioni negative: «Il creditore può domandare che sia distrutto ciò che si è fatto in contravvenzione all'obbligazione di non fare, e può essere autorizzato a distruggerlo a spese del debitore, salvo il risarcimento de' danni». Entrambe le disposizioni, ma soprattutto la seconda, sono esaminate nell'insuperato studio di L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa (contributo alla teoria delle obbligazioni)*, Napoli, 1931, rist. anast., Napoli, 1978, parte II, pp. 190 ss.

²⁶ Cfr. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., pp. 24-25.

²⁷ V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*², Roma, 1915, rist. anast., Napoli, 2022, pp. 559 ss.: «basta riandare le cose esposte nella prima parte del presente volume perché s'abbia a dire che a rigore di termini non si ha più adempimento in natura tutte le volte che il debitore persista a non effettuare la prestazione, ancorché la risultanza economica finale la si ottenga *in executivis* proprio tal quale si sarebbe avuta dal fatto [od omissione] di lui debitore e non già trasformata in equivalente. Questo come corollario della *obligationum substantia* quale ci è presentata nella notissima l. 3 pr., D. *de obl. et act.* 44. 7 di Paolo e dell'incoercibilità della prestazione come atto di volontà personale. Senonché dalla pura teoria scendendo alla realtà pratica, giustamente si considera che anche allora sia il caso di parlare di adempimento ottenuto *in forma specifica*, per contrapposto a tutti quegli altri casi nei quali viene *in executivis* a trasformarsi quello che altra volta abbiamo qualificato il *contenuto della prestazione* o in altri termini l'*oggetto mediato*». Sul contributo notevolissimo di Polacco al diritto delle obbligazioni contempora-

dro normativo piuttosto lacunoso e disomogeneo, in cui la tutela esecutiva in senso proprio veniva a sovrapporsi all'autotutela conseguibile in sede di cognizione: gli artt. 741-749 c.p.c. 1865 disciplinavano l'esecuzione forzata per consegna di beni mobili e per rilascio di beni immobili, l'art. 68 cod. comm. 1882 contemplava la forma di auto-esecuzione in forma specifica della vendita e compera in danno, applicabile alle sole vendite commerciali²⁸; e, infine, i già ricordati artt. 1220 e 1222 c.c. 1865 estendevano l'esecuzione specifica in autotutela alle obbligazioni di fare e di non fare. Ancora in sede di progetto ministeriale al Libro delle obbligazioni la via privilegiata era quella del riconoscimento al creditore di poteri di auto-soddisfacimento a corredo della tutela di condanna all'adempimento: l'art. 113 prevedeva che nelle obbligazioni di dare una cosa determinata, mobile o immobile, il creditore avrebbe potuto reagire all'inadempimento chiedendo il rilascio coattivo della cosa dovuta; l'art. 114 generalizzava quanto previsto dall'art. 68 cod. comm. 1882, prevedendo che, in caso di inadempimento di un'obbligazione di consegnare cose fungibili aventi un prezzo di mercato, il creditore avrebbe potuto comprare a spese del debitore i beni dovuti per il tramite di un pubblico ufficiale autorizzato; l'art. 115 riconosceva al creditore insoddisfatto di un'obbligazione di fare la possibilità di chiedere al giudice l'autorizzazione a eseguire egli stesso l'opera, o a farla eseguire da un terzo, a spese del debitore, mentre l'art. 116 il potere di farsi autorizzare a distruggere ciò che era stato realizzazione in violazione di

neo v. il volume di S. MAZZAMUTO, A. NICOLUSSI e F. PIRAINO, *Vittorio Polacco*, Napoli, 2023, *passim*.

²⁸ L'art. 68 cod. comm. stabiliva che «se il compratore di cosa mobile non adempie la sua obbligazione, il venditore ha facoltà di depositare la cosa venduta in un luogo di pubblico deposito, o, in mancanza, presso un'accreditata casa di commercio per conto e a spese del compratore, ovvero di farla vendere. La vendita è fatta al pubblico incanto, o anche al prezzo corrente, se la cosa ha un prezzo di borsa o di mercato, col mezzo di un pubblico ufficiale autorizzato a tale specie di atti, salvo al venditore il diritto al pagamento della differenza tra il prezzo ricavato e il prezzo convenuto, e al risarcimento dei danni. Se l'inadempimento ha luogo da parte del venditore, il compratore ha diritto di far comprare la cosa, col mezzo di un pubblico ufficiale autorizzato a tale specie di atti, per conto e a spese del venditore e di essere risarcito dei danni. Il contraente che usa delle facoltà suddette, deve in ogni caso darne notizia all'altro contraente».

un'obbligazione di non fare. Osserva al riguardo Ilaria Pagni che «nel passaggio da un libro all'altro [ossia dal Libro delle obbligazioni a quello della tutela: *n.d.a.*] quelle norme trasformano la previsione di un potere di parte in capo al creditore, sotto controllo dell'autorità giudiziaria, nella previsione di un intervento surrogatorio dell'ufficio esecutivo». La trasmutazione da potere di parte in ufficio del giudice ha determinato quella sovrapposizione del piano della tutela di condanna all'adempimento e dell'esecuzione forzata che ha caratterizzato la riflessione scientifica fino alla fine degli anni '70 e i primi anni '80 del secolo scorso, quando gli studi di alcuni civilisti²⁹ e processualcivilisti³⁰ all'avanguardia distinsero nuovamente i piani e sottoposero l'adempimento in natura a strutturazione dogmatica.

Non può allora stupire se il primo autorevolissimo tentativo di estendere ai diritti di credito la tutela in natura sotto il vigore del nuovo codice civile, vale a dire il noto studio di Michele Giorgianni³¹, abbia fatto perno proprio sull'importanza degli artt. 2930 ss. c.c. e sul loro ruolo di apertura alla tutela satisfattiva dei diritti di

²⁹ MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., pp. 119 ss.; ID., *L'esecuzione forzata*², in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 20, *Tutela dei diritti*, t. 2, Torino, 1998, pp. 303 ss.; ID., *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 513 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*², Milano, 2003, 279 ss., ma il nucleo di questo fondamentale studio è il testo 1982 che raccoglie un corso universitario; ID., *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 103-104 e nt. 4; ID., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 123 ss.; ID., *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *Europa dir. priv.*, 2012, pp. 1151-1152; MENGONI, *Intervento*, cit., 151 ss. C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, cit., 492 ss.; ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, pp. 925 ss.; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Art. 1453-1454, Bologna-Roma, 1990, 10, pp. 32 ss.; ID., *La vendita*², in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni e P. Schlesinger, Milano, 2022, pp. 547 ss.

³⁰ A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, pp. 127 ss., ora in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., pp. 157 ss.

³¹ M. GIORGIANNI, *Tutela del creditore e tutela "reale"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, pp. 853 ss.

credito che tali disposizioni hanno fatto registrare rispetto al codice civile del 1865. Come si è visto, l'affermazione è confutabile in chiave storica, anche perché l'attuale art. 1218 c.c. presenta un contenuto meno ampio³² dell'art. 1218 c.c. 1865³³, e l'evoluzione del dibattito, sia precedente sia in parte successiva, ha dimostrato che il perimetro della tutela in natura delle obbligazioni è stato a lungo circoscritto proprio dal connubio con la tutela esecutiva diretta³⁴. Si è assistito, infatti, a una sorta di tipizzazione di riflesso, giacché la tipicità tradizionalmente affermata³⁵ delle forme dell'esecuzione forzata in forma specifica si è ripercossa sulla fase di cognizione, portando a una tipizzazione della tutela di condanna all'adempimento, che ha finito per ricalcare il sistema romano delle *actiones*.

e) A tale convincimento si affianca la correlazione sistematica tra gli artt. 1218 e 2740 c.c., che è divenuta talmente stretta da corroborare la convinzione che il risarcimento del danno rappresenti il rimedio elettivo contro l'inadempimento dell'obbligazione perché quello che, nella maniera più compiuta, attua il vincolo di rispon-

³² Cfr. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., pp. 157 ss.; MENGONI, *Intervento*, cit., p. 151.

³³ L'art. 1218 c.c. 1865 stabiliva che «Chi ha contratto una obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento del danno». L'art. 1218 vigente elimina il riferimento espresso all'adempimento, concentrandosi sull'inadempimento e sull'obbligazione risarcitoria, e infatti esso pare trasporre l'art. 1225 c.c. 1865 che, infatti, prevedeva che «Il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni, tanto per l'inadempimento dell'obbligazione quanto per il ritardo, ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da causa estranea a lui non imputabile, ancorché non sia per sua parte intervenuta mala fede». Cfr. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., pp. 22 ss.

³⁴ Osserva correttamente PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 17 che «richiamare [...] l'importanza degli artt. 2930-2933 per individuare nell'art. 1218 cod. civ. il diritto di conseguire il bene oggetto dell'obbligazione anziché il surrogato rappresentato dal risarcimento del danno, non vale a raggiungere il risultato che si vuole ottenere. Al contrario, per tale via si lega troppo strettamente l'esistenza di tale diritto alla circostanza che delle norme dell'esecuzione specifica si neghi o si affermi la tipicità, e si includano o meno i diritti di credito nell'ambito di applicazione di quelle disposizioni».

³⁵ L. MONTESANO, *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, pp. 526 ss., in part. pp. 540 ss.

denza del patrimonio del debitore, indicato con la formula fortunata quanto imprecisa di “responsabilità patrimoniale”³⁶.

3. L'adempimento in natura è iscritto nella struttura e nella funzione dell'obbligazione e la sua affermazione come rimedio prioritario rappresenta il naturale sviluppo dell'evoluzione del concetto di obbligazione come vincolo giuridico di carattere personale orientato sul risultato atteso, coincidente con l'utilità volta a realizzare l'interesse del creditore³⁷. In tal modo, l'obbligazione assume la netta fisionomia di strumento giuridico di attribuzione della ricchezza o di appagamento di interessi personalistici. L'orientamento al risultato non ridimensiona in alcun modo il ruolo della condotta debitoria, per lo meno in fase di spontanea attuazione del rapporto obbligatorio, nonostante la portata polarizzante del risultato attestata anche dall'istituto dell'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.). E tuttavia la *vis attractiva* del risultato ha consentito di superare il pregiudizio ideologico nel *nemo praecise cogi potest ad factum*, legato non soltanto all'intrinseca incoercibilità della prestazione in sé, ma anche ad alcuni eccessi del liberismo che istituirono il connubio tra rispetto della dignità del debitore e riconoscimento al debitore dell'alternativa tra adempiere e risarcire. È così divenuto possibile immaginare che la tutela dell'obbligazione possa essere affidata, in termini generali, alla realizzazione per surrogazione del risultato atteso, ossia mediante mezzi diversi dalla prestazione³⁸. La forza centripeta del risul-

³⁶ In tal senso v. G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, III, Milano, 1979, pp. 2286 ss.; nonché in *Riv. dir. comm.*, 1977, pp. 63 ss., il quale reputa che la garanzia patrimoniale rappresenti un elemento di struttura costante in ogni obbligazione, perché puntello della sua natura vincolante, e ciò preclude a qualsiasi distinzione all'interno della categoria delle obbligazioni tra vincoli soggetti ad esecuzione in forma specifica, al pari dei diritti reali, e vincoli soggetti invece all'esecuzione per espropriazione.

³⁷ Concorda su questa linea di sviluppo storico dell'obbligazione e delle correlative forme di tutela e sulla giustificazione dogmatica della tutela in natura CHIZZINI, *Tra azione di adempimento ed esecuzione in forma specifica*, cit., p. 243.

³⁸ L. MENGONI, *Inadempimento delle obbligazioni. Rassegna critica di giurisprudenza (1934-1946)*, in *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo - A. Albanese - A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 4.

tato fa emergere, peraltro, l'attitudine non pienamente soddisfattiva del risarcimento del danno, non in grado di soddisfare l'interesse primario del creditore, a differenza dell'adempimento in natura che, invece, conferisce al creditore la specifica utilità attesa. È in questa chiave che va letta la priorità dell'adempimento in natura rispetto al risarcimento sostitutivo, che è priorità funzionale prima ancora che logica o assiologica. Una priorità è anche temporale in quanto la tutela in natura precede l'insorgere del danno, atteggiandosi come reazione all'inadempimento in sé³⁹ all'interno della conformazione originaria dell'obbligazione, piuttosto che come effetto di responsabilità che presuppone il verificarsi di un danno. La predominanza del risultato ha consentito di attenuare la distanza dai diritti reali e dalle altre forme giuridiche dell'appartenenza (v. proprietà intellettuale), tradizionalmente concepite come situazioni soggettive finali, e di sottoporre l'obbligazione a una riconcettualizzazione che ha superato l'inquadramento settario come situazione strumentale⁴⁰ a favore della concezione come forma di attribuzione mediata, dalla quale consegue che l'oggetto del diritto di credito non è la mera aspettativa di un bene, che solo con l'adempimento si consegue, propiziando così la costituzione di un diritto diverso da quello obbligatorio⁴¹, ma proprio il "bene" dovuto. Che si tratti di una vera attribuzione a me pare indubitabile, ma ciò non autorizza massimaliste equiparazioni alla proprietà e alle altre situazioni dominicali, come di recente è stato sostenuto⁴² sull'onda dell'indiscutibile finanziarizzazione dell'economia che ha comportato una sorta di reificazione del credito, perché in tal modo viene obliterato il carattere mediato del conferi-

³⁹ In tal senso v. AMADIO, *Azione di adempimento e risarcimento in forma specifica*, cit., pp. 85-86.

⁴⁰ S. SATTA, *L'esecuzione forzata*⁴, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1963, pp. 5 ss. *Contra* v. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., pp. 102 ss.

⁴¹ SATTA, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁴² L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2019, pp. 1 ss.; V. CONFORTINI, *Primato del credito, Responsabilità patrimoniale ed espropriazione privata nell'economia del debito*, Napoli, 2020, pp. 33 ss., in part. 84 ss.

mento, che è attribuzione ma non ancora appartenenza⁴³. E soprattutto così il giurista rischia di rendersi partecipe di operazioni di occultamento delle differenze, propugnate dai centri di interesse economico, legittimando l'equiparazione di forme di attribuzione caratterizzate da rischi incomparabili, quali sono la proprietà e il credito.

Una conferma particolarmente eloquente della connotazione in senso teleologico dell'obbligazione è offerta proprio dal sistema dei rimedi e, in particolare, da una delle più significative innovazioni sul fronte delle tutele apportate dal codice civile del 1942. Introducendo la tutela costitutiva contro l'inadempimento dell'obbligo di contrarre, l'art. 2932 c.c. ha accolto gli auspici di Chiovenda, fondati sulla convinzione della fungibilità giuridica del consenso non raggiunto, in quanto mero mezzo per il conseguimento del risultato costituito dagli effetti finali del contratto non concluso, i quali ben possono essere prodotti dalla sentenza che tenga luogo del contratto⁴⁴. Ed è particolarmente significativo che l'art. 2932 c.c. venga introdotto nel nuovo codice, così riconoscendo un rimedio che accorpa la tutela in natura e quella esecutiva in conformità alla natura auto-esecutiva della tutela costitutiva, nonostante la dottrina e la giurisprudenza di gran lunga maggioritarie sino allo spirare del codice civile del 1865⁴⁵ fossero saldamente orientate a riconoscere la sola tutela risarcitoria in caso di inadempimento dell'obbligo a contrarre, proprio in ragione della ritenuta impossibilità di surrogare il consenso delle parti, indispensabile per pervenire al contratto definitivo⁴⁶, giacché

⁴³ Nello stesso ordine di idee si colloca RUMI, *Il risarcimento del danno e gli altri rimedi*, cit., pp. 139 ss.

⁴⁴ CHIOVENDA, *Della azione nascente da contratto preliminare*, cit., p. 96 in sede di commento della sentenza della Corte di Cassazione di Roma 20 maggio 1910, *Fasce* (avv. V.E. Orlando) c. *Fornari* (avv. P. Grippo), estensore Gabriele Faggella, la quale aveva riconosciuto l'esecuzione specifica del contratto preliminare, come ribadito dall'estensore in sede di commento: G. FAGGELLA, *L'autonomia della volontà dei negozi giuridici bilaterali e la coazione giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, pp. 851 ss.

⁴⁵ Per un quadro cfr. N. RESTAINO, *L'esecuzione coattiva in forma specifica*, Roma, 1948, pp. 96 ss.

⁴⁶ E. GIANTURCO, *Contratti speciali*, II, *La compravendita*, Napoli, 1905, 33; L. TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffio e C. Vivante, Torino, 1925, p. 41; POLACCO, *Le obbligazioni*

l'oggetto del contratto preliminare non erano considerati gli effetti finali divisati ma la conclusione stessa del contratto definitivo⁴⁷.

La lettura tradizionale assegna all'art. 1174 c.c. una portata decisiva nell'individuazione del risarcimento come rimedio prioritario contro l'inadempimento dell'obbligazione e nell'esecuzione forzata per espropriazione la forma elettiva di attuazione coattiva⁴⁸. Secondo la lettura più radicata l'art. 1174 c.c. consacra il testo di Ulpiano, il quale cita un responso di Ottaviano, giurista vissuto tra il primo e il secondo secolo d.C. "*ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*" (D. 40.7.9.2). Addirittura il requisito della patrimonialità viene concepito come condizione necessaria proprio per consentire l'esecuzione forzata sul patrimonio del debitore. E in tal senso si esprime la Relazione al codice civile⁴⁹ la quale collega alla patrimonialità la possibilità di attuare in concreto la coazione giuridica predisposta dall'ordinamento in caso di inadempimento⁵⁰. Sulla base del collegamento sistematico tra gli artt. 1174, 1218 e 2740 c.c. si perviene alla conclusione che è la struttura stessa dell'obbligazione a decretare la conversione della prestazione infungibile nell'equivalente monetario, a titolo di risarcimento, e dunque a fissare il limite dell'adempimento in natura, quasi a mo' di riflesso tanto dell'oggetto e delle caratteristiche sostanziali dell'obbligazione quanto dei limiti intrinseci dell'esecuzione forzata in forma specifica⁵¹. L'argomento è fragile perché anche in assenza di intrinseca patrimonialità, o di patrimonialità convenzionale, il risarcimento del danno è praticabile, come dimostra la parabola del danno non patrimoniale⁵², sicché si

nel diritto civile italiano, cit., p. 573; F. DEgni, *La compravendita*, Padova, 1939, p. 20; G. ARE, *L'obbligazione e la sua esecuzione coattiva*, Roma, 1928, n. 55; M. STOLFI, *L'obbligo legale a contrarre*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, I, p. 132; A. DE GREGORIO, *Vendita*, in *Nuovo Dig. it.*, XII, Torino, 1940, pp. 880 ss.; I. MOSCHELLA, *Contratti preliminari*, in *Nuovo Dig. it.*, IV, Torino, 1938, p. 21.

⁴⁷ Restaino, *L'esecuzione coattiva in forma specifica*, cit., p. 97.

⁴⁸ Cfr. CHIZZINI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., pp. 695 ss.

⁴⁹ Relazione al codice civile, n. 557.

⁵⁰ Cfr. G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione: valore normativo dell'art. 1174 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, pp. 197 ss., in part. pp. 227 ss.

⁵¹ CHIZZINI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 697.

⁵² Lo segnala opportunamente NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., p. 31.

non può sostenere che la patrimonialità sia preconditione della coattività della norma violata, tramite il ricorso al rimedio per equivalente e alla successiva esecuzione forzata per espropriazione⁵³.

Va segnalato, tuttavia, che il requisito della patrimonialità della prestazione di cui all'art. 1174 c.c. è stato sottoposto a una rilettura che ne rilancia il ruolo non soltanto di presupposto indefettibile della coattività del vincolo obbligatorio, ossia della sua "sanzionabilità", ma anche di vero e proprio tratto identificativo, di natura tipologica, dell'obbligazione rispetto agli altri obblighi, specie quelli di natura più squisitamente personale (obblighi familiari). La patrimonialità della prestazione esprime, infatti, il necessario rapporto di commisurazione economica tra la condotta, commissiva o omissiva, del debitore strumentale alla realizzazione dell'interesse del creditore e l'utilità finale, patrimoniale e non patrimoniale, volta a tale soddisfazione: in altri termini, la patrimonialità è funzionale a istituire il rapporto economico tra mezzi e risultato all'interno del rapporto obbligatorio. Inoltre il requisito della patrimonialità esprime il carattere della disponibilità della prestazione da parte del debitore, tenuto contro che in molti casi il vincolo obbligatorio ha ad oggetto l'esplorazione di energie personali e ciò solleva, dunque, il problema di quali attività personali siano commerciabili e quali no e della preservazione della dignità della persona del debitore. Il requisito della patrimonialità diviene requisito identificativo dell'obbligazione, prescrivendo che possano essere dedotte in obbligazione soltanto quelle attività personali che possono essere oggetto di contratti a titolo oneroso, il che è dirimente specie quando l'interesse creditorio da soddisfare ha natura non economica. La suscettibilità della prestazione a essere valutata in termini economici costituisce parte integrante della

⁵³ Peraltro lo stesso Chizzini in uno studio successivo (*Tra azione di adempimento ed esecuzione in forma specifica*, cit.) in parte ridimensiona l'argomento fondato sulla patrimonialità della prestazione e sul vincolo di responsabilità patrimoniale, dimostrando, con argomenti pienamente convincenti, che l'esecuzione forzata in forma specifica è anch'essa espressione della responsabilità patrimoniale, contestando, sulle orme di R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Artt. 2749-2899, Bologna-Roma, 1945, p. 5 ss., che quest'ultima si esaurisca nell'esecuzione per espropriazione, come invece sostenuto da SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., pp. 29 ss. e L. MONTESANO, *Esecuzione in forma specifica*, in *Enc del dir.*, XV, Milano, 1966, p. 527.

più ampia questione, propria di ogni tempo, della demarcazione tra mercato e non mercato⁵⁴. Non a caso il dibattito intorno alla patrimonialità della prestazione si è polarizzato nella contrapposizione tra valutazione oggettiva, o social-tipica, e valutazione soggettiva, discutendosi in particolare sui limiti entro cui la valutazione delle parti, attuata correlando a una prestazione priva di un valore oggettivo di mercato una controprestazione in danaro, possa condurre alla patrimonializzazione della condotta dovuta⁵⁵.

4. L'adempimento in natura presenta una dimensione stragiudiziale, affidata a un insieme di poteri e strumenti di sollecitazione della prestazione non ancora spontaneamente effettuata oppure attuata in maniera inesatta (c.d. adempimento sanante). Si pensi al potere di esigere la prestazione, o la sua correzione, concedendo un termine di grazia (arg. ex artt. 1219 e 1454 c.c.), finanche nei rapporti obbligatori a lungo termine (arg. ex art. 1662 c.c.), che si abbina a strumenti di coercizione indiretta già in sede sostanziale, quali la costituzione in mora o la diffida ad adempiere, oppure la clausola penale (artt. 1382 ss. c.c.)⁵⁶, se non addirittura a poteri di autosoddisfacimento (artt. 1515 e 1516 c.c.)⁵⁷, che realizzano una forma di esecuzione coattiva in forma privata⁵⁸. Lo sviluppo giuridiziaro dell'a-

⁵⁴ Nello stesso senso NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., p. 32.

⁵⁵ Una linea di pensiero reputa che anche la patrimonializzazione secondo un criterio soggettivo inevitabilmente finisca per tenere conto di parametri oggettivi di valutazione secondo l'indicazione di Tommaso Maurizio Richeri: «*ex communi hominum sensu recipere aestimationem*»: Cfr. C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, IX, t. 1, II ed., Torino, 2002, p. 12 e nt. 28.

⁵⁶ Sul punto rinvio a PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 30 ss., 183 ss.

⁵⁷ Valorizza il ruolo di tali disposizione nell'individuazione dei presupposti di diritto positivo della tutela in natura NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., pp. 178 ss.

⁵⁸ Alla qualificazione in termini di una forma di «autotutela privata contro l'inadempimento implicante una vicenda estintiva del rapporto contrattuale originario in funzione strumentale ad una compravendita di rimpiazzo e ad una tutela risarcitoria (peraltro eventuale)» ricorre A. LUMINOSO, *La compravendita*¹⁰, Torino, 2021, p. 458. Sempre di uno speciale procedimento di autotutela, che attraverso la risoluzione del contratto, rimpiazza il contratto inadempito e liquida il danno per mancato guadagno e le spese da rimborsare parla invece C.M. BIANCA, *La vendita e*

dempimento in natura è usualmente indicato come azione di adempimento⁵⁹ e l'espressione indica l'azione volta a ottenere la condanna del debitore all'attuazione dell'obbligazione inadempita o alla correzione dell'attuazione inesatta oppure una pronuncia costitutiva⁶⁰. In dottrina si è, infatti, molto opportunamente censurata la tendenza a concepire l'azione di adempimento come complanare all'azione esecutiva⁶¹ e non soltanto perché la prima potrebbe non innescare la seconda, ma anche perché quest'ultima può correlarsi anche alla condanna al risarcimento del danno in forma specifica⁶², che, a di-

la *permuta*², in *Tratt. dir. cit. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1993, pp. 1072 ss. Sulla stessa linea si colloca NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., p. 179 nt. 116, il quale ritiene che la risoluzione sia al limite un effetto successivo alla compera di rimpiazzo e non già la cifra giustificativa di tale speciale forma di tutela, la quale si inserisce a tieno titolo nella tutela in natura.

⁵⁹ Cfr. sul punto cfr., soprattutto, DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., pp. 279 ss.; ID., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2007, pp. 1 ss.; ID., *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, cit., 1149 ss.; MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., pp. 119 ss.; ID., *Il contratto di diritto europeo*⁴, Torino, 2020, 337 ss.; A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Art. 1453-1454, Bologna-Roma, 1990, 10, pp. 32 ss.; PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., pp. 15 ss.; ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, cit., 15 ss.; AMADIO, *Azione di adempimento e risarcimento in forma specifica*, cit., pp. 69 ss.; DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., pp. 279 ss.; RENDINA, *Oggetto dell'obbligazione e tutele del credito*, cit., pp. 113 ss.; nonché PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 30 ss.

⁶⁰ CHIZZINI, *Tra azione di adempimento ed esecuzione in forma specifica*, cit., 246 ss. ritiene che la c.d. azione di adempimento costituisca uno pseudo-concetto, in quanto formula sintetica che rinvia a un'articolata disciplina sostanziale e a una pluralità di regimi processuali, che spetta all'interprete ordinare a sistema. La c.d. azione di adempimento poggia su due elementi fondamentali: «da un lato, al ricorrere di determinate condizioni di fatto permane la prestazione originaria non esattamente eseguita [...] e a questo si correlano posizioni di potere o di dovere sul piano sostanziale; dall'altro lato, si delineano mezzi processuali di tutela del creditore, volti ad ottenere l'attuazione di quegli effetti che alle diverse situazioni sostanziali s'appuntano, ossia dell'interesse materiale, mediati eventualmente da una pronuncia del giudice oltre che da ulteriori eventuali effetti conservativi».

⁶¹ CHIZZINI, *op. cit.*, p. 247.

⁶² CHIZZINI, *op. cit.*, p. 256.

spetto di quanto sostenuto da una voce autorevole⁶³, integra una forma di tutela differente rispetto all'adempimento in natura⁶⁴.

La convinzione della corrispondenza biunivoca tra tutela di condanna ed esecuzione forzata in forma specifica è risalente, ma già contestata sotto il codice del 1865 per di più da voci autorevoli. Carnelutti confessava di «non dividere questo disperato scetticismo intorno all'efficacia della condanna non suscettiva di esecuzione forzata: basta, per persuadermene, che io rifletta come la condanna abbia anche e prima di tutto, un'azione etica sull'obbligato, il che potrebbe dimostrarsi, se non altro con la statistica: non tutte le condanne, diamine! sono seguite dalla esecuzione, appunto perché spesso (si può anche dire, senza esagerato ottimismo... il più delle volte), il debitore condannato si determina ad eseguire. Capisco che, quando l'esecuzione forzata è possibile, questa esecuzione spontanea si possa attribuire non tanto alla pressione etica quanto alla stessa paura della esecuzione: or mi domando perché a questo il giudice dovrebbe rinunciare proprio per quei casi, in cui ve ne è ancora maggiore necessità, appunto perché manca la esecuzione forzata»⁶⁵.

⁶³ CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, cit., pp. 491 ss.; ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, pp. 926 ss.

⁶⁴ Critici A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, pp. 567 ss.; S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, *ivi*, 2011, pp. 121 ss.; AMADIO, *Azione di adempimento e risarcimento in forma specifica*, cit., pp. 77 ss.; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 120 ss.; A. GNANI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo* costituito da L. Mengoni, diretto da P. Schlesinger - V. Roppo - F. Anelli, Milano, 2018, pp. 222-223; CHIZZINI, *Tra azione di adempimento ed esecuzione in forma specifica*, cit., pp. 248 ss.

⁶⁵ F. CARNELUTTI, *Funzione della caparra nel contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, pp. 225 ss. Peraltro, Carnelutti è uno dei primi studiosi a comprendere l'importanza delle misure di coercizione al punto da addebitare proprio alla progressiva limitazione del loro ambito di applicazione quella che Egli definisce «la crisi dell'obbligazione»: ID., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Diritto sostanziale e processo*, cit., pp. 222 ss. C'è da chiedersi come mai Carnelutti non riuscì ad inserire nel codice di procedura civile del 1940 un sistema di misure di coercizione dirette a garantire l'attuazione della sentenza di condanna, tanto più che il progetto di riforma a sua firma del 1926 conteneva due disposizioni in tal senso volta ad assicurare l'attuazione della condanna all'adempimento di obblighi di fare e di non fare. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 95 az-

Nello stesso senso, ma con maggiore asciuttezza, si orienta il Maestro di Carnelutti, Vittorio Polacco, il quale osserva che «e però nel giudizio di cognizione, quello che il creditore domanda è che sia condannato il debitore ad eseguire la prestazione che gli incombe (in quanto sia possibile e utile) o a prestare il risarcimento dei danni, o l'una cosa o l'altra; sempre dunque si invoca, come riconoscimento del proprio diritto, che si ingiunge all'obbligato un'azione, in conformità di ciò che forma in primissima linea l'oggetto del vincolo. Solo perseverando la sua inazione, se ne aggrediranno i beni, entrando così in una seconda fase, la fase esecutiva, consequenziale sì alla prima, ma non necessaria, essendo pur possibile che il debitore avesse rifiutato ad adempiere l'obbligazione non per malvolere, ma perché convinto di non esservi astretto e si induca invece dopoché *una solenne decisione dell'autorità giudiziaria lo faccia ricredere*»⁶⁶. All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice, la dottrina riconosce che «l'impossibilità di ottenere l'esecuzione forzata dell'obbligazione non importa necessariamente la impossibilità di ottenere una sentenza di condanna all'adempimento. Questa, invero, tende alla realizzazione del diritto, mentre l'esecuzione forzata non è che un mezzo di tale realizzazione»⁶⁷. In tempi più recenti la tutela in natura dell'obbligazione è stata riconosciuta come rimedio di carattere generale, oltre i limiti della tutela esecutiva diretta, anche alla luce di

zarda l'ipotesi che in Carnelutti abbiano pesato limiti di consapevolezza politica, che lo indussero a manifestare una certa simpatia per l'arresto per debiti, la cui abolizione avvenuta con legge 6 dicembre 1877, n. 4166 venne unanimemente salutata come una conquista di civiltà, e a legare la sorte della tecnica di esecuzione indiretta al ricordo di questo strumento vituperato come "mezzo barbarico e inutile" (v. G. VASSALLI, *La mancata esecuzione di provvedimento del giudice*. Contributi all'interpretazione dell'art. 388 del Codice Penale, Torino, 1938, p. 60).

⁶⁶ POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 5.

⁶⁷ RESTAINO, *L'esecuzione coattiva in forma specifica*, cit., p. 71, il quale prosegue: «una cosa è la possibilità dell'adempimento, altra è la sua coercibilità; di tal che, nulla vieta al giudice di condannare all'adempimento di un obbligo insuscettibile di esecuzione coattiva, perché è solo nella esecuzione forzata che l'opera della giustizia è costretta ad arrestarsi, come che davanti alla materiale impossibilità di costringere l'obbligato all'osservanza dell'ordine dato dal magistrato. Ma sempre che l'adempimento sia giuridicamente possibile, anche se incoercibile, l'emanazione della sentenza di condanna esplicherà quanto meno la sua forza etica per indurre l'obbligato ad adempiere».

due principi: quello di effettività e quello di atipicità dell'azione⁶⁸; ma, in chiave ancora più generale, è stata argomentata la sua centralità alla luce del mutamento del quadro istituzionale provocato dalla Costituzione repubblicana, la quale, tra i molti rivolgimenti, ha rifondato le strutture sociali incentrandole non più soltanto sulla proprietà privata dei beni di produzione, come invece sotto lo Statuto Albertino, ma sul lavoro e sulla persona⁶⁹.

Alla tesi della correlazione tra condanna ed esecuzione forzata soggiace la convinzione che la sentenza di condanna rivesta una valenza soltanto endo-procedimentale, nella prospettiva privilegiata della consecuzione tra cognizione ed esecuzione⁷⁰, e non esprima anche un'efficacia sostanziale di sollecitazione all'adempimento successivo e di correzione della prestazione in vista dell'esatta attuazione dell'obbligazione, nell'ottica del c.d. adempimento sanante⁷¹.

La conclusione che non sia ammissibile la tutela condannatoria a un *facere* o a un *non facere* in assenza di adeguati strumenti di esecuzione forzata in forma specifica, proprio in ragione della preordinazione necessaria della prima alla seconda forma di tutela, trascura i vincoli che provengono dalla conformazione sostanziale dell'obbligazione. Quest'ultima è preordinata alla realizzazione in natura finché l'inadempimento non diviene definitivo. Tale è non soltanto l'im-

⁶⁸ PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., p. 83, la quale intende il principio di atipicità dell'azione come criterio regolativo di ordine generale che consente di munire di un'adeguata tutela anche situazioni soggettive diverse da quelle cui quella tutela è stata espressamente correlata.

⁶⁹ PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., 88.

⁷⁰ Alla base di tale posizione soggiace l'idea che con l'esperimento dell'azione di condanna il giudice è chiamato, prima, ad accertare il permanere dell'obbligazione e la sua realizzabilità mediante esecuzione forzata e, poi, a costituire il titolo esecutivo: cfr. CHIZZINI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., pp. 684 ss.

⁷¹ Cfr. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., pp. 118 ss., il quale conclude sostenendo che «l'indagine di diritto positivo [...] è valsa, mi sembra, a dimostrare come sotto questo aspetto la nostra legislazione ordinaria [...] ammetta *sia* che la condanna possa avere ad oggetto l'adempimento dell'obbligazione quale che ne sia il contenuto, anche cioè se si tratta di una obbligazione non suscettibile (o difficilmente suscettibile) di essere eseguita da un terzo nelle forme dell'esecuzione forzata in forma specifica, *sia* che la condanna possa assolvere una funzione di tutela preventiva e non soltanto repressiva della violazione».

possibilità imputabile della prestazione, ma anche la perdita in termini oggettivi dell'interesse alla prestazione da parte del creditore (arg. ex art. 1256, comma 2, c.c.), come nel caso di termine essenziale, nonché l'ipotesi equiparata del decorso inutile di un termine di grazia, concesso in sede di *mora debendi*. La tutela di condanna si inserisce in questa fase patologica dell'obbligazione nella quale non si è ancora compiuta la conversione della prestazione originaria in quella di risarcimento del danno da mancato conseguimento del risultato atteso, noto come risarcimento sostitutivo (il *Schadensersatz statt der Leistung* del diritto tedesco); mentre sono già sussistenti i presupposti della responsabilità contrattuale per i danni c.d. consequenziali, come il danno da ritardo o il lucro cessante, il cui risarcimento è complementare all'adempimento in natura e, come tale, cumulabile (il *Schadensersatz neben der Leistung*). In altri termini, la tutela di condanna si rivela funzionale al recupero del risultato atteso e non conseguito dal creditore, o conseguito in maniera inesatta, finché tale ripristino della funzionalità dell'obbligazione sia ancora possibile e utile.

Tutto considerato, la formula "adempimento in natura", a taluno apparsa non infondatamente imprecisa⁷², si rivela comunque pertinente perché esprime con una crasi due caratteristiche del rimedio in natura: in primo luogo, che la preordinazione alla correzione dell'inadempimento iniziale, pur essendo espressione della tutela dell'obbligazione ed esibendo quindi natura rimediale, compartecipa dell'attuazione del vincolo obbligatorio; e, in secondo luogo, che la condanna all'adempimento, o all'eliminazione dell'inesatta della prestazione eseguita, costituisce un rimedio contro l'inadempimento, ma non è effetto della responsabilità contrattuale, collocandosi in una fase precedente. Il sintagma "adempimento in natura" è la forma contratta di "adempimento a seguito della violazione dell'obbliga-

⁷² NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., p. 172 osserva che «l'adempimento è uno e quindi non si può parlare di un adempimento in natura come se ve ne fosse un altro diverso, ad esempio per equivalente. [...] Perciò con l'espressione adempimento in natura si vuole soltanto esprimere l'idea di un adempimento cui il debitore continua a essere tenuto senza poter prestare in alternativa il risarcimento del danno e senza quindi che il creditore sia costretto a soddisfare le proprie ragioni esclusivamente per equivalente».

zione e volto alla sua tutela specifica”. L’inadempimento non riveste, quindi, quella portata di frattura tra il tempo dell’adempimento e quello della responsabilità riconosciutogli invece da Carlo Castronovo, il quale tuttavia, nella diversa prospettiva che assegna all’azione di esatto adempimento natura di risarcimento in forma specifica⁷³, sottolinea con molta efficacia, e in termini del tutto condivisibili, che «il non essere, gli obblighi di fare, coercibili» non può comportare «il non essere neppure suscettibili di diventare oggetto di una pronuncia di condanna», perché viceversa verrebbero indebitamente identificati due aspetti affatto diversi: «quello dell’obbligazione come *vinculum iuris* e quello dell’adempimento di essa»⁷⁴. Salvatore Mazzamuto parla di «un’indebita limitazione dell’azione di adempimento alle obbligazioni aventi ad oggetti prestazione coercibili, senza considerare la possibilità di un adempimento spontaneo successivo e trova oramai esplicita smentita nell’introduzione, ad opera dell’art. 614-*bis* c.p.c. delle misure coercitive indirette, il cui presupposto risiede in una preventiva condanna all’adempimento e prescinde proprio dall’impossibilità di ricorrere all’esecuzione diretta»⁷⁵.

L’idea che le misure di coercizione indiretta non attengano all’esecuzione e si collochino su di un piano diverso da quello dell’esecuzione forzata dell’obbligazione, presentandosi come una vicenda esterna alla dinamica interna dell’obbligazione⁷⁶, va contestata. Ove applicate in sede di condanna all’adempimento o alla correzione dell’inadempimento di un’obbligazione, le misure di coercizione indiretta si rivelano pienamente compartecipi della tutela in natura così come sin qui delineata. Le misure coercitive non mirano infatti alla realizzazione o alla riparazione di un interesse, non dispensano in altre parole una tutela finale, ma mirano ad indurre il debitore-con-

⁷³ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pp. 925 ss.

⁷⁴ CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 952.

⁷⁵ S. MAZZAMUTO, *Della tutela dei diritti*, Art. 2910-2933, in *Comm. cod. civ. Scialoja - Branca - Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2022, p. 33.

⁷⁶ A. CHIZZINI, *Commento all’art. 614-bis*, in *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, a cura di G. Balena - R. Caponi - A. Chizzini - S. Menchini, Torino, 2010, 153 ss.

dannato all'attuazione dell'obbligo e al rispetto dell'ordine giudiziale⁷⁷. Sotto il primo dei due profili, le misure coercitive concorrono alla correzione dell'inadempimento cui mira in prima battuta, anche ove possano operare le tecniche di esecuzione forzata indiretta, la condanna all'adempimento, assolvendo a una funzione satisfattiva⁷⁸. E, d'altro canto, già la fase sostanziale dell'obbligazione conosce istituti che perseguono anche finalità compulsorie, ora mediante una pressione psicologica successiva all'inadempimento ora tramite lo strumento preventivo del disincentivo. Istituti che si collocano certamente all'interno del perimetro dell'obbligazione: si pensi alla *mora debendi*, alla clausola penale, alla caparra confirmatoria, alla diffida ad adempiere etc.

Sulla scia dell'impostazione di Aldo Attardi per cui l'obbligo non coercibile in natura diviene sempre oggetto della tutela di mero accertamento⁷⁹, Augusto Chizzini è pervenuto alla conclusione che

⁷⁷ F. CARNELLUTTI, *Processo di esecuzione*, I, Padova, 1929, pp. 7-8 chiarisce che «le misure coercitive sono in realtà un *genus tertium*, intermedio tra l'esecuzione (*rectius*: l'esecuzione forzata) e la pena; hanno comune con questa la struttura, in quanto colpiscono un bene dell'obbligato diverso da quello che costituisce l'obbiettivo dell'obbligo violato [...]; hanno invece comune con la esecuzione la funzione, in quanto agiscono al fine di ottenere l'effettivo soddisfacimento dell'interesse di chi ha il diritto e l'effettiva subordinazione dell'interesse di chi ha l'obbligo».

⁷⁸ Sulla funzione satisfattiva delle misure coercitive v. CARNELLUTTI, *Processo di esecuzione*, cit., 178.

⁷⁹ ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., pp. 100 ss., il quale reputa, per l'appunto, che il diritto non suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica (e tale potrebbe anche accadere anche nel campo dei diritti reali) non sia suscettibile di tutela di condanna, ma soltanto di accertamento. E infatti la sentenza di mero accertamento di un diritto non coercibile in natura non presenta differenze dalla sentenza di condanna alla quale non possa fare seguito l'esecuzione forzata. E tale conclusione non cambia neppure nel caso in cui l'ordinamento preveda misure di coercizione indiretta, in quanto queste ultime operano su un piano diverso da quello dell'esecuzione forzata del diritto e anzi trovano la propria giustificazione proprio nella circostanza che tale esecuzione non sia possibile. Per A. hanno natura di mero accertamento tanto l'azione negatoria quanto la *confessoria servitutis*, nonostante l'espressa previsione legislativa della possibilità per il giudice di formulare ordini inibitori a salvaguardia dell'obbligo negativo, che per A. vanno considerati "lettera morta". Analogamente viene attribuita natura dichiarativa anche all'azione di manutenzione del possesso, salvo che nell'ipotesi di efficacia restitutoria.

l'adeguato inquadramento corredi le misure di coercizione indiretta alla tutela di accertamento: alla verifica e al riconoscimento dell'intervenuta violazione del vincolo obbligatorio si coniuga l'imposizione di un'obbligazione pecuniaria di origine giudiziale, e di natura *lato sensu* penale, che attribuisce al creditore un *quid* diverso dal risultato dell'obbligazione volto a sollecitare l'adempimento per c.d. spontaneo del debitore⁸⁰. Questa impostazione, assai arguta e di sicuro interesse sistematico, trascura un profilo di rilievo determinante: la c.d. azione di adempimento non reagisce soltanto all'inadempimento assoluto, limitandosi a riaffermare con l'autorità dell'accertamento giudiziale ciò a cui il debitore è tenuto sin dall'origine; ma può conseguire anche all'adempimento inesatto che, specie se qualitativo, potrebbe comportare in sede di tutela in natura l'imposizione al debitore per ordine del giudice di comportamenti ulteriori rispetto a quelli inclusi nell'oggetto dell'obbligazione al fine di correggere la prestazione inesatta. Il c.d. adempimento in natura può anche tradursi quindi nell'imposizione di condotte ulteriori finalizzate ad eliminare gli elementi del risultato praticamente realizzato che impediscono il soddisfacimento dell'interesse creditorio. Per non parlare della funzione preventiva che l'adempimento in natura assolve quando l'obbligazione inadempita è a un fare o a un non fare a carattere continuativo, ossia di durata⁸¹.

Né può essere trascurata la portata specificativa o conformativa del vincolo della sentenza di condanna. Il contenuto specificativo si registra quando la prestazione sorge non compiutamente determinata, come sovente accade in molte prestazioni di *facere* professionale, sicché è il giudice che in sede di accertamento dell'inadempimento provvede alla specificazione dei contegni che, nel caso concreto e alla luce dei parametri di determinazione eteronoma dell'oggetto dell'obbligazioni, qual è la perizia, il debitore avrebbe dovuto tenere. Una specificazione che diviene prevalente rispetto al contenuto generico dell'obbligazione risultate dal titolo originario nell'ottica dell'adempimento conseguente alla sentenza di condanna, al fine di conformarsi all'ordine giudiziale. Il contenuto conforma-

⁸⁰ CHIZZINI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., pp. 699 ss.

⁸¹ PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 95.

tivo della sentenza di condanna opera invece sul piano della concretizzazione della clausola generale di buona fede, la quale può dare luogo a obblighi, formalizzati analiticamente soltanto in sede di condanna, che non si esauriscono nella tutela per equivalente ma che si prestano ad un'attuazione in natura, come nel caso degli obblighi di protezione del datore di lavoro sanciti dall'art. 2087 c.c.

E allora è legittimo sostenere, tanto sul piano del diritto positivo quanto su quello dell'evoluzione delle categorie, incluse quelle rimediali, che la tutela di condanna operi anche in assenza di un presidio esecutivo come conseguenza della sua stretta correlazione con la dimensione della posizione sostanziale e, dunque, della norma materiale, ancorché riferita alla sua fase patologica. In altri termini, le diverse forme della tutela appartengono al diritto sostanziale e, con specifico riferimento al tema che ci occupa, l'adempimento in natura, nell'epilogo giudiziario noto come azione di adempimento, compartecipa della struttura e della funzione dell'obbligazione, rappresentando una delle incarnazioni della fase patologica conseguente all'inadempimento (l'altra è ovviamente il risarcimento del danno). Se così è, la strumentalità delle norme processuali – correttamente intesa come sviluppo della razionalità espressa dalla norma sostanziale, vale a dire come prosecuzione di quella razionalità con altri mezzi – verrebbe smentita se essa condizionasse la portata della tutela sostanziale, come accade quando si postula la correlazione necessaria tra tutela di condanna e procedimenti di esecuzione forzata, facendo dipendere dai limiti materiali e dai principi che ispirano i secondi i limiti e i principi che ispirano la prima. Questo capovolgimento della logica del sistema a me pare un *ἵστέρον πρότερον* che smentisce le sue premesse e per evitare questa vera e propria inversione è necessario ammettere la tutela in natura, ossia il c.d. adempimento in natura, anche al di là del perimetro della tutela diretta. Se ciò era già sostenibile con costruito, e con fondate ragioni di ordine logico-sistematico, nell'epoca in cui mancavano adeguati strumenti di coercizione indiretta⁸², è ancora più incontestabile ora che una mi-

⁸² Sulle misure coercitive cfr. ora C.V. GIABARDO, *Effettività della tutela e misure coercitive nel processo civile*. Un'indagine di diritto comparato, Torino, 2022, *passim*, in part. pp. 165 ss.

sura generale di comminatoria è prevista dall'art. 614-*bis* c.p.c.⁸³. Tale previsione ha eliminato l'ostacolo più arduo – l'impedimento più esiziale – all'applicazione generalizzata dall'adempimento in natura, quale strumento di tutela condannatoria, ossia la sua pratica inutilità, il che avrebbe rischiato di rendere la sua estensione anche alle obbligazioni di fare infungibile e di non fare una costruzione eminentemente teoretica, dal punto scientifico meno sostenibile in ossequio al canone fondamentale e irrinunciabile per cui la forma giuridica e la sistemazione categoriale devono aderire alla sostanza materiale cui conferiscono veste giuridica e vanno valutati in ragione delle conseguenze regolative che determinano.

Abstract

Il saggio affronta i rapporti tra adempimento in natura ed esecuzione forzata in forma specifica, sottolineando i condizionamenti che, storicamente, la seconda ha esercitato sul primo. Lo studio ripercorre poi, in chiave critica, il percorso di affermazione dell'adempimento in natura come rimedio di carattere generale contro l'inadempimento. È così possibile ridefinire i rapporti tra tutela sostanziale e tutela processuale in maniera tale che la seconda asseconi le caratteristiche e la portata della prima.

The essay addresses the relationship between specific performance and forced performance, underlining the constraints that, historically, the latter has exerted on the former. The study then retraces, in a critical key, the path of affirmation of specific performance as a general remedy against breach of contract. It is thus possible to redefine the relationship between substantive protection and procedural protection in such a way that the latter supports the characteristics and scope of the former.

⁸³ Su funzione e limiti della misura generale di coercizione indiretta v. ora U. COREA, *Condanna civile e misure di misure coercitive*, Pisa, 2023, *passim*, in part. pp. 171 ss.

ELISABETTA PIRAS

LA CLAUSOLA DI DELEGA NELLA COASSICURAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa: le tradizionali forme di ripartizione del rischio assicurativo. – 2. La coassicurazione: cenni storici. – 3. La coassicurazione nel codice civile. – 4. La clausola di delega. – 4.2. Alcuni profili fiscali.

1. Come è noto, le imprese di assicurazione sono in grado di far fronte agli impegni nei confronti degli assicurati attraverso una sistematica assunzione e gestione dei rischi assicurativi il cui numero e la cui omogeneità sia tale da consentirne la compensazione, ossia l'equivalenza tra i premi o i contributi corrisposti dagli assicurati e le risorse economiche necessarie all'assicuratore per liquidare gli indennizzi nelle assicurazioni contro i danni o corrispondere i capitali e le rendite nelle assicurazioni sulla vita¹.

Poiché, peraltro, la natura di taluni rischi rende gravoso e, conseguentemente, poco prudente e conveniente l'assunzione degli stessi da parte di un solo assicuratore, si rende opportuno che tali rischi vengano ripartiti fra più imprese di assicurazione².

A tal fine, le compagnie possono avvalersi di specifici strumenti che consentono di garantire gli impegni assunti nei confronti degli

¹ F. SANTOBONI, *La gestione dei rischi tecnici e dei rischi finanziari dell'impresa di assicurazione*, in *Manuale di gestione assicurativa*, a cura di F. SANTOBONI, Padova, 2019, p. 72 s.

² A.M. AMBROSELLI, *La coassicurazione comunitaria*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni*, a cura di S. AMOROSINO e L. DESIDERIO, Milano, 2006, p. 305; M. BELLOTTI, *Coassicurazione comunitaria*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006, 462.

assicurati. Tra essi rientrano la riassicurazione³ e la coassicurazione con le quali le compagnie di assicurazione realizzano la ripartizione di un medesimo rischio; unitamente a queste, seppure con finalità che vedremo essere differenti, va presa in considerazione anche l'assicurazione stipulata dall'assicurato presso diversi assicuratori generalmente denominata "assicurazione cumulativa"⁴.

Le suddette modalità di ripartizione del rischio, pur sorrette dalla medesima esigenza, sono tuttavia caratterizzate da significative differenze sia sul piano strutturale che funzionale: mentre nella riassicurazione e nella coassicurazione la ripartizione del rischio avviene su iniziativa degli assicuratori, nell'assicurazione cumulativa, come si avrà modo di precisare nel prosieguo, è lo stesso assicurato che, con-

³ Sul ruolo essenziale della riassicurazione si rinvia al contributo di D. CERINI, *I soggetti coinvolti nella Product Oversight Governance and Governance (POG): produttori (imprese di assicurazione), produttori di fatto (intermediari)... e produttori "silenziosi" (Riassicuratori)*, in *Dir. bancario*, 2021, fasc. IV, p. 723 ss., spec. pp. 737-745.

⁴ Nella letteratura, l'assicurazione stipulata dall'assicurato presso diversi assicuratori, disciplinata dall'art. 1910 c.c., viene indicata con una pluralità di denominazioni: assicurazione plurima e assicurazione cumulativa (G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, in *Tratt. Rescigno*, XIII, Torino, 1987, p. 79). In taluni casi, per distinguerla dalla coassicurazione *tout court*, coassicurazione indiretta (in senso critico: F. MOLITERNI, sub art. 1910 c.c., in *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, a cura di V. PUTZOLU, Padova, 2010, p. 81); in altri (G. SANTI, *Il contratto di assicurazione*, Roma, 1965, p. 354), la si fa rientrare, unitamente alla coassicurazione, in un fenomeno denominato assicurazione multipla. Sul punto cfr. S. SOTGIA, *Assicurazione plurima, coassicurazione e doppia assicurazione*, in *Ass.*, 1953, p. 16: "Nell'ambito dell'assicurazione plurima vera e propria deve distinguere tra due specie diverse. Per la prima: più assicuratori partecipano consapevolmente alla copertura del medesimo rischio e del medesimo interesse; per la seconda invece non esiste consapevolezza e conseguentemente non esiste cooperazione tra assicuratori. Alla prima specie normalmente viene assegnata la denominazione specifica e particolare di «coassicurazione», appunto per far notare in essa la presenza di una situazione di cooperazione consapevole nella costituzione della pluralità contrattuale; alla seconda invece vien data la denominazione di «doppia assicurazione» appunto per porre in rilievo l'effetto di duplicazione della copertura dello stesso rischio e dello stesso interesse ad opera della pluralità contrattuale". Sul punto cfr. anche M. RICOLFI, *La coassicurazione*, Milano, p. 60; C. DI NANNI, *L'assicurazione plurima: brevi note sulla distinzione fra assicurazione cumulativa e coassicurazione*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1978, p. 200 ss.; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954, p. 264 ss.

cludendo una pluralità di contratti per lo stesso rischio fra più imprese di assicurazione, assume l'iniziativa di ripartire il rischio fra più compagnie. La riassicurazione e la coassicurazione sono nettamente distinguibili: nella prima si realizza una ripartizione verticale del rischio, ossia è l'assicuratore che decide di cedere una parte del rischio già assunto con l'assicurato ad un altro assicuratore, nell'ambito di un rapporto cui il primo rimane dunque estraneo; nella coassicurazione, viceversa, si crea un rapporto diretto fra l'assicurato e gli assicuratori i quali assumono nei confronti del primo il rischio *pro quota*.

La diversità tra i due istituti è riscontrabile anche sul piano della collocazione codicistica, posto che mentre la coassicurazione e l'assicurazione cumulativa sono disciplinate agli artt. 1910 e 1911 c.c. nella sezione relativa alle assicurazioni contro i danni, viceversa, alla riassicurazione è dedicata un'autonoma sezione; ciò a riprova che la qualificazione di tale istituto è incerta e non scontata.

Ciò premesso, e volendo addentrarci nei singoli istituti, va precisato che con la riassicurazione⁵, la cui disciplina è rinvenibile sia nel codice delle assicurazioni per quanto attiene all'impresa e, come si è osservato, nel codice civile relativamente ad aspetti specifici del contratto⁶, l'assicuratore – riassicuratore, verso il pagamento di un premio e a prestabilite condizioni, si obbliga nei confronti dell'assicuratore – riassicurato a coprire parzialmente o totalmente un rischio già assunto da quest'ultimo e a lui ceduto, consentendo in tal modo al riassicurato di corrispondere l'indennità al primo assicurato in caso si verifichi il sinistro o l'evento attinente alla vita umana⁷. L'ori-

⁵ Sulla riassicurazione, sia consentito il rinvio a E. PIRAS, *La riassicurazione nell'impresa e nel contratto*, Napoli, 2023.

⁶ Le norme contenute nel codice delle assicurazioni attengono a profili concernenti l'impresa e ai requisiti di accesso al mercato; quelle rinvenibili nel codice civile sono dedicate ad aspetti specifici del contratto. La disciplina contenuta nel codice delle assicurazioni ha subito una prima modifica per effetto del d.lgs. 29 febbraio 2008, n. 56 che ha recepito la Direttiva 2005/68/CE relativa alla riassicurazione e recante modifica alle direttive 73/239/CEE, 98/78/CE e 2002/83/CE; una seconda dal d.lgs. n. 74 del 2015 di recepimento della disciplina Solvency II. L'art. 1 lett. d, cod. ass. definisce la riassicurazione "l'assunzione e la gestione dei rischi ceduti da un'impresa di assicurazione, anche di uno Stato terzo o retrocessi da un'impresa di riassicurazione".

⁷ G. ANGELI, *La riassicurazione. Teoria, pratica e tematiche varie*, 1981, Milano, p. 4; L. BUTTARO, voce *Riassicurazione*, in *Enc. dir.*, III Milano, 1958, p. 376.

ginario assicurato rimane, dunque, del tutto estraneo all'intera operazione e mantiene invariato il suo rapporto con l'assicuratore – riassicurato⁸, come peraltro sancito dallo stesso codice civile all'art. 1929 c.c. in virtù del quale «il contratto di riassicurazione non crea rapporti tra il primo assicurato e il riassicuratore». Tuttavia, va precisato che l'indipendenza del contratto di assicurazione da quello di riassicurazione non preclude all'assicurato originario, seppure indirettamente, di beneficiare di siffatta operazione di ripartizione dei rischi, poiché la riassicurazione “rafforza” la solvibilità dell'assicuratore-riassicurato⁹.

La riassicurazione si estrinseca anche nella c.d. retrocessione¹⁰, operazione attraverso la quale il riassicuratore cede una parte o la totalità dei rischi assunti con il primo contratto di riassicurazione ad un altro riassicuratore. La finalità della retrocessione è quella di consentire al riassicuratore originario che, a sua volta, ha assunto in parte o integralmente gli impegni dedotti nel contratto di riassicurazione, di non trovarsi nella situazione di essere assoggettato all'obbligo di corrispondere indennità che eccedono le proprie capacità finanziarie¹¹. Alla suddetta operazione¹² possono poi susseguirsi ulteriori retrocessioni; infatti il riassicuratore, mediante il contratto stipulato con il primo riassicuratore, il c.d. retrocessionario, può riassicurarsi ulteriormente, venendosi a creare un sistema costituito da contratti di seconda, di terza retrocessione e così via¹³.

⁸ M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, X, 2^a ed., in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, Padova, 2011, p. 119.

⁹ In tal senso: L. BUTTARO, *ult. op. cit.*, p. 376. Più recentemente, con riguardo al ruolo della riassicurazione nel garantire (non solo) la solvibilità dell'impresa di assicurazione riassicurata, cfr., ancora, D. CERINI, *I soggetti coinvolti nella Product Oversight Governance and Governance (POG)*, cit., p. 739.

¹⁰ La retrocessione è definita dall'art. 1 lett. *uu*) cod. ass. “cessione dei rischi assunti in riassicurazione”.

¹¹ R. CAPOTOSTI, *La riassicurazione. Il contratto e l'impresa*, Torino, 1991, p. 118.

¹² M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, cit., p. 133.

¹³ Sul punto si rinvia alle osservazioni di R. CAPOTOSTI, *La riassicurazione. Il contratto e l'impresa*, cit., p. 119, il quale, relativamente a tale ipotesi, dubita che a questo punto del procedimento assicurativo sussista un collegamento giuridico con

Relativamente ai rapporti tra riassicurazione e coassicurazione, come si è già visto, in entrambi gli istituti l'esigenza è quella di ripartire fra più imprese un rischio la cui entità è tale da rendere particolarmente gravosa la sua assunzione da parte di una singola compagnia¹⁴. Entrambi, inoltre, sono disciplinati oltre che dal codice civile anche dal codice delle assicurazioni.

La coassicurazione consente alle compagnie di ripartire fra loro il rischio a seconda della loro capacità tecnica ed economica, rispondendo verso l'assicurato per la sola quota di rischio assunta, ed evitando, come invece potrebbe accadere nella assicurazione cumulativa, una sovrapposizione di garanzie assicurative e una responsabilità solidale.

Ciò è tecnicamente possibile con un accordo, di cui è richiesta la prova scritta *ad probationem*, attraverso il quale le imprese ripartiscono *pro quota* il rischio e l'esatta determinazione della quota a loro carico; con tale convenzione le compagnie, nella ipotesi in cui una di loro si rivelasse incapace di far fronte agli impegni nei confronti dell'assicurato, evitano di rispondere in solido per la parte di rischio che dovesse risultare non coperta¹⁵. Di tale pattuizione, che precede la stipula del contratto di assicurazione, l'assicurato viene messo a conoscenza e accetta di aderirvi, differentemente dalla riassicurazione

i rischi assicurati, posto che i rischi assunti mediante, ad esempio, una retrocessione di quarto grado perdono quasi totalmente il collegamento con il primo contratto di assicurazione.

¹⁴ G. BRAUNER, *La coassicurazione (art. 1911 c.c.)*, in *Dir. econ. ass.*, 1992, p. 854; G. BALLARANI, *Sub art. 1911*, in A. LA TORRE (a cura di), *Le assicurazioni. L'assicurazione nei codici. Le assicurazioni obbligatorie. La distribuzione assicurativa*, Milano, 2019, p. 237; L. DESIDERIO, *sub artt. 161-162, Coassicurazione comunitaria*, in *Il codice delle assicurazioni private, Commentario al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209*, diretto da F. CAPRIGLIONE, con la collaborazione di G. ALPA e A. ANTONUCCI, II, 2, Padova, 2007, p. 4, il quale rileva che "l'esigenza di ripartire i rischi tra più assicuratori nasce storicamente nell'esercizio dei rami assicurativi che espongono le compagnie a rischi di notevole entità e che quindi rendono l'operazione assicurativa pericolosa se non addirittura impercorribile per la singola impresa, di talché viene in rilievo l'opportunità di ripartire tali rischi tra una pluralità di partecipanti all'affare"; F. MANCUSO, *Assicurazione cumulativa e coassicurazione: criteri discretivi e profili applicativi*, in *Ass.*, 2004, p. 167; A. SOLIMANDO, *Note sulla coassicurazione*, in *Ass.*, II, 2000, p. 110.

¹⁵ M. CHIARLO, *Il mercato delle assicurazioni danni*, Padova, 2003, p. 284 ss.

nella quale, come si è visto, l'assicurato è estraneo all'accordo tra le imprese.

Anche con riferimento ai rapporti tra coassicurazione e assicurazione cumulativa, la ripartizione del rischio fra più imprese è l'aspetto che accumuna i due istituti che, per il resto, si differenziano significativamente: infatti, mentre la coassicurazione mira, quanto meno in via preminente, a soddisfare l'interesse dei coassicuratori alla ripartizione e alla omogeneizzazione dei rischi fra le rispettive imprese, l'assicurazione cumulativa, invece, viene stipulata su iniziativa e nell'esclusivo interesse dell'assicurato¹⁶, il quale assume l'iniziativa di rivolgersi, per la copertura del rischio, a più imprese di assicurazione tra le quali non vi è alcuna cooperazione¹⁷ e, a maggior ragione, alcun accordo¹⁸; l'aspetto che, viceversa, caratterizza la coassicurazione è proprio la sussistenza di tale accordo tra gli assicuratori finalizzato a ripartire il rischio¹⁹.

2. Quando si fa riferimento alla coassicurazione, occorre, per questioni di completezza, tenere a mente due distinti modelli o "pa-

¹⁶ In questa sede ci si è limitati ad evidenziare la diversità di struttura delle due fattispecie e l'interesse tutelato dalle norme. Nella coassicurazione, l'interesse protetto è quello tecnico degli assicuratori, che si ripartiscono *pro quota* il rischio; nell'assicurazione cumulativa l'interesse tutelato è quello dell'assicurato che sceglie una molteplice copertura per lo stesso rischio rivolgendosi a diversi assicuratori. È evidente che con tale operazione l'assicurato può realizzare una soprassicurazione, con conseguente pericolo di violazione del principio indennitario.

¹⁷ S. SOTGIA, *Assicurazione plurima, coassicurazione e doppia assicurazione*, cit., p. 16 e M. RICOLFI, *La coassicurazione*, cit., p. 60.

¹⁸ G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, cit., p. 80. Sul punto v., altresì, A. POLLOTTI DI ZUMAGLIA, *Assicurazione cumulativa e coassicurazione*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. ALPA, III, Torino, 2006, p. 3025; G. BALLARANI, *Sub art. 1911*, in A. LA TORRE (a cura di), *Le assicurazioni. L'assicurazione nei codici. Le assicurazioni obbligatorie*, cit., p. 238: "La coassicurazione muove da iniziative congiunte, mira non a moltiplicare ma ad equilibrare la copertura del rischio nell'ambito della medesima assicurazione e questa viene stipulata (non importa se a mezzo di unico documento) con un gruppo di assicuratori che, previa intesa fra loro, se la ripartiscono per quote determinate in base a un accordo".

¹⁹ M. IRRERA, *La coassicurazione*, in M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, cit., p. 141; A. ANTONUCCI, *L'assicurazione fra impresa e contratto*, Bari, 2000, p. 98.

radigmi”²⁰: quello “coassicurativo antico” e quello “coassicurativo moderno”.

Con riguardo al primo, le originarie forme di coassicurazione si rinvencono verso la fine del XIV secolo in cui sorse un significativo interesse a ripartire il rischio *pro quota* fra più imprese di assicurazione a fronte del pagamento del premio da parte dell’assicurato.

Nel fattispecie in esame svolgeva un ruolo fondamentale l’intermediario assicurativo indipendente denominato “mezzano di sicurtà” o “notaro” il quale, su incarico dell’assicurando che ricercava una specifica copertura assicurativa, redigeva il testo della proposta di polizza e, una volta che aveva definito il contenuto essenziale (rischi coperti, valore dell’interesse destinato alla copertura, tasso di premio), provvedeva a farlo “circolare nella piazza” con l’obiettivo di reperire la copertura totale attraverso il concorso di più coperture o impegni frazionari denominati “tocchi di sicurtà”.

Si è efficacemente evidenziato che il significativo ruolo dell’intermediario indipendente nel reperire gli assicuratori disposti a coprire *pro quota* il rischio presupponeva il funzionamento di mercati organizzati, “operanti vuoi in forma embrionale, come avveniva quando la ricerca dei candidati alla parte di assicuratore avesse luogo genericamente sulla piazza, ovvero fra i banchi di commercio o negli altri luoghi e ritrovi ove potevano incontrarsi i soggetti interessati all’operazione, vuoi in forma più evoluta dotata dei crismi dell’ufficialità, quando le contrattazioni assicurative fossero allocate in sedi a ciò deputate (spesso denominate anch’esse borse)”²¹.

Nei rapporti con il primo assicuratore, l’intermediario svolgeva un ruolo essenziale nella redazione del primo modulo contrattuale (polizzetta, borderò o slip), nell’illustrazione delle caratteristiche del rischio e nella determinazione del valore dell’interesse assicurato e delle condizioni di copertura. Se tale assicuratore era disposto ad assumere una parte del rischio (c.d. impegno frazionario) accettava, di regola, di assumere il ruolo di “capofila”. Successivamente, l’intermediario provvedeva a collocare le singole frazioni di rischio rimaste

²⁰ L’espressione è mutuata da M. RICOLFI, *La coassicurazione*, cit., p. 7 ss.

²¹ M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 8 e s. Sul tema cfr. sempre M. RICOLFI, *Qualificazione del rapporto coassicurativo e responsabilità pro quota della delegataria*, in *Giur. it.*, I, 1994, p. 1751.

ancora scoperte con altri assicuratori attraverso le stesse modalità assunte con il primo assicuratore. Ne derivava che, diversamente dal paradigma moderno, che si illustrerà in prosieguo, è da escludere che gli assicuratori si accordassero per il frazionamento del rischio; e anche nella fase successiva, ossia quella esecutiva del rapporto coassicurativo, il ruolo essenziale dell'intermediario non veniva meno.

Il paradigma antico della coassicurazione è simile a quello rinvenibile ancora oggi nei *Lloyd's markets* nei quali l'intermediario, broker, ricevuto l'incarico dall'assicurando individua, nei locali in cui si svolgono le contrattazioni, l' "assicuratore"²² disposto ad assumere il rischio (il c.d. *leanding underwritten*); e, di regola, anche nei *Lloyd's markets*, su iniziativa del broker, il ruolo di capofila o delegatario viene assunto dall'assicuratore per prima contattato. L'impegno di ricercare gli altri assicuratori disposti ad assumere *pro quota* il rischio viene assunto dal broker.

Diversa è la configurazione del paradigma coassicurativo moderno, nel quale è l'assicurando che sceglie direttamente la compagnia assicurativa la quale, a sua volta, individua le altre imprese con le quali stabilire le modalità e la ripartizione *pro quota* del rischio.

Il paradigma coassicurativo moderno attua un meccanismo di frazionamento dei rischi assicurativi che, diversamente da quello antico poc'anzi illustrato, presuppone l'affermarsi delle grandi compagnie assicurative in grado di dotarsi di sedi periferiche e di una rete capillare di agenti. Rispetto al paradigma antico cambia quindi il procedimento di attuazione della coassicurazione: l'assicurando, come si è visto, non si rivolge all'intermediario indipendente ma o ad un agente che ha un rapporto di sostanziale dipendenza dalla impresa assicurativa o agli uffici di quest'ultima. L'impresa di assicurazione, per prima contattata, provvede a rivolgersi ad altre compagnie per frazionare il rischio e, di regola, assume il ruolo di delegataria; ruolo che, come si avrà modo di illustrare nel prosieguo, le consen-

²² M. RICOLFI, *La coassicurazione*, cit., p. 7 ss. È appena il caso di precisare che, come è noto, i *Lloyd's* non sono una Impresa di assicurazione ma si estrinsecano in un'associazione di investitori (i c.d. names) disposti a mettere a disposizione i capitali per l'assunzione di rischi assicurativi. I membri dei *Lloyd's* sono a loro volta organizzati in sindacati deputati ad assumere i rischi assicurativi. In altri termini i membri dei *Lloyd's* si limitano a mettere a disposizione i capitali, mentre i sindacati di cui fanno parte assumono i rischi assicurativi.

tirà di operare anche nella fase successiva alla conclusione dell'accordo di coassicurazione con il precipuo scopo di agevolare la gestione della polizza.

Va tuttavia precisato che il paradigma antico non solo non è venuto meno ma, anzi, può combinarsi con il paradigma moderno: in altri termini l'uno non esclude l'altro. Come ampiamente illustrato dalla dottrina²³, alcune combinazioni tra i due sono rinvenibili in taluni mercati quali, a titolo esemplificativo, quello inglese: in quest'ultimo, come è noto, si è principalmente affermato il già menzionato sistema dei *Lloyd's markets* che, nella sostanza, come si è precisato, è molto simile al paradigma antico; tuttavia, per la copertura di taluni rischi (es. rischi incendio) trova applicazione il paradigma moderno in virtù del quale i suddetti rischi vengano assunti dalle tradizionali imprese di assicurazione. Quest'ultime, tuttavia, qualora decidano di frazionare il rischio con la coassicurazione, possono ricorrere, nella veste di delegataria, ai *Lloyds markets*.

3. Relativamente alla disciplina legislativa, il codice del commercio del 1882, diversamente dall'assicurazione cumulativa o pluralità di assicurazioni²⁴, non menzionava espressamente la coassicurazione, nonostante si facesse ampio ricorso all'istituto in ambito marittimo e, a partire dal XX secolo, anche per la copertura dei rischi terrestri. Eppure, si è rilevato che già all'epoca erano rinvenibili alcuni testi contrattuali dai quali era possibile individuare talune clausole degli accordi di coassicurazione, compresa la c.d. clausola di delega della quale si farà menzione in prosieguo²⁵.

La coassicurazione trova il primo riconoscimento legislativo nell'art. 334 del progetto del Codice marittimo del 1931 in virtù del

²³ M. RICOLFI, *La coassicurazione*, cit., p. 28 e s. il quale illustra anche la combinazione del paradigma antico e moderno nel mercato francese.

²⁴ La disciplina dell'assicurazione cumulativa era contenuta negli artt. 426 e 427 del codice del commercio del 1888. Sul punto si rinvia a F. DE MARCO, *Questioni in tema di assicurazioni plurime e coassicurazione*, in *Ass.*, 1955, II, p. 72; S. SOTGIA, *In tema di coassicurazione*, in *Ass.*, 1957, I, p. 3 ss.; C. DI NANNI, *L'assicurazione plurima: brevi note sulla distinzione fra assicurazione cumulativa e coassicurazione*, cit., p. 201.

²⁵ G. BRAUNER, *La coassicurazione (art. 1911 cod. civ.)*, cit., p. 855.

quale “se più assicuratori concorrono nella medesima assicurazione o nell’assicurazione di rischi relativi alle stesse cose, ciascuno per una quota determinata, essi sono tenuti al pagamento dell’indennità assicurata soltanto in proporzione della rispettiva quota, senza alcun vincolo solidale, anche se abbiano sottoscritto un’unica polizza”²⁶.

È solo con il codice civile del 1942 che la coassicurazione trova pieno riconoscimento legislativo nell’art. 1911 in virtù del quale “qualora la medesima assicurazione o l’assicurazione di rischi relativi alle stesse cose sia ripartita tra più assicuratori per quote determinate, ciascun assicuratore è tenuto al pagamento dell’indennità assicurata soltanto in proporzione della rispettiva quota, anche se unico è il contratto sottoscritto da tutti gli assicuratori”. La stringatezza della norma²⁷ non consente di ricostruire compiutamente l’istituto in esame se non attraverso l’analisi delle pronunce della giurisprudenza, l’apporto della dottrina e, laddove, rinvenibile, l’ausilio della prassi contrattuale²⁸.

Il dettato della norma non pone dubbi sulla circostanza che la ripartizione del rischio fra la pluralità di assicuratori avvenga, conformemente alla prassi, *pro quota* previo accordo fra gli stessi e l’assicurando, essendo esclusa, in linea di principio e come si preciserà a breve, la solidarietà che, invece, come si è visto, caratterizza l’assicurazione cumulativa.

Generalmente, nella prassi, l’accordo di coassicurazione può estrinsecarsi attraverso due modalità²⁹: nella prima, il rapporto di

²⁶ Sul punto G. BRAUNER, *ult. op. cit.*, p. 856 e s.

²⁷ M. IRRERA, *La riassicurazione e la coassicurazione*, cit., p. 242. Se da un lato la formulazione della disposizione normativa in esame dà alle parti ampia libertà di configurare il rapporto di coassicurazione secondo le proprie esigenze, dall’altro la sua elasticità può costituire significative incertezze per i contraenti, nella specie per l’assicurato. A tali incertezze non sempre la giurisprudenza e la dottrina vi hanno posto rimedio. Sul punto A. SOLIMANDO, *Note sulla coassicurazione*, cit., p. 110.

²⁸ In tale caso è utile la documentazione proveniente dall’ANIA laddove accessibile.

²⁹ Va, peraltro, messo in luce che l’elasticità dell’art. 1911 c.c. in linea di principio non mette limiti alle modalità in cui può attuarsi la coassicurazione. Parte della dottrina ha ritenuto come necessario elemento della coassicurazione il consenso dell’assicurato; altra parte ritiene sufficiente che l’assicurato sia a conoscenza dell’accordo di ripartizione fra gli assicuratori. Per una ricostruzione degli orientamenti in parola si rinvia a A. SOLIMANDO, *Note sulla coassicurazione*, cit., p. 112.

coassicurazione sorge con l'intervento di tutti i coassicuratori e dell'assicurato; quest'ultimo "ha rapporti con tutti gli assicuratori, a ciascuno versa la quota parte del premio ed effettua le varie dichiarazioni relative al rischio e al sinistro; richiede, inoltre, la quota di indennità"³⁰. Tale ipotesi ricorre quando vengono coperti rischi di notevole rilevanza economica³¹.

Nella seconda ipotesi, che al contrario della prima è frequente nei casi di assicurazioni relative ad interessi assicurativi di valore limitato³² la coassicurazione consiste in un accordo che sorge preventivamente tra i coassicuratori al quale l'assicurato si limita ad aderire³³. In quest'ultimo caso, quindi, l'assicurato non conosce nel dettaglio le specifiche pattuizioni intercorse tra i coassicuratori e le relative clausole esecutive; ciò che rileva, infatti, è che egli sia consapevole e abbia aderito all'accordo di coassicurazione, in caso contrario, siffatto accordo non è a lui opponibile³⁴.

Il contratto di coassicurazione è soggetto alla forma scritta solo *ad probationem* in virtù dell'art. 1888 c.c.; è possibile, pertanto, dimostrare la sussistenza della coassicurazione anche mediante atti scritti diversi dalla polizza³⁵. Inoltre, il contenuto dell'accordo può

³⁰ A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., p. 274.

³¹ S. SOTGIA, *In tema di coassicurazione*, in *Ass.*, I, 1957, p. 6.

³² S. SOTGIA, *ult. op. cit.*, p. 6.

³³ G. FANELLI, *Le assicurazioni*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, 1973, p. 209.

³⁴ Cass., 9 giugno 2003, n. 9199, in *Diritto e giustizia*, fasc. 27, 2003, p. 34, con nota di M.R. SANGIORGIO. La Suprema Corte statuisce che, in difetto del consenso dell'assicurato, l'accordo tra gli assicuratori circa la ripartizione tra loro del rischio non è opponibile all'assicurato stesso, che resta estraneo al patto e conserva il diritto di richiedere all'unico assicuratore col quale ha concluso il contratto il pagamento dell'intera indennità assicurativa, vertendosi in ipotesi del tutto diversa da quella della coassicurazione disciplinata dall'art. 1911 c.c., nella quale il limite dell'obbligazione di ciascun assicuratore presuppone che della ripartizione del rischio tra più assicuratori il terzo contraente sia pienamente consapevole e che abbia aderito ad una tipologia contrattuale comportante gli effetti limitativi propri della coassicurazione disciplinata dal codice civile.

³⁵ Cfr., Cass., 16 marzo 2005, n. 5678, in *Guida al diritto*, 2005, 17, p. 43 la quale si precisa che, pur potendo il contratto di coassicurazione risultare anche da atti scritti diversi dalla polizza (essendone richiesta la forma scritta soltanto "ad probationem"), non può ritenersi dotata di efficacia probatoria in ordine alla esistenza,

assumere caratteri diversi: può, come osservato dalla dottrina³⁶, intercorrere volta per volta o essere stabilito in via generale e preventiva; l'accordo, inoltre, può estrinsecarsi tanto in una pluralità di contratti fra coassicuratori e assicurato, quanto in un unico contratto, posto che l'art. 1911 c.c. contempla l'unicità del contratto come una delle possibili fonti della coassicurazione³⁷.

Nell'uno come nell'altro caso, si è visto, la ripartizione del rischio avviene *pro quota*: è lo stesso art. 1911 a stabilire che ciascun assicuratore è tenuto al pagamento dell'indennità assicurata soltanto in proporzione alla rispettiva quota, anche se è unico il contratto sottoscritto da tutti gli assicuratori.

Il ricorso del legislatore all'avverbio "soltanto" costituisce un indice non trascurabile al fine della configurazione dell'obbligazione di ciascun assicuratore come parziaria, anche in presenza di un unico contratto. Ne consegue che la coassicurazione è fonte di una pluralità di posizioni debitorie distinte e parziarie in capo agli assicuratori, con esclusione, quindi, del vincolo della solidarietà³⁸.

alla validità ed all'efficacia del contratto stesso la quietanza di pagamento del premio, benché contenente un esplicito riferimento al rapporto di coassicurazione.

³⁶ A. DONATI, *ult. op. cit.*, p. 274; A. ANTONUCCI, *L'assicurazione fra impresa e contratto*, cit., p. 103. Sulle molteplici configurazioni dell'accordo cfr., altresì, G. BRAUNER, *La coassicurazione*, cit., p. 864 e ss.

³⁷ G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 210 e s.; A. ANTONUCCI, *L'assicurazione fra impresa e contratto*, cit., p. 103 e s. la quale evidenzia che l'unico contratto può poi essere sottoscritto da tutti i coassicuratori o da uno soltanto, in proprio e quale rappresentante degli altri. Con riguardo a questa seconda ipotesi trovano applicazione i principi generali in tema di rappresentanza: in caso di mancanza di un valido negozio per il conferimento della procura, l'assicuratore stipulante è obbligato verso l'assicurato, ai sensi dell'art. 1911 c.c., nei limiti della propria quota, a titolo di responsabilità contrattuale, mentre è obbligato quale *falsus procurator* a titolo di responsabilità extracontrattuale. Sempre applicando le regole generali in tema di rappresentanza, si ammette pacificamente la ratifica del contratto di coassicurazione da parte dei pretesi rappresentati. Per un approfondimento del tema nel versante della giurisprudenza confronta anche G. BALLARINI, sub *art. 1911 c.c.*, in *Le assicurazioni. L'assicurazione nei codici. Le assicurazioni obbligatorie. La distribuzione assicurativa*, a cura di A. LA TORRE, Milano, 2019, p. 240.

³⁸ Sul punto, per una ricostruzione approfondita della natura delle obbligazioni in capo agli assicuratori, cfr. M. RICOLFI, *La coassicurazione*, cit., p. 211, il quale precisa che la coassicurazione dà vita ad obbligazioni soggettivamente complesse ad attuazione parziaria sia sul lato passivo, attinente all'obbligo di indennizzo, sia sul

Tuttavia, non va sottaciuto che la norma in esame non rientra tra quelle inderogabili elencate dall'art. 1932 c.c., con la conseguenza che, come si è anticipato, in linea di principio, il legislatore lascia alle parti la libertà di dare al rapporto di coassicurazione una diversa fisionomia³⁹. Può, pertanto, in astratto configurarsi una coassicurazione con vincolo di solidarietà fra gli assicuratori, fattispecie ritenuta dalla dottrina, che si è espressa in merito, anomala o quantomeno atipica⁴⁰.

4. Si è già rilevato che un rischio può essere assunto in coassicurazione mediante la conclusione di più e separati contratti oppure tramite un unico contratto; nell'uno e nell'altro caso la gestione del rischio può essere complessa e, per renderla più agevole, gli assicuratori, mediante un'apposita pattuizione, denominata clausola di delega o di guida⁴¹, conferiscono ad uno di loro – il c.d. delegatario o

lato attivo, afferente al diritto alla percezione delle quote di premio corrispondenti. In giurisprudenza, secondo l'orientamento consolidato della Cassazione (Cass., 16 settembre 1995, n. 9786; Cass., 12 dicembre 1997, n. 12610 consultabile in nella banca dati *One legale*; Cass., 9 giugno 2003, n. 9194, in *Ass.*, 2003, II, p. 133; Cass., 12 luglio 2005, n. 14590; Cass., 20 aprile 2017, n. 9961; Cass., 19 febbraio 2018, n. 3958 in *Resp. civ. prev.*, 2018, 3, p. 1007; Cass., 30 agosto 2019, n. 21848) il rapporto di coassicurazione comporta l'assunzione di un medesimo rischio da parte di più compagnie assicuratrici per quote espressamente predeterminate.

³⁹ Sul punto si rinvia alle osservazioni ancora attuali di S. SOTGIA, *Considerazioni sul contratto di coassicurazione*, in *Ass.*, 1964, p. 48 il quale, nell'evidenziare che il contenuto dell'art. 1911 c.c. è dispositivo, “ne discende immediato il problema della determinazione dei limiti di disponibilità formativa dei soggetti. (...) Basta a dimostrazione di ciò considerare che non si viene ancora a stabilire come il contratto di coassicurazione sorga, e meglio ancora possa sorgere; né quando esso sia efficace ed operativo tra gli assicuratori e lo divenga anche di fronte all'assicurato od agli assicurati; come ancora se esso soggiaccia pienamente ai principi contrattuali di validità richiesti per il contratto di assicurazione oppure consenta delle eccezioni; nonché infine non si dice se esso possa perdere le sue caratteristiche per trasformarsi ed identificarsi con un'altra figura”. Più recentemente: G. BRAUNER, *La coassicurazione (art. 1911 cod. civ.)*, cit., p. 863 il quale cita un App. Genova, 8 settembre 1953, in *Giur. it.*, 1954, II, p. 135.

⁴⁰ S. SOTGIA, *Considerazioni sul contratto di coassicurazione*, cit., p. 48; A. LA TORRE, *Coassicurazione, delega e posizione giuridica della compagnia delegataria*, in *Scritti di diritto assicurativo*, Milano, 1979, p. 326.

⁴¹ La clausola di delega o clausola di guida è nota al diritto tedesco come *Führungsklausel*. Sul punto cfr. A. LA TORRE, *Coassicurazione, delega e posizione giuri-*

leader o *aperiteur* – il potere di “gestire” il contratto. Di regola, il delegatario è l’assicuratore al quale l’assicurato si è rivolto per la copertura del rischio e quello che assume la maggiore quota di rischio⁴²; alla clausola di delega aderisce quindi lo stesso assicurato⁴³.

Di questo strumento che, come si vedrà, assume nella prassi un ruolo significativo nelle operazioni di coassicurazione, se ne giovano sia i coassicuratori, che l’assicurato⁴⁴: infatti la presenza della clausola non solo non inficia il profilo caratterizzante la coassicurazione – consistente, come più volte rilevato, nell’assunzione *pro quota* dell’obbligo di pagare l’indennizzo al verificarsi del sinistro – ma, anzi, agevola la gestione della stessa, in quanto per un verso i coassicuratori saranno esonerati dalla gestione del contratto, per l’altro verso

dica della compagnia delegataria, cit., p. 221, il quale evidenzia che siffatta clausola sia generalmente nota sotto la duplice denominazione di “delega” e “guida”: termini che indicano rispettivamente l’aspetto esterno (procura) e quello interno (gestione) del conferimento dei poteri rappresentativi. La simultanea adozione dei due termini rende meglio il concetto e serve quasi ad avvertire che, quando si parla di “delega”, non si fa che porre l’accento sul *lato esterno* (corsivo dell’A.) del rapporto, quello cioè che intercorre fra gli assicuratori e l’assicurato, presso il quale i primi accreditano uno di essi a rappresentarli nel compimento di tutte le operazioni giuridiche che, altrimenti, dovrebbero essere frazionate o ripetute tante volte quante sono le quote di ognuno; e quando si parla di “guida” si tende piuttosto a sottolineare il *lato interno* (corsivo dell’A.) del rapporto, quello in virtù del quale uno degli assicuratori si assume nei rimanenti l’obbligo di gestire la polizza per conto di tutti: con i doveri, le facoltà ed i poteri di iniziativa che competono a chi è proposto, come “dirigente”, alla cura degli interessi del gruppo.

⁴² G. SANTI, *Il contratto di assicurazione*, cit., p. 363; A. LA TORRE, *Coassicurazione, delega e posizione giuridica della compagnia delegataria*, cit., p. 285; M. RICOLFI, *La riassicurazione*, cit., p. 43.

⁴³ Sul punto cfr. Cass. civ., 20 aprile 2017, n. 9961, la quale precisa che in difetto del consenso dell’assicurato, l’accordo tra gli assicuratori circa la ripartizione tra loro del rischio non è opponibile all’assicurato stesso, che resta estraneo al patto e conserva il diritto di richiedere all’unico assicuratore con il quale ha concluso il contratto il pagamento dell’intera indennità assicurativa, vertendosi in ipotesi del tutto diversa da quella della coassicurazione disciplinata dall’art. 1911 c.c., nella quale il limite dell’obbligazione di ciascun assicuratore presuppone che della ripartizione del rischio tra più assicuratori il terzo contraente sia pienamente consapevole e che abbia aderito ad una tipologia contrattuale comportante gli effetti limitativi propri della coassicurazione disciplinata dal codice civile.

⁴⁴ S. SOTGIA, *Pluralità di contratti e coassicurazione*, in *Ass.*, I, 1974, p. 131.

l'assicurato non dovrà comunicare con tutti i coassicuratori, ma sarà agevolato dalla circostanza che potrà interloquire con un solo di essi⁴⁵. Viceversa, in sua assenza, l'assicurato dovrebbe avere rapporti con tutti i coassicuratori, stipulando un contratto con ognuno di essi, pagando ad ognuno la rispettiva quota di premio e, al verificarsi del sinistro, dovrebbe richiedere ad ognuno l'indennità per la parte loro spettante⁴⁶.

Posto che le imprese coassicuratrici fanno ampio ricorso a tale clausola la cui formulazione assume contenuti variabili e non sempre chiari⁴⁷, essa è stata oggetto di particolare attenzione in seno alla dottrina e alla giurisprudenza le quali si sono occupate di definirne la natura giuridica e le concrete modalità attraverso le quali si esplica nella prassi.

Con riguardo alla prima, si è pressoché concordi nell'inquadrare siffatta clausola nello schema del mandato con rappresentanza, più precisamente nel mandato collettivo e in *rem propriam*: collettivo perché l'incarico viene conferito da una pluralità di imprese di assicurazione ossia i coassicuratori; in *rem propriam* perché lo stesso viene assunto da una sola impresa non solo nell'interesse di tutte le imprese ma anche nell'interesse proprio⁴⁸.

⁴⁵ M. IRRERA, *La riassicurazione e la coassicurazione*, cit., p. 145; F. DE MARCO, *Questioni in tema di Führungsklausel nella coassicurazione*, cit., p. 20; C. PERSICO, *La cosiddetta clausola di delega nella coassicurazione*, in *Ass*, 1960, p. 95 «perché altrimenti il sistema della coassicurazione potrebbe non essere gradito all'assicurato, qualora fosse costretto alle adempienze che gli spettano di fronte a ciascun assicuratore».

⁴⁶ G. BRAUNER, *La coassicurazione (art. 1911 cod. civ.)*, cit., p. 866.

⁴⁷ G. FANELLI, *Le assicurazioni*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, 1973, p. 212.

⁴⁸ In dottrina: A. LA TORRE, *Coassicurazione, delega e posizione giuridica della compagnia delegataria*, cit., p. 220, il quale precisa che tuttavia non sempre l'obbligo di gestione della delegataria è in esecuzione di un contratto di mandato – anche se questa è la fonte più comune – potendo dipendere da precedenti e più vasti accordi di coordinamento fra imprese o da forme consorziali e para-associative o comunque da incarichi non precisamente configurabili come mandato vero e proprio. M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, cit., p. 247; M. ROSSETTI, *La coassicurazione*, in *Il diritto delle assicurazioni*, II, *Le assicurazioni contro i danni*, Padova, 2012, p. 62; A. ANTONUCCI, *L'assicurazione fra impresa e contratto*, cit., p. 104; S. SOTGIA, *Pluralità di contratti e coassicurazione*, cit., p. 131: «la clausola di delega si presenta

Parrebbe isolata, invece, l'opinione di una parte della giurisprudenza⁴⁹ – espressasi peraltro in una pronuncia di merito risalente – che configura la clausola in esame alla stregua di una delegazione di pagamento secondo la disciplina contenuta negli artt. 1268 e 1271: la clausola di delega realizzerebbe, secondo il Giudice di merito, la sostituzione dal lato soggettivo passivo, per effetto della quale l'impresa delegataria diventa obbligata in proprio anche per le quote dei deleganti ai quali subentrerebbe, appunto, per un fenomeno di successione nel rapporto obbligatorio. Nondimeno è isolata e oggetto di critica da parte della dottrina una pronuncia di merito e una di legittimità che hanno inquadrato la clausola di delega nella indicazione di pagamento. Tale tesi è stata reputata “angusta” e “unilaterale” poiché elaborata con riguardo non alla prestazione assicurativa, ma all'obbligazione dell'assicurato al quale viene assegnato uno dei coassicuratori come soggetto legittimato a ricevere il pagamento del premio per conto di tutti gli altri⁵⁰.

Relativamente al concreto atteggiarsi della clausola di delega, di regola, essa può consistere in accordi stabili tra le imprese di coassi-

quale conferimento di mandato collettivo ad uno (o più) degli assicuratori avente quale contenuto la gestione e la tutela degli interessi contrattuali propri e dei mandatarî, deleganti e delegatario»; G. BRAUNER, *op. cit.*, p. 869; F. DE MARCO, *op. cit.*, p. 23; G. SANTI, *Il contratto di assicurazione: commento agli artt. 1882-1932 del codice civile*, cit., p. 363; C. PERSICO, *La cosiddetta clausola di delega nella coassicurazione*, cit., p. 95; A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Assicurazione cumulativa e coassicurazione*, cit., p. 3045; A. LA TORRE, *Coassicurazione, delega e posizione giuridica della compagnia delegataria*, cit., p. 384; A. SOLIMANDO, *Nota sulla coassicurazione*, cit., p. 116; F. RIGOLINO BARBERIS, *Appunti sulla clausola di delega nella coassicurazione in Resp. civ. prev.*, 1975, p. 440; L. DESIDERIO, *Coassicurazione comunitaria*, cit., p. 19.

⁴⁹ Trib. Milano, 26 settembre 1961, in *Ass.*, 1962, II, p. 280 e commentata da A. LA TORRE nel saggio *Coassicurazione, delega e posizione giuridica della compagnia delegataria*, in *Scritti di diritto assicurativo*, cit., p. 315, spec. p. 317.

⁵⁰ App. Venezia, 25 gennaio 1956, in *Ass.*, 1956, mass. n. 11; Cass., 19 ottobre 1955, n. 3307, in *Ass.*, 1955, II, 2, p. 131 con nota di F. DE MARCO, *Questioni in tema di assicurazione plurima e di coassicurazione*, cit., p. 19; A. LA TORRE, *Coassicurazione, delega e posizione giuridica della compagnia delegataria*, cit., p. 319 il quale evidenzia che sia la teoria della delegazione che quella dell'indicazione di pagamento sono inaccettabili: non solo perché si fermano su aspetti isolati e fallaci di un rapporto di cui non riescono a misurare le reali dimensioni, ma anche perché si rivelano inidonee a spiegare la vera essenza del fenomeno (...).

curazione – una sorta di contratti quadro – o in singoli accordi di volta in volta conclusi dalle compagnie⁵¹. Può, inoltre, innescarsi nel rapporto di coassicurazione sia al momento della sua formazione che in quello successivo⁵².

Quando all'impresa delegataria viene conferito il potere di stipulare il contratto di assicurazione in nome e per conto degli altri coassicuratori, le dichiarazioni e comunicazioni ricevute dal delegatario si considerano pervenute a tutti i coassicuratori nel momento stesso in cui giungano al delegatario. Il delegatario, in virtù della clausola di delega, può essere legittimato a ricevere ed emettere tutte le comunicazioni relative al contratto, specie quelle attinenti al rischio, alla riscossione dei premi, e al pagamento dell'indennizzo che, data l'assenza del vincolo di solidarietà, andrà corrisposta *pro quota* da ciascun assicuratore; inoltre, solo se in concreto è previsto dalla clausola di delega, la richiesta di pagamento dell'indennizzo nei confronti del delegatario interrompe la prescrizione anche nei confronti delle coassicuratrici⁵³.

⁵¹ M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, cit., p. 145; S. SOTGIA, *Pluralità di contratti e coassicurazione*, cit., p. 132 il quale evidenzia che la clausola di delega può considerarsi connaturale all'accordo coassicurativo. In giurisprudenza cfr.: Trib. Genova 12 agosto 1959, in *Ass.*, 1960, p. 94.

⁵² S. SOTGIA, *Pluralità di contratti e coassicurazione*, cit., p. 131.

⁵³ Cass., 1 luglio 2024, n. 18048: In materia di coassicurazione, in presenza di una "clausola di delega" – con la quale i coassicuratori conferiscono ad uno solo di essi l'incarico di compiere gli atti relativi allo svolgimento del rapporto assicurativo, pur rimanendo obbligati al pagamento dell'indennità solo "pro quota" – la richiesta di pagamento effettuata dall'assicurato (direttamente o tramite broker) nei confronti della compagnia delegataria e la sua citazione in giudizio per il pagamento dell'intero indennizzo sono idonee ad interrompere la prescrizione del diritto al pagamento dell'indennità nei confronti degli altri coassicuratori esclusivamente allorché detta compagnia abbia assunto contrattualmente, accanto a compiti di gestione della polizza, anche quelli di ricezione di tutte le comunicazioni ad essa inerenti, perché l'obbligazione del coassicuratore, essendo parziaria, non soggiace alla regola della trasmissione degli effetti interruttivi della prescrizione vigente nelle obbligazioni solidali *ex art.* 1310 c.c. Cass., 4 marzo 1999, n. 1830 in *Ass.*, 1999, II, 2, p. 141 e 2000, II, 2, p. 109 con nota di A. SOLIMANDO, *Note sulla coassicurazione*. Cfr., altresì, Cass. civ., 13 maggio 2002, n. 6812: "Qualora la clausola nel suo concreto atteggiarsi attribuisca al delegatario il potere di interrompere la prescrizione non è necessario che la società delegataria dichiari di agire per conto delle società deleganti affinché si producano in loro favore gli effetti interruttivi della prescri-

Analogamente all'ipotesi poc' anzi accennata, ossia a seconda del concreto atteggiarsi della clausola di delega, i poteri della delegataria, di regola, sono limitati in ordine alla gestione del contratto⁵⁴; a titolo esemplificativo, la delegataria non può decidere autonomamente, in caso di sinistro, se indennizzare l'assicurato o stabilire l'entità dell'indennizzo⁵⁵.

Quanto alla revoca dei poteri in capo alla delegataria da parte degli altri coassicuratori, essa può essere espressamente contemplata

zione connessi alla richiesta di pagamento dei premi o delle rate di premio scaduti, costituendo tali effetti conseguenza naturale della clausola.” Più recentemente: Cass., 30 maggio 2013 n. 13661 in *Resp. civ. prev.*, 2013, 5, p. 1667; Cass., 10 agosto 2016, 16862: Nell'ipotesi di coassicurazione con clausola di delega, l'atto di denuncia del sinistro con cui l'assicurato richiede il pagamento dell'indennizzo alla compagnia delegataria è idoneo a interrompere la prescrizione del diritto anche nei confronti di ciascun coassicuratore, laddove nella polizza sia previsto che l'assicurato intrattenga i rapporti relativi al contratto unicamente con l'impresa delegataria e che quest'ultima sia tenuta a informarne le altre compagnie coassicuratrici. Più recentemente, in senso conforme, cfr.: Cass., 17 ottobre 2016, n. 20934. Secondo tale pronuncia, la clausola di delega con la quale i coassicuratori conferiscono a uno solo di essi l'incarico di compiere gli atti relativi allo svolgimento del rapporto assicurativo non fa venir meno, anche quando preveda che la denuncia di sinistro sia fatta al solo delegato, la caratteristica saliente della coassicurazione, consistente nell'assunzione *pro quota* dell'obbligo di pagare l'indennità. Ne consegue che, laddove in aggiunta ai compiti di gestione della polizza non risulti attribuita anche la rappresentanza in ordine a tutte le comunicazioni contrattuali, la prescrizione del diritto all'indennizzo nei confronti del coassicuratore delegante non rimane interrotta dalla costituzione in mora del delegato, così come non rimane interrotta neanche dalla citazione in giudizio di quest'ultimo, salvo che non gli sia stata conferita la rappresentanza processuale. Sull'ambito di operatività della clausola di delega si rinvia a M. ROSSETTI, *La coassicurazione*, in *Il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 64.

⁵⁴ A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Assicurazione cumulativa e coassicurazione*, cit., p. 3048.

⁵⁵ La clausola di delega attribuisce alla impresa delegataria poteri di gestione del contratto di assicurazione che possono esplicarsi con modalità variabili a seconda di quanto contemplato in un ulteriore strumento contrattuale distinto dalla clausola di delega e denominato “convenzione di delega”. In altri termini, la gestione interna del contratto di assicurazione fra le imprese assicuratrici può essere disciplinata oltre che dalla clausola di delega alla quale, come si è visto, aderisce l'assicurato anche da un'autonoma convenzione fra i coassicuratori. Sul punto cfr.: RICOLFI, *La coassicurazione*, cit., p. 299. Trib. Milano 26 settembre 1961, in *Ass.*, II, 1962; Cass. civ., 19 ottobre 1955, n. 3307, in *Ass.*, 1957, I, p. 19.

dalla clausola di delega; in mancanza di tale previsione, essendo ormai prevalente l'opinione che riconduce la fattispecie in esame al mandato in *rem propriam*, trova applicazione il secondo comma dell'art. 1723 c.c., in virtù del quale i coassicuratori potranno revocare il mandato alla delegataria solo in presenza di una giusta causa, quale un comportamento doloso o gravemente colposo⁵⁶.

Infine, sempre in virtù del concreto atteggiarsi della clausola di delega, l'interprete potrà valutare se essa attribuisca al delegatario la rappresentanza processuale in giudizio dei coassicuratori. Sul punto dottrina e giurisprudenza⁵⁷ sono concordi nel ritenere che il delegatario debba essere espressamente autorizzato dalle imprese coassicuratrici deleganti, anche alla luce dell'art. 77 c.p.c. Laddove sussista il conferimento del potere di rappresentanza processuale, il delegatario può agire in giudizio per ottenere la condanna dell'assicurato al pagamento dei premi o essere convenuto per il pagamento dell'indennità. In quest'ultimo caso, l'eventuale condanna al pagamento dell'indennizzo riguarderà la delegataria "in proprio per la quota corrispondente alla sua frazione di rischio, mentre, per le altre quote, ciò avverrà nella sua veste rappresentativa e, quindi, soltanto nel nome delle altre imprese coassicuratrici"⁵⁸. È appena il caso di precisare che il coassicuratore delegatario, anche in assenza del conferimento della rappresentanza processuale e sempre che il contenuto della delega sia strettamente limitato ai singoli atti relativi alla esecuzione del contratto, può compiere nell'interesse di tutti i coassicuratori gli atti urgenti e le misure cautelari contemplate dall'art. 77 c.p.c., ciò in ra-

⁵⁶ A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Assicurazione cumulativa e coassicurazione*, cit., p. 3048 e s. e G. BRAUNER, *La coassicurazione (art. 1911 cod. civ.)*, cit., p. 853 ss.

⁵⁷ Cass., 28 gennaio 2005, n. 1754 in *Ass.*, 2005, 3, II, p. 196; Cass., 29 novembre 2004, n. 22386; Cass., 9 giugno 2003, n. 9194; in dottrina: S. SOTGIA, *Pluralità di contratti e coassicurazione*, cit., p. 132; dello stesso A., *Coassicurazione, delega e posizione giuridica della compagnia delegataria*, cit., p. 323; G. FANELLI, *Assicurazione contro i danni n. 2.3.11. La clausola di delega*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1987; M. RICOLFI, *La coassicurazione*, cit., p. 318; G. SCALFI, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, 1991, p. 213; G. CASTELLANO e S. SCARLATELLA, *Le assicurazioni private*, Torino, 1981, p. 329 ss.

⁵⁸ G. FANELLI, *Assicurazione contro i danni n. 2.3.11. La clausola di delega*, cit.; M.M. ROSSETTI, *La coassicurazione*, in *Il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 66.

gione del fatto che in conformità alla suindicata norma è un “preposto a determinati affari”⁵⁹.

Un ulteriore profilo che ha costituito oggetto di esame da parte della giurisprudenza è l'ipotesi in cui l'impresa coassicuratrice agisca in assenza del potere rappresentativo. In tale circostanza, troveranno applicazione i principi generali in tema di falsa rappresentanza in virtù dei quali i coassicuratori falsamente rappresentati hanno la facoltà di ratificare l'operato del coassicuratore *falsus procurator*; naturalmente anche la ratifica deve risultare da atti scritti posto che, come si è in precedenza precisato, la coassicurazione deve rivestire la forma *ad probationem*⁶⁰. Ove, invece, i coassicuratori non ratifichino l'operato della coassicuratrice, quest'ultima pur obbligata nei confronti dell'assicurato solo per la quota di rischio assunto, tuttavia sarà responsabile, quale *falsus procurator*, nei confronti dell'assicurato del danno da questi patito⁶¹.

Va, infine, dato conto che se l'art. 1911 c.c. non menziona espressamente la clausola di delega, consentendo quindi alle parti di farvi ricorso o meno, essa è espressamente contemplata nel codice delle assicurazioni agli artt. 161 e 162 cod. ass., ai quali si sono aggiunti gli artt. 162-*bis* e *ter* introdotti, con il recepimento della direttiva Solvency II, dal d.lgs. 74 del 2015. La clausola di delega, differentemente dalla disciplina del codice civile, rappresenta nella coassicurazione comunitaria un elemento costitutivo della fattispecie⁶². Essa, infatti, deve essere necessariamente conferita ad uno dei coassicuratori affinché curi la gestione del contratto per conto e nell'in-

⁵⁹ G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 214 e s.

⁶⁰ Cass., 3 aprile 2004, n. 4005 in *Ass.*, 2000, II, 2, p. 222, Secondo la Suprema Corte poiché il contratto di assicurazione deve essere provato per iscritto (art. 1988 c.c.), la ratifica di tale contratto deve risultare anch'essa da atti scritti. Pertanto, con riferimento ad un contratto di coassicurazione stipulato da un coassicuratore che abbia dichiarato di agire in nome e per conto di altri coassicuratori, senza essere munito di procura, la ratifica, pur potendosi desumere da “facta concludentia” e quindi non dovendo essere espressa, deve essere dimostrata attraverso atti scritti provenienti dai coassicuratori falsamente rappresentati.

⁶¹ Cass., 9 febbraio 1987, n. 1372 consultabile nella banca dati *One legale*; Cass., 9 maggio 1996, n. 4348 in *Corriere giur.*, 1996, 10, p. 1121.

⁶² Sul punto si rinvia a G. PARTESOTTI, *Commento alla legge 11 novembre*

teresse di tutti. Il delegatario esercita tutte le attribuzioni previste con la delega e quelle spettanti secondo gli usi. Relativamente a quest'ultimi, il legislatore ha avuto riguardo non agli usi normativi ma, in senso più ampio, alla prassi della coassicurazione come già contemplato dall'art. 2 della abrogata direttiva 78/473/CEE che, per prima, ha disciplinato la coassicurazione comunitaria⁶³.

4.2. Il ruolo nevralgico della clausola di delega nei rapporti di coassicurazione emerge anche sotto il profilo fiscale relativamente al quale si è sviluppato un vivace dibattito in seno alla dottrina e alla giurisprudenza chiamate ad occuparsi del tema⁶⁴. Come si è visto, con la clausola di delega le imprese coassicuratrici conferiscono alla delegataria il potere di gestire aspetti del contratto di coassicurazione che comprendono – a titolo esemplificativo e a seconda del suo concreto atteggiarsi – la riscossione del premio, il pagamento dell'indennizzo, la ricezione e trasmissione delle varie comunicazioni attinenti al contratto.

Nella prassi è frequente che per lo svolgimento di tali attività l'impresa delegataria venga remunerata dalle compagnie deleganti attraverso la corresponsione delle c.d. commissioni di delega. Quest'ultime nel tempo sono state assoggettate dall'amministrazione fi-

1986, n. 772, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, p. 611, il quale evidenzia efficacemente che la clausola di delega rappresenta un momento chiave della semplificazione operativa delle operazioni di coassicurazione.

⁶³ L. DESIDERIO, sub artt. 161-162, *Coassicurazione comunitaria*, in *Il codice delle assicurazioni private*, Commentario al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, cit., p. 22.

⁶⁴ Sulla tematica in esame, che ha coinvolto prevalentemente i cultori del diritto tributario, si rinvia a: G. ESCALAR, *Per l'applicabilità dell'esenzione dall'IVA alle attività di coassicuratrice delegataria*, in *Corriere tributario*, fasc. 39, 2018, p. 2995; L. COGLIANDRO, *La querelle sull'applicabilità dell'esenzione iva alle "commissioni di delega nella coassicurazione*, in *Diritto e pratica tributaria*, fasc. 1, 2022, p. 262, nota a Cass., sez. trib., ord. 5 novembre 2020, n. 24713; A. VIGNOLI, *Le commissioni di delega nelle coassicurazioni sono una prestazione autonoma?*, in *Rassegna tributaria*, fasc. 8, 2018, p. 788; G. BIZIOLI, L. ŠABBI, *Il regime IVA applicabile alle operazioni di coassicurazione*, in *Bollettino tributario*, fasc. 19, 2018, p. 1351; G. SCIFONI, *La Cassazione in favore dell'esenzione da IVA dei contratti di coassicurazione*, in *Corriere tributario*, fasc. 19, 2018, p. 1503; M. PROCOPPIO, *Imponibilità IVA delle commissioni di delega nel settore assicurativo - rientrano tra le prestazioni di servizi le attività svolte dall'impresa delegataria*, in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, fasc. 11, 2018, p. 868 ss.

scale all'imposta di valore aggiunto (IVA) sul presupposto che tali prestazioni fossero autonome dal contratto di assicurazione e costituissero prestazioni di servizio per le quali la impresa delegataria riceve un corrispettivo che, come tale, è imponibile sulla base dell'art. 3, comma 3 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633⁶⁵.

Viceversa, per le imprese di assicurazioni destinatarie dell'imposizione fiscale, i corrispettivi conseguiti dall'impresa delegataria per le attività da essa svolta sono esenti dall'applicazione del tributo sul presupposto che i servizi resi dalla delegataria in virtù della clausola di delega sono da reputarsi a tal punto strettamente connessi alle operazioni di assicurazioni da costituire un *unicum* con esse con la conseguente assoggettabilità delle stesse al regime contemplato dall'art. 10, comma 1, n. 2 del già citato d.P.R. n. 633 del 1972⁶⁶.

In sede di impugnazione dei provvedimenti emessi dall'amministrazione finanziaria, la giurisprudenza di merito non ha assunto una posizione univoca. Infatti, ad una corrente che propende per l'esenzione dall'IVA delle prestazioni poste in essere dalla coassicuratrice in virtù della clausola di delega⁶⁷, si contrappone un orientamento secondo cui le commissioni di delega sarebbero imponibili⁶⁸.

⁶⁵ È appena il caso di precisare che, come è noto, in virtù dell'art. 3, terzo comma, ultima parte del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 prevede "le prestazioni di servizi rese o ricevute dai mandatari senza rappresentanza sono considerate prestazioni di servizi anche nei rapporti tra il mandante e il mandatario.

⁶⁶ Tale norma esenta dal tributo "le operazioni di assicurazione, di riassicurazione e di vitalizio. Analoga disposizione è prevista dall'art. 135, paragrafo 1, lett. a) della direttiva 2006/112/CE (c.d. Direttiva IVA) che, tra le molteplici operazioni per le quali gli Stati membri possono prevedere l'esenzione fiscale, contempla "le operazioni di assicurazione e di riassicurazione, comprese le prestazioni di servizi relative a dette operazioni, effettuate dai mediatori e dagli intermediari di assicurazione". La *ratio* della disposizione in esame è quella di evitare che l'assoggettamento all'imposizione fiscale delle operazioni di assicurazione possa comportare per l'assicurato una duplice tassazione, posto che il successivo art. 401 della medesima Direttiva consente agli Stati membri di applicare le imposte ai premi di assicurazione.

⁶⁷ Cfr. *ex multis*; Comm. trib. Reg. Milano (Lombardia), sez. XVI, 21 marzo 2019, n. 1322; Comm. trib. Prov. Milano, sez. XVIII, 11 novembre 2019, n. 4709; Comm. trib. Prov. Milano, sez. XVIII, 19 settembre 2019, n. 3766; Comm. trib. Reg. Milano (Lombardia), sez. II, 10 luglio 2018, n. 3177.

⁶⁸ Cfr., *ex multis*, Comm. trib. Prov., sez. XVIII, Milano, 10 ottobre 2018, n. 4288; Comm. trib. Prov. Milano, sez. XIX, ottobre 2018, n. 4310; Comm. trib. Reg.

Il contenzioso in parola è approdato, quindi, sino alla Corte di Cassazione la quale, a sua volta, non è giunta ad un orientamento uniforme. Infatti, talune pronunce hanno propenso per l'esenzione IVA a condizione che sussistessero due presupposti: uno generale e di carattere oggettivo, ossia che la prestazione sul piano fiscale sia unica anche se materialmente si estrinseca in più atti: ciò è configurabile "quando due o più attività poste in essere dal soggetto passivo siano strettamente connesse a tal punto da formare una sola prestazione economica la cui scomposizione avrebbe carattere artificioso"; uno specifico, di carattere soggettivo e strettamente attinente alle operazioni di coassicurazione, ossia che tra l'impresa assicurativa, che opera in veste di delegataria, e l'assicurato sussista un vincolo contrattuale consistente per la coassicuratrice delegataria nell'aver assunto anche solo *pro quota* il rischio⁶⁹. A tal fine, va prestata particolare attenzione alla specifica configurazione dei rapporti contrattuali ricorrenti nella fattispecie concreta. A titolo esemplificativo, occorre verificare se la impresa di assicurazione delegataria, che è de-

Milano (Lombardia), sez. XIX, 11 settembre 2018, n. 3748. Per un commento dell'orientamento in esame si rinvia a: G. BIZIONI, L. SABBI, *Il regime IVA applicabile alle operazioni di coassicurazione*, in *Bollettino tributario*, fasc. 19, 2018, p. 1351, spec. 1354.

⁶⁹ Cass., 4 novembre 2016, n. 22429, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1239 con nota di D. BONACCORSI DI PATTI, *Noterelle su "operazione assicurativa" e coassicurazione alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, p. 1239; Cass., 8 marzo 2017, n. 5885; Cass. 11 ottobre 2017 n. 23785; Cass., 18 luglio 2018, n. 18427; Cass, 15 settembre 2017, n. 21406. Per un commento dell'orientamento in parola si rinvia, altresì, a: G. ESCALAR, *Per l'applicabilità dell'esenzione dall'IVA alle attività di coassicuratrice delegataria*, cit., p. 2995. La posizione della Cassazione sembra allinearsi a quella espressa dalla Corte di Giustizia (Corte Giust. UE, 25 febbraio 1999, causa C-349/96, *Card Protection Plan Ltd (CPP) v. Commissioners of Customs & Excise*, punto 16, in *Bollettino tributario One-line*) secondo cui ai fini dell'esenzione IVA occorre che le prestazioni collaterali costituiscano un unicum inscindibile col contratto di assicurazione. In altri termini, un'operazione è unica sul piano tributario quando uno o più elementi o atti forniti dal soggetto passivo sono strettamente connessi a tal punto da formare una sola prestazione economica indissociabile la cui scomposizione avrebbe carattere artificioso e ciò anche quando la pluralità degli atti necessari a completare la prestazione possa coinvolgere anche soggetti estranei al rapporto contrattuale. Per un riferimento alla posizione della giurisprudenza della Corte di Giustizia cfr.: G. BIZIONI, L. SABBI, *Il regime IVA applicabile alle operazioni di coassicurazione*, cit., p. 1351, spec. p. 1354.

putata alla liquidazione dei sinistri, sia anche l'impresa con la quale l'assicurato ha concluso il contratto di assicurazione, seppure la stessa si sia impegnata ad assumere il rischio solo pro quota conformemente ai meccanismi di operatività dell'operazione coassicurativa⁷⁰.

Al contrario, secondo un orientamento più recente⁷¹, le operazioni svolte dall'impresa di coassicurazione in virtù della clausola di delega non darebbero luogo ad attività assicurativa, dal momento che i servizi prestati dalla delegataria sono resi su incarico delle altre imprese coassicuratrici e da queste remunerate a posteriori e non in precedenza come avviene per il premio di assicurazione. In altri termini, il contratto assicurativo e la clausola di delega rappresentano due diverse fattispecie (la seconda delle quali configurante un elemento meramente tecnico finalizzato a conferire all'assicuratore un potere di rappresentanza nell'ambito della coassicurazione).

Va peraltro dato conto che la suddetta posizione parrebbe confermata dalla consulenza giuridica resa dall'Agenzia delle entrate⁷² in merito all'accordo di autodisciplina redatto dall'ANIA nel 2019 proprio con riferimento al trattamento fiscale delle attività poste in essere dalle imprese assicurative nella veste di delegatarie nei rapporti di coassicurazione. L'agenzia delle entrate riconosce l'esenzione IVA solo nella ipotesi in cui le prestazioni rese dalla delegata-

⁷⁰ Cass., 24 luglio 2018, n. 19583; Cass., 4 novembre 2016, n. 22429.

⁷¹ Conformi: Cass., 5 novembre 2020, n. 24714; Cass., 5 novembre 2020, n. 24713; Cass., sez. trib., 25 maggio 2018, n. 13111; Cass., sez. trib., 25 maggio 2018, n. 13112; Cass., 29 agosto 2018, n. 21303; Cass., 31 luglio 2018, n. 20249; Cass., 31 luglio 2018 n. 20250; Cass., 31 luglio 2018, n. 20251; Cass., Ordinanza, 5 novembre 2020 n. 24713 annotata da L. COGLIANDRO in *Diritto e pratica tributaria*, n. 1, 1 gennaio 2022, p. 258; Cass., Ordinanza, 5 novembre 2020, n. 24714.; più recentemente: Cass., 13 maggio 2021, n. 12854, annotata da M. MANCINI, *IVA sulla coassicurazione: negata l'esenzione per le prestazioni di delega*, consultabile in www.dirittoebancario.it, *Giurisprudenza*, 2021. Per un'analisi critica dell'orientamento in parola cfr.: A. VIGNOLI, *Commissioni di delega nelle coassicurazioni*, cit., p. 788 ss.; M. PROCOPIO, *Imponibilità IVA delle commissioni di delega nel settore assicurativo – rientrano tra le prestazioni di servizi le attività svolte dall'impresa delegataria*, cit., p. 869.

⁷² Agenzia delle entrate, Consulenza giuridica n. 956-25/2019 – inedita – della quale si dà conto in *L'Agenzia delle Entrate si pronuncia sul nuovo Codice ANIA di autodisciplina in materia di coassicurazione*, a cura di E. ROBBICI, D. SETTEMBRE e D. VIO, PwC TLS, 2020.

ria – peraltro su incarico dell'assicurato e non delle altre coassicuratrici⁷³ – siano remunerate con parte del premio assicurativo corrispondente ai costi di gestione, fermo restando che la restante quota di premio spetta alle coassicuratrici in funzione del rischio assunto. Non è, quindi, superfluo specificare che per l'Agenzia delle entrate e per l'orientamento più recente della Cassazione il regime di esenzione previsto dall'articolo 10, comma 1, n. 2), del d.P.R. n. 633 del 1972 trova applicazione solo nella ipotesi in cui l'assicurato contraente conferisce ad una delle coassicuratrici l'incarico di porre in essere le operazioni di gestione dell'accordo di coassicurazione e solo per le imprese che hanno aderito all'accordo di autodisciplina redatto dall'ANIA.

Quest'ultimo orientamento non pare condivisibile: come si evince dalla prassi e dai casi sottoposti alla giurisprudenza, alla clausola di delega aderisce l'assicurato; la sua finalità, come si è visto, è quella di soddisfare l'esigenza di semplificare i rapporti tra quest'ultimo e le coassicuratrici in ordine alla gestione dell'operazione di coassicurazione. L'adesione dell'assicurato è essenziale, anche se la clausola di delega è fonte di una pluralità di posizioni debitorie distinte e parzitarie in capo agli assicuratori, con esclusione, quindi, del vincolo della solidarietà. L'apposizione della clausola di delega consente alla delegataria di porre in essere attività che – come ampiamente evidenziato in precedenza – sono ontologicamente connesse al rapporto assicurativo⁷⁴ perché ne agevolano lo svolgimento dalla fase di conclusione fino a quella di esecuzione del contratto di coassicurazione. D'altro canto, non è un caso che nella più recente disciplina dedicata alla coassicurazione comunitaria contenuta nel codice delle assicurazioni, come si è fatto cenno, la clausola di delega rappresenti un elemento costitutivo della fattispecie.

⁷³ La questione sottoposta dall'ANIA, infatti, interessando l'incarico affidato da parte del Contraente/assicurato alla coassicuratrice Incaricata, riguarda specificamente l'individuazione del regime IVA applicabile alle somme corrisposte dallo stesso Contraente alla Incaricata per le prestazioni rese in suo favore nella gestione del contratto di coassicurazione, restando fermo l'inquadramento che la giurisprudenza ha fornito con riferimento alle somme corrisposte dalle altre imprese Coassicuratrici, nell'ambito di rapporti interni.

⁷⁴ A. VIGNOLI, *Commissioni di delega nelle coassicurazioni*, cit., p. 792.

L'orientamento della giurisprudenza di merito e di legittimità che non riconosce l'esenzione IVA a favore delle commissioni di delega sposa, quindi, un approccio "atomistico" delle attività poste in essere dalla delegataria, che rischia di essere pregiudizievole per l'assicurato posto che l'intera operazione – di per sé unitaria – viene nella sostanza assoggettata ad un aggravio fiscale che potrebbe riverberarsi sull'assicurato⁷⁵.

Non va quindi trascurato che date le conseguenze profondamente differenti che discendono dai contrapposti orientamenti giurisprudenziali sinteticamente illustrati, sarebbe auspicabile, come già correttamente evidenziato, un intervento delle Sezioni Unite ove si rilevassero ulteriori pronunce discordanti sul tema.

Abstract

Il contributo, dopo aver svolto una sintetica rassegna dei tradizionali strumenti di ripartizione del rischio fra le imprese di assicurazione, si sofferma sull'istituto della coassicurazione, focalizzando l'attenzione sui risvolti problematici della clausola di delega.

The paper, after providing a brief overview of the traditional tools for risk allocation among insurance companies, focuses on the institution of co-insurance, with particular attention to the problematic aspects of the delegation clause.

⁷⁵ Sul punto cfr. ancora A. VIGNOLI, *Commissioni di delega nelle coassicurazioni*, cit., p. 797, in cui si osserva che l'orientamento che assoggetta ad IVA le prestazioni poste in essere dalla coassicuratrice in virtù della clausola di delega non tiene conto della logica dell'IVA come tributo sul consumo nel quadro dell'oggetto economico del diritto tributario. Tale approccio, infatti, trascura la logica economica con cui l'IVA giunge ad incidere sul consumatore finale: infatti, se nei rapporti tra impresa e consumatore l'esenzione IVA si riverbera positivamente sul consumatore, viceversa, lo stesso non accade nei rapporti *business to business*. In quest'ultimi l'esenzione IVA si risolve in una penalizzazione all'interno della filiera produttiva. Il cliente avrebbe infatti comunque detratto l'eventuale IVA e quindi l'esenzione è indifferente rispetto alla domanda della prestazione; se invece l'IVA sugli acquisti diventa indetraibile, si crea un effetto di cumulo nella filiera che va verso il consumatore finale, dove l'Iva è nuovamente applicata. L'esenzione IVA ha quindi effetti vantaggiosi o penalizzanti o una loro combinazione a seconda del settore di mercato in cui si collocano i singoli operatori e la sua natura di regime strutturale è confermata dall'impossibilità degli operatori di rinunciarvi.

FRANCESCA PULITANÒ

GLI USI PROCESSUALI DELLA *SPONSIO*
DA CICERONE A GAIO:
BREVI RIFLESSIONI
SULLA COSIDDETTA *SPONSIO IN PROBRUM*

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'indagine. – 2. Alcune testimonianze dalle orazioni di Cicerone. – 3. *Sponsio in probrum*, fatti riprovevoli e qualità morali. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Accadimenti recenti mi hanno portato a riprendere lo studio di un tema, quello della *sponsio* processuale, che aveva costituito il primo nucleo delle mie ricerche scientifiche, quando, ormai diversi lustri orsono, l'argomento mi era stato assegnato per la redazione della tesi di laurea. Nel presente contributo intendo riproporre alcune delle riflessioni già in parte svolte in un seminario tenuto a Cagliari nel novembre del 2023, che ha rappresentato l'occasione per una rilettura di alcuni passaggi ciceroniani. In quell'occasione mi ero specificamente soffermata sul famoso testo delle Verrine (2.1.115), nel quale il giureconsulto riepiloga limpidamente le tappe della procedura *per sponsionem* applicata a una lite ereditaria¹; in questa sede

¹ In Cic. *Verr.* 2.1.115, Cicerone ci presenta una procedura perfettamente coincidente con quella dell'*agere in rem per sponsionem* gaiano: *si quis testamentum se heredem esse arbitraretur quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis et vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret e ita de hereditate certaret.* Il testo è da sempre oggetto di citazioni incidentali nell'ambito delle trattazioni di diritto ereditario. A titolo esemplificativo si veda P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, 1², Milano, 1967, p. 131 s.; A. WATSON, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford, 1971, 198; O. DILIBERTO, *Successione ereditaria (Diritto romano)*, in *ED*, 43, 1990, 1302 s. In tempi meno recenti, A.H.J. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Times*, Oxford, 1901, p. 54.

mi occuperò invece di un altro impiego della *sponsio*, che aveva soprattutto impegnato gli studiosi in epoche passate, cioè quello dell'accertamento su questioni riguardanti l'onorabilità.

In questa prospettiva, premessa una breve ricognizione delle principali questioni relative all'*agere per sponsionem*, mi soffermerò più in dettaglio su alcuni episodi narrati da Cicerone, nei quali viene documentato l'uso di quella che gli studiosi tendono a definire *sponsio in probrum*, anche se, come si vedrà, questa espressione non è impiegata quasi mai nelle fonti.

Sia sufficiente ricordare, *in limine*, che a partire dal 2022 sono apparsi diversi contributi di valorizzazione del ruolo del cosiddetto *agere per sponsionem* nella storia del processo romano. Alla disamina di Johannes Platschek, ad esempio, appartiene l'opinione secondo cui occorrerebbe ridimensionare l'importanza del – presunto – riferimento giano alla *sponsio*, del quale leggiamo nella ricostruzione del primo paragrafo del libro quarto del *Commentarii*. Com'è noto, in quel testo il giurista discute criticamente l'opinione dei cosiddetti *quidam*, i quali, prima dell'affermazione della distinzione fra *actio in rem* e *actio in personam*, ritenevano potersi fondare la classificazione delle azioni proprio sui diversi *genera sponsionum*². Se, come sostenuto da Platschek, si potesse ascrivere a un errore di lettura del manoscritto la stessa esistenza dei quattro generi di azioni modellati sulla *sponsio*, tutta la discussione sul ruolo di essa nella tassonomia processuale cadrebbe nel vuoto. Ma, anche se così fosse, non si potrebbe comunque negare la rilevanza della *sponsio* nel panorama complessivo del processo romano.

Rimane infatti degna di considerazione la presunta funzione di 'ponte' dell'*agere per sponsionem* nel passaggio dalle *legis actiones* al processo formulare. Su di essa si è pronunciato, sulla scia delle proposte di Gaetano Scherillo degli anni '60 del Novecento, ancora Mario Varvaro nel 2023, riabilitando la risalente opinione del Maestro milanese e arricchendola con ulteriori, importanti considerazioni sulla simmetria fra struttura della *sponsio* processuale e struttura della formula vindicatoria³.

² J. PLATSCHEK, *Die genera actionum in Gai 4.1*, in *Iura*, 70, 2022, p. 71 ss.

³ M. VARVARO, *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli, 2023, p. 67 ss.

Nello stesso torno di tempo, ma da un diverso punto di osservazione, Ferdinando Zuccotti e Riccardo Fercia si sono dedicati alla ricerca dell'*agere per sponsionem* in alcuni testi giurisprudenziali, nei quali l'intervento dei compilatori deve averne verosimilmente cancellato l'espressa menzione, ma le cui tracce si colgono nelle formulazioni delle questioni giuridiche⁴.

Tornando per un momento al primo punto, dobbiamo osservare che la questione dei *genera sponsionum* viene da lontano: se n'era occupato Franco Gnoli in un articolo del 1972, nel quale, pur non raggiungendo un'opinione definitiva relativamente alla consistenza dei *genera sponsionum*, ripercorreva le tappe della letteratura meno recente, soprattutto tedesca, mettendo in luce la varietà di tesi che si erano sviluppate intorno al primo paragrafo del libro quarto delle istituzioni giainae. Uno dei dilemmi fondamentali, che hanno pervaso le trattazioni dottrinali fin dagli albori, è quello della ricomprensione o meno nei quattro *genera sponsionum* dei due *genera* successivamente prevalsi, cioè quello *in rem* e quello *in personam*, così come descritti da Gaio; per l'opinione affermativa, propendeva, ad esempio, Mario Talamanca, sulla scia di quanto già affermato in precedenza dal suo maestro Arangio-Ruiz. Nel 1992 Matteo de Bernardi, occupandosi della *Lex Irnitana* e del suo contenuto, aveva ripreso la questione della classificazione delle azioni, ritenendo che la procedura per *sponsionem* rivestisse un ruolo importante nel primo secolo d.C. Ma nemmeno questo studioso giungeva a formulare una ricostruzione univoca sul contenuto di ciascuno dei presunti *genera*.

La monografia di Francesco Silla del 2012 ha fatto il punto sulla questione e ha ripercorso la presumibile cronologia dell'emersione della classificazione *in rem/in personam*: essa sarebbe stata il frutto

⁴ F. ZUCCOTTI, *Di alcune verosimili ipotesi di «agere per sponsionem» in Alfeno Varo e in Aristone*, in *RDR*, 2022, p. 1 ss.; R. FERCIA, *'Agere de dolo' e 'agere praescriptis verbis': riflessioni su un'annotazione di Pomponio a Labeone*, in *Milan Law Review*, 4, 2023, p. 34 ss. Sul medesimo passo analizzato da Fercia si veda anche R. CARDILLI, *Un responsum di Labeone tramandato in Ulpianus libro undecimo ad edictum (D. 4.3.9.3) tra dolus e conventio atipica*, in *Ius hominum causa constitutum. Studi in onore di Antonio Palma*, 1, Torino, 2023, p. 341 ss., che però non ritiene pregnante il richiamo all'*agere per sponsionem* e legge il testo nella prospettiva della normale azione di rivendica.

della riflessione dei giuristi del secondo secolo d.C., in particolare di Giuliano, e sarebbe dunque nata in un momento di poco precedente a Gaio. Costui avrebbe poi modellato sulla base di essa tutta la struttura del libro quarto. Proprio Francesco Silla, nel quadro di un discorso generale finalizzato all'individuazione dei *genera sponsionum*, dedicava alcuni accenni anche alla *sponsio in probrum*, sui quali si tornerà tra poco⁵.

Quanto alla 'tipizzazione' in *genera*, Silla riteneva che essa fosse avvenuta prima di Gaio, forse nell'epoca dei fondatori del *ius civile*, in un contesto nel quale l'impiego indifferenziato della *sponsio* non corrispondeva a precisi canoni di classificazione: in questo senso egli passava rapidamente in rassegna le fonti non giuridiche nelle quali è pacificamente impiegato il termine *sponsio*⁶, ritenendo probabile che i *genera* in origine fossero più di quattro, che in seguito fosse avvenuta una ulteriore riduzione a quattro e che da quest'ultima fossero infine stati enucleati i quattro *genera actionum* propugnati dai *quidam*. In questo quadro, l'individuazione della quadripartizione sarebbe stata possibile solamente in via ipotetica, secondo le linee seguenti: il primo *genus* si potrebbe identificare con la *sponsio* sanzionata dalla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, grazie alla quale si era indubbiamente verificato un primo superamento della rigidità del *lege agere*. Il secondo sarebbe l'*agere in rem per sponsionem* propriamente inteso, richiamato da Gaio nelle due forme della *sponsio praeiudicialis* preposta alle pretese sui diritti reali e della *sponsio* penale postinterdittale. Il terzo comprenderebbe le forme genericamente definite come *sponsione provocare*, vale a dire la predisposizione di un espediente giuridico per la creazione di un vincolo obbligatorio, che di fatto assorbiva lo strumentario negoziale fino al III sec. a.C. e forse anche oltre. Proprio all'interno di questa applicazione, sarebbe nata in seguito la categoria della *sponsio in probrum*, che avrebbe finito per formalizzare in uno specifico tipo di *sponsio* le

⁵ F. SILLA, *Genera*, cit., 111 ss.

⁶ F. SILLA, *Genera*, cit., 104 ss. Per la puntuale indicazione dei testi, si rinvia a F. PULITANÒ, *Ferdinando Zuccotti e il dibattito attuale sull'agere per sponsionem*, in *Scripta extravagantia. Studi in ricordo di Ferdinando Zuccotti*, a cura di I. Fagnoli, Milano, 2024, cit., 605 nt. 5.

promesse legate all'accertamento dell'onorabilità. Infine, pur con un'attitudine assai più dubbia a fondare un *genus*, si potrebbe pensare alla *sponsio tertiae vel dimidiae partis*, promessa accessoria all'*actio certae creditae pecuniae* e alla *condictio certae rei*.

Come si vede, la *sponsio in probrum* entra a pieno titolo nel complesso della discussione legata al tema dei *genera*; allo stesso tempo, essa rappresenta un impiego della *sponsio* dai connotati assai particolari, su cui vale la pena di soffermarsi specificamente.

2. Prima di focalizzarci sulle due testimonianze ciceroniane di *sponsio* (detta *in probrum* che rappresentano l'oggetto precipuo di questo studio, conviene ricordare che una forma di *sponsio* più o meno direttamente connessa alla reputazione trova cittadinanza anche in diverse altre fonti, da Plauto⁷, a Tito Livio, a Valerio Massimo⁸, ad Aulo Gellio⁹, e che altri impieghi processuali della *sponsio* sono documentati dallo stesso Cicerone¹⁰.

⁷ *Men.* 3.5.590, dove compare l'espressione *ut sponsio fieret*, e *Rud.* 3.4.712, di interpretazione più dubbia.

⁸ In Valerio Massimo si segnalano almeno tre riferimenti diretti alla *sponsio*: 2.8.2: *Valerius sponsione Lutatium provocavit*; 6.1.10: *a quo appellati tribuni, cum de stupro nihil negaret, sed sponsionem se facere paratum diceret*; 7.2.4: *iudex aditus de sponsione*.

⁹ In Gell. *Noct. Att.* 14.2.26 la *sponsio* è lo strumento attraverso cui si decide chi, tra due soggetti, sia 'migliore' (cfr. *infra*, § 3); in un altro brano, 6.11.9, pare documentata la funzione di garanzia (cfr. S. PEROZZI, *Della sponsio praeiudicialis nel processo civile romano*, in *Scritti giuridici*, 3, Milano, 1948, p. 54).

¹⁰ A parte la *pro Quinctio*, sulla quale ci si soffermerà specificamente (cfr. sotto, § 2.1), e i testi delle *Verrinae* che si esamineranno nel paragrafo 2.2, in Cic. *Verr.* 2.1.115 si richiama la procedura *per sponsionem* più simile a quella testimoniata da Gaio per definire la titolarità della qualifica di erede (*pro praede litis et vindictiarum satis accepisset, sponsionem faceret, et ita de hereditate certaret*); nella *pro Roscio comoedo* 4.12, la frase *in qua legitimae partis sponsio facta est* allude a una *sponsio tertiae partis* che accede all'*actio certae creditae pecuniae*. Per la citazione di queste ed altre fonti, cfr. M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana LXXXIV-LXXXV-LXXXIX. Nuovi spunti per una riflessione sulla sponsio nel processo privato*, in *Testimonium amicitiae*, Milano, 1992, p. 108 ss. e nt. dalla 22 alla 24. Esula dagli scopi del presente contributo ripercorrere tutte le testimonianze *ivi* citate: darà quindi per assodato lo studio di De Bernardi, limitandomi a richiamarne i punti più rilevanti per il mio ragionamento.

Ciò premesso, di seguito si prenderanno in considerazione tre episodi, nei quali Cicerone, chiamato nel primo a difendere un amico e negli altri due ad accusare Verre, ci descrive con una certa dovizia di particolari, pur con il filtro della passione oratoria, il procedimento del *provocare sponsione* per accertare fatti incidenti sull'onorabilità. Si procederà con la sommaria descrizione delle tre vicende, per poi passare a qualche considerazione più generale¹¹.

a. Pro Quinctio (81 a.C.)

L'orazione comincia, non a caso, con un avvertimento al giudice Aquilio, nella forma di un richiamo alla sua imparzialità e onorabilità. Cicerone esordisce avvertendo di avere avuto poco tempo per studiare una causa molto complessa e deplorando il fatto che il suo cliente goda di pochi appoggi politici. Già dalle battute iniziali (§ 1), l'oratore espone il concetto base della sua difesa, e cioè il fatto che il processo che viene celebrato verte sull'onestà della persona piuttosto che sui fatti:

Pro Quin. 2.9: *iudicium prius de probro quam de re maluit fieri.*

Aggiunge, anche, che il sistema di accertamento instaurato dal *provocare sponsione* lo pone da subito in una posizione enormemente pregiudizievole, perché comporta la conseguenza di dover parlare per primo a sostegno del proprio cliente. Ciò posto, Cicerone si dedica a una sintetica ricognizione dei fatti, come si riporta di seguito.

Il fratello di Quinzio, Caio, si era associato con Nevio per speculare sui prodotti guadagnati in Gallia (§ 3). Secondo quanto riferito da Cicerone, pare che Nevio stornasse dal capitale sociale per fini personali tutto ciò che poteva. Morto poi Caio, Publio Quinzio, il cliente di Cicerone, ne era diventato erede. Essendo presenti a carico dell'eredità dei debiti nei confronti di Scapula, Quinzio, per farvi fronte, aveva deciso di mettere all'asta dei beni in Gallia; Nevio lo aveva dissuaso, dicendo di avere disponibilità di denaro a Roma e che questo denaro poteva e doveva essere considerato comune. Su-

¹¹ Di questi testi, anche se in una prospettiva più generale, si era già occupato, come sopra accennato, M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana* cit., p. 124 ss.

bito dopo, però, egli aveva cominciato a comportarsi in modo opposto rispetto a quello che avrebbe fatto un galantuomo:

[4]: *Quia, quod virum bonum facere oportebat, id loquebatur Naevius, credidit Quinctius eum qui orationem bonorum imitaretur facta quoque imitaturum; auctionem velle facere desistit.*

Nevio si era infatti rifiutato di dare il denaro se prima non fossero state sistemate le questioni ereditarie. Quinzio a questo punto era stato costretto a chiedere una dilazione e poco dopo a vendere all'asta i beni a condizioni meno favorevoli¹².

Nel frattempo, Nevio aveva ordito quella che Cicerone definisce una macchinazione: infatti, partito Quinzio per la Gallia per verificare la situazione complessiva dell'azienda comune, Nevio si era presentato in giudizio e aveva fatto dichiarare Quinzio contumace con conseguente immissione nel possesso dei suoi beni¹³. Torna, in questo frangente, l'idea che sia in atto un tentativo di togliere i beni e la reputazione a un amico:

[6] *Etenim si veritate amicitia, fide societas, pietate propinquitias colitur, necesse est iste qui amicum, socium, adfinem fama ac fortunis spoliare conatus est vanum se et perfidiosum et impium esse fateatur.*

Segue, al § 7 dell'orazione, il resoconto sul comportamento del procuratore di Quinzio, Alfeno. Egli aveva cercato di vanificare in ogni modo i tentativi di Nevio e aveva opposto un fermo rifiuto a prestare la *satisdatio iudicatum solvi*, ma era stato costretto a promettere che Quinzio si sarebbe presentato in giudizio successivamente, nel mese di settembre. Nel § 8 si narra che Quinzio torna, ma Nevio resta inattivo per un anno e sei mesi e poi decide, all'improvviso, di

¹² Per l'estrema rilevanza di questa orazione nella ricostruzione della procedura in senso lato fallimentare nel periodo ciceroniano, cfr. M. DEL PILAR PÉREZ ALVAREZ, *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma*, in *TSDP*, 4, 2011 (cfr. in particolare p. 1 nt. 2).

¹³ Più correttamente, parliamo di *indefensio*. Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 340.

avanzare pretese sulla base dell'editto, affermando di aver posseduto i beni per trenta giorni e di avere dunque diritto alla *bonorum venditio*¹⁴. È a questo punto che il pretore Dolabella pone Quinzio di fronte all'alternativa di prestare la *satisfatio iudicatum solvi* oppure di sfidare Nevio ad una *sponsio* per l'ipotesi in cui non risulti che egli abbia posseduto i beni per trenta giorni. Cicerone, chiamato a sostenere le ragioni di Quinzio, si scaglia immediatamente contro questa decisione. Tra le argomentazioni, spicca quella – già introdotta in precedenza – fondata sull'inconveniente di dover parlare per primo, senza essere a conoscenza degli argomenti dell'avversario:

[9] *Conturbatus sane discedit Quinctius; neque mirum, cui haec optio tam misera tamque iniqua daretur ut aut ipse se capitis damnaret, si satis dedisset, aut causam capitis, si sponsionem fecisset, priore loco diceret. Cum in altera re causae nihil esset quin secus iudicaret ipse de se, quod iudicium gravissimum est, in altera spes esset ad talem tamen virum iudicem veniendi, unde eo plus opis auferret quo minus attulisset gratiae, sponsionem facere maluit; fecit; te iudicem, C. Aquili, sumpsit, ex sponso egit. In hoc summa iudici causaque tota consistit. Iudicium esse, C. Aquili, non de re pecuniaria, sed de fama fortunisque P. Quincti vides. Cum maiores ita constituerint ut, qui pro capite diceret, is posteriore loco diceret, nos inaudita criminatione accusatorum priore loco causam dicere intellegis.*

Cicerone ritiene che l'alternativa prospettata a Quinzio non gli lasci scampo: se presterà la *satisfatio iudicatum solvi* si condannerà da solo, ammettendo implicitamente le ragioni di Nevio; ma se presterà la *sponsio*, sottoporrà la propria persona a un giudizio che riguarderà il patrimonio, ma soprattutto la reputazione (*non de re pecuniaria, sed de fama fortunisque P. Quincti*). E tuttavia, la scelta si definisce come obbligata, perché la speranza è quella di riuscire ad ottenere un giudice onesto. Le fasi della procedura sono sinteticamente riassunte in pochi, serrati, passaggi: *sponsionem facere maluit;*

¹⁴ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, Leipzig, 1927, p. 423 si appoggia proprio alla *Pro Quinctio* per ricostruire il tenore dell'editto. Sulla procedura esecutiva, cfr. M. DEL PILAR PÉREZ ALVAREZ, *Origine*, cit., p. 17 e nt. 24.

fecit; te iudicem, C. Aquili, sumpsit, ex sponso egit. Dunque, la causa si incardina davanti ad Aquilio.

Nel § 10 Cicerone espone il contenuto della *sponsio*: *negamus te bona P. Quincti, Sex. Naevi, possedissee ex edicto praetoris. In eo sponsio facta est.* Subito di seguito egli riassume ciò che dimostrerà: che non c'era titolo per chiedere il possesso; che il possesso non poteva essere conforme all'editto; che il possesso non c'è stato.

Nei paragrafi che vengono riportati di seguito, torna la terminologia legata al disonore e all'infamia.

[13] *Qui inter tot annos ne appellarit quidem Quinctium, cum potestas esset agendi cotidie, qui, quo tempore primum agere coepit, in vadimoniis differendis tempus omne consumpserit, qui postea vadimonium quoque missum fecerit, hunc per insidias vi de agro communi deiecerit, qui, cum de re agendi nullo recusante potestas fuisset, sponsionem de probro facere maluerit, qui, cum revocetur ad id iudicium unde haec nata sunt omnia, condicionem aequissimam repudiet, fateatur se non pecuniam sed vitam et sanguinem petere [...]*

[14] *Inveniri ratio, C. Aquili, non potest ut ad suum quisque quam primum sine cuiusquam dedecore, infamia pernicieque perveniat?*

Cicerone vuole creare l'idea che Nevio, sul presupposto – per lui indimostrato – che Quinzio gli fosse debitore, avrebbe potuto intentare un'ordinaria azione di accertamento per ottenere il dovuto, anziché trascinare dolosamente l'avversario in una procedura esecutiva, che, in quanto infamante, avrebbe messo a repentaglio la sua stessa reputazione. È probabilmente questo l'appiglio cui Cicerone si appoggia per sostenere che il giudizio si è ormai spostato sulla vita e sull'onore del suo cliente.

Il concetto viene ribadito anche in altri punti dell'orazione, con ulteriori ripetizioni del contenuto della *sponsio*, tutte di analogo tenore¹⁵.

¹⁵ Nel § 18, alla fine, torna la triade *bonis, fama fortunisque*; nel § 19 Cicerone comincia a spiegare perché il possesso di Nevio non è legittimo in base all'editto: in

Ciò posto, prima di tentare qualche ipotesi ricostruttiva sul significato della specificazione *de probro* che si trova in questa fonte, conviene prestare attenzione ad altri luoghi ciceroniani nei quali si fa riferimento a giudizi condotti per il tramite della *sponsio*.

b. Le Verrine (70 a.C.)

Nelle Verrine si trovano altri due episodi significativi, uno in Verr. 2.3.131 ss. e l'altro in Verr. 2.5.140 ss.

Cominciamo dal primo. La situazione è la seguente: i contadini siciliani avevano subito vessazioni nell'esazione delle decime. Gli esattori ne avevano approfittato per arricchirsi e tra essi c'era anche Verre, che aveva fissato le decime in un ammontare proibitivo e aveva stretto relazioni con un tale Apronio per impiegare le ricchezze a proprio vantaggio. Al § 129 si narra di un tale benestante che si era impiccato non appena aveva saputo che l'esazione delle decime era stata assegnata ad Apronio, perché aveva capito che non sarebbe riuscito a onorare il debito nemmeno con tutto il suo patrimonio¹⁶.

Gli esattori, racconta Cicerone al § 131, andavano dicendo che le loro azioni erano dettate dalla cura dell'interesse di Verre; il governatore, però, non pareva preoccuparsi di questo, limitandosi a tollerarlo e a tacere, forse perché riteneva prevalente la logica del profitto, sia pure ingiusto:

ne illud quidem tibi reliquum fecisti, ut hoc posses dicere, nihil eorum te audisse, nihil ad tuas aures de infamia tua pervenisse.

L'oratore afferma che Verre non si era riservato nemmeno la possibilità di dire che non era a conoscenza di quelle voci, perché erano note a tutti le lamentele che giungevano a Roma, oltre che ciò che era successo durante una pubblica adunanza a Siracusa:

Verr. 2.3.132: *Quid? Cum palam Syracusis te audiente maximo conventu Lucius Rubrius Quintum Apronium sponsione*

particolare egli afferma che Quinzio non è *indefensus*, dato che il suo procuratore ha fatto il proprio dovere benissimo; nel § 22 si definisce *de capite* la controversia.

¹⁶ *Grave crimen est hoc et vehemens et post hominum memoriam iudiciaque de pecuniis repetundis constituta gravissimum, praetorem socios habuisse decumanos. E ancora: ... praetorem esse socium.*

laccessivit, NI APRONIUS DICTITARET TE SIBI IN DECUMIS ESSE SOCIUM, haec te vox non perculit, non perturbavit, non ut capiti et fortunis tuis prospiceres excitavit? Tacuisti, sedasti etiam lites illorum, et sponsio illa ne fieret laborasti.

Un certo Lucio Rubrio aveva provocato Apronio, socio di Verre, a sfidarlo con *sponsio*: Lucio sarebbe stato disposto a pagare una somma – che non viene indicata espressamente – qualora fosse risultato che Apronio non si era vantato in giro di essere socio di Verre. Il tenore della *sponsio* proposta è il seguente: *ni Apronius dicitaret te sibi in decumis esse socium*. In questo caso la procedura viene bloccata sul nascere, perché Verre fa in modo che non si arrivi nemmeno alla *provocatio sponsione*.

Cicerone ribadisce con sdegno che in una situazione del genere sono in gioco il *caput* e le *fortuna*e di Verre, vale a dire la sua reputazione e il suo patrimonio; il concetto viene ripetuto più volte dall'oratore, a sottolinearne l'estrema gravità. Così, anche al § 133, l'espressione usata è *sponsio fit de capite et fortunis tuis*.

Verre, pur essendo a conoscenza delle voci che andavano diffondendosi sul suo conto, era rimasto inerte, silenzioso: Cicerone gli rinfaccia questo atteggiamento, affermando che egli avrebbe dovuto almeno rimproverare Apronio per le scorrettezze commesse, così come altri governatori non avevano esitato addirittura a licenziare i propri collaboratori, qualora si fossero accorti di essere smiuniti a causa della loro attività o li avessero ritenuti colpevoli di qualcosa. Verre, invece, aveva preposto a tutto un preteso rispetto per i vincoli derivanti dalla società, senza preoccuparsi del rischio al quale aveva esposto la propria onorabilità¹⁷.

Dopo l'insuccesso di Lucio Rubrio, il cavaliere romano Publio Scandilio era poi riuscito nell'intento di provocare Apronio alla *sponsio* (§ 135). Il valore della promessa era stato quantificato in 5000 sesterti e Scandilio aveva cominciato a chiedere a gran voce che, all'interno della circoscrizione siracusana, venissero nominati dei *recu-*

¹⁷ In Verr. 2.3.135 le espressioni usate sono *eandem sponsionem de societate fecit quam Rubrius facere voluerat*; ancora, riferito alla stessa vicenda, *sponsio est: 'ni te Apronius socium in decumis esse'*.

peratores o un giudice. A Cicerone non sembra possibile che un governatore si fosse reso completamente spettatore di un procedimento che coinvolgeva la propria fama, e che evidentemente sarebbe stato destinato a concludersi con una condanna: ... *ut aut de suo capite iudicium fieri patiatur praesens ac sedens, aut confiteatur se omnibus iudiciis convinci necesse esse*.¹⁸

La formulazione della *sponsio* suona vicina alla precedente: *ni te Apronius socium in decumis esse dicat*. Il racconto della vicenda prosegue con un nuovo richiamo al tema della posizione complessiva di Verre: § 137 *sponsio facta est cum cognitore tuo Apronio de fortunis tuis omnibus*.

Verre si comporta disonestamente anche rispetto alla nomina dei *recuperatores*, pretendendo di volerli scegliere dal proprio seguito e non in modo imparziale all'interno della circoscrizione¹⁹; rifiuta, poi, il trasferimento del processo a Roma, chiesto in subordine da Scandilio, e non dà seguito alla volontà, espressa da costui, di rinunciare per il momento alla causa. In questo frangente, anziché liberare Scandilio ordinando la conclusione di una *acceptilatio*, Verre arriva a costringere quest'ultimo a versare ad Apronio i 5000 sesterzi oggetto della promessa, senza che effettivamente si sia svolto un giudizio:

§ 139: *Scandilius rem se totam relicturum dicit et suo tempore essere rediturum. Quid tu ibi tum? quid facis? Scandilium cogis ... quid? sponsionem acceptam facere? Impudenter tollis existimationis tuae iudicium: non facis. [...]* § 140: *cogit enim Scandilium quinque illa milia nummum dare et adnumerare Apronio*.

Al § 142 Cicerone chiosa:

eodem accedit quod hoc quoquo intellegere potestis, istum sta-

¹⁸ Come si vedrà, il tema dell'alternativa fra concludere una *sponsio* e trovarsi a dover rendere una confessione infamante compare anche in Tito Livio (*infra*, § 3).

¹⁹ Per ragguagli generali sui *recuperatores* e sulla loro competenza, cfr. L. GAGLIARDI, *I collegi giudicanti: 'decemviri', 'centumviri', 'septemviri', 'recuperatores'*. *Idee vecchie e nuove su origini, competenze, aspetti procedurali*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, tomo II, Padova, 2012, p. 371 ss.

tuisse in provincia sua existimationis suae iudicium extra cohortem suam committendum fuisse nemini.

Viene in considerazione, anche in questo punto, il tema dell'*existimatio*, che rappresenta l'oggetto mediato dell'accertamento. Per questa ragione Verre è disposto ad accettare il giudizio soltanto incardinando la causa davanti ai suoi amici.

La *sponsio*, dunque, non è direttamente volta a giudicare l'onestà e la probità di Verre, ma questi aspetti emergono nel momento stesso in cui si indaga sulla veridicità di fatti integranti comportamenti contrari al modo di fare dei galantuomini. In questo senso la *sponsio* potrebbe forse essere definita *in probrum*, anche se questa espressione – a differenza di quanto accade nella *pro Quinctio* – non compare mai nell'orazione.

Un'ulteriore vicenda è quella narrata, in modo assai più stringato, in Verr. 2.5.140 ss. Un tale Gaio Servilio era stato massacrato dai littori a colpi di verga. Costui non aveva avuto timore di rendere pubbliche le ingiustizie compiute da Verre e per questo era stato indotto a promettere con *vadimonium* che si sarebbe presentato a Marsala per essere citato in giudizio. Poiché, però, nessuno aveva richiesto un'azione contro di lui, Verre aveva provato ad addossargli un'accusa di furto, per poi costringerlo a provocare alla *sponsio* un suo littore:

Cogere eum coepit, cum ageret nemo, nemo postularet, sponsionem duorum milium nummum facere cum lictore suo, 'Ni furtis quaestum faceret.' Recuperatores se de cohorte sua dicebat daturum. Servilius et recusare et deprecari ne iniquis iudicibus nullo adversario iudicium capitis in se constitueretur.

Verre affermava – di nuovo – di voler scegliere un collegio di *recuperatores* suoi amici, ma Servilio faceva resistenza per evitare, si dice, un giudizio sul *caput*. In questo caso, come in quello dell'asserita contumacia di Quinzio, l'interprete può leggere nella *provocatio sponsione* un modo alternativo di ottenere un accertamento su fatti che in un giudizio specifico (quello di furto) avrebbero portato all'*infamia*. Nemmeno qui Cicerone qualifica la *sponsio* come *in probrum*, anche se si affida senza dubbio al concetto della perdita della reputazione. Su questo aspetto vale la pena di spendere qualche ulteriore riflessione, considerando anche altre fonti.

3. L'impiego della *sponsio* finalizzata all'accertamento di fatti riprovevoli si trova infatti menzionato anche in altri autori²⁰. Ad esempio, in due testi di Livio:

Liv. *Ab. Urb. cond.* 40.46.14(?): *inde Aemilius questus cum alia, tum bis a M. Fulvio se certo consulatu deiectum: Fulvius contra queri se ab eo semper laccessitum et in probrum suum sponsionem factam. tamen ambo significare, si alter vellet, se in potestate tot principum civitatis futuros. omnibus instantibus, qui aderant, dexteras fidemque dedere remittere [vere] ac finire odium.*

Qui l'autore racconta di come, in occasione di un'adunanza pubblica, Emilio Lepido e Fulvio Nobiliore avessero posto fine a una lunga inimicizia. Il riferimento ad una *sponsio* definita *in probrum suum* è rapido e privo di dettagli. Il fatto che accanto a *probrum* compaia anche l'aggettivo *suum* farebbe pensare, tra l'altro, non tanto a una denominazione tecnica di uno strumento processuale, quanto piuttosto ad una specifica direzione dell'accertamento verso aspetti legati all'onore (o, se si vuole, al disonore) dell'avversario²¹.

Sempre Tito Livio, in 39.43.5, ricorda una narrazione presente nell'opera di Valerio Anziate²². Nel 184 a.C., a Piacenza, il senatore

²⁰ Per una rassegna delle fonti letterarie, cfr. M. DE BERNARDI, *Lex Imitana*, cit., p. 107 ss. Sull'ampia accezione del vocabolo *probrum*, cfr. voce *probrum*, in *Thesaurus Linguae Latinae*, X.2, Berlin, 1989, c. 1480 ss.

²¹ F.G. CAVALLERO, *Fulvio Nobiliore e la politica romana all'indomani della seconda guerra punica*, in *Bullettino della Commissione Archeologica Comunale di Roma*, 120, 2019, p. 229 ss.

²² In realtà, come ben sottolineato da T. RICCHIERI, *Lucio Quinzio Flaminino e Catone nella narrazione liviana fra tradizione e censura* (39, 42-43), in *Livius noster: Tito Livio e la sua eredità*, Turnhout, 2021, p. 159 ss., l'episodio è narrato da Tito Livio in due versioni diverse. Nel testo viene riportata quella in cui si rinvia alla testimonianza di Catone, perché è l'unica nella quale compare il riferimento espresso alla conclusione della *sponsio*. Ai nostri fini non sono particolarmente rilevanti, nello specifico, le differenze fra le due narrazioni, e segnatamente la circostanza che in una si faccia menzione di un'amante donna, nell'altra di un uomo. Il fatto è ricordato anche da Val. Max. 2.9.3, senza alcuna menzione della *sponsio*. Per la versione plutarchea (Plut., *Cat.* 17.6 ss. e Plut., *Flam.* 19.3 ss.), nella quale manca però un termine equivalente a *probrum*, cfr. A. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes, Sodalitas. Scritti A. Guarino*, 6, Napoli, 1986, p. 2586 e R. DOMINGO, *Spon-*

Lucio Quinzio Flaminino, invaghitosi di una prostituta, aveva assecondato il suo desiderio di assistere a una decapitazione e aveva fatto appositamente giustiziare un guerriero narbonense che teneva prigioniero. Aggiunge Tito Livio che nell'ultima parte di un'orazione di Catone era comparso il riferimento alla conclusione di una *sponsio*. Il protagonista dell'episodio era infatti stato posto di fronte all'alternativa di negare i fatti, accettando di essere sfidato con la *sponsio*, oppure confessarli, e in tal caso Livio commenta sostenendo che nessuno si sarebbe preoccupato dell'ignominia da lui sofferta, dato che aveva insozzato un banchetto con il sangue:

Liv., *Ab Urb. cond.* 39.34.5: *in extrema oratione Catonis condicio fertur, ut si id factum negaret ceteraque quae obiecisset, sponsione defenderet sese: sin fateretur, ignominiane sua quemquam doliturum censerat, cum ipse vino et venere amens hominis in convivio fuisset?*

Il contesto è quello dell'esercizio della censura da parte di Catone, che aveva portato alla cacciata di Flaminino dal Senato. Dal racconto liviano si ricava, dunque, che Flaminino avrebbe potuto tentare una difesa accettando di essere provocato alla *sponsio*. Se il suo comportamento riprovevole fosse stato accertato in sede processuale (in sostanza, il giudizio su di esso sarebbe stato riversato in una condizione apposta alla *sponsio*), avrebbe preso vigore l'obbligo di corrispondere la somma di denaro prefissata. Dal tenore del testo sembra potersi inferire che, in tal caso, forse si sarebbe potuta escludere una formale irrogazione dell'ignominia, ma non è detto che questo tecnicismo fosse davvero presente allo scrittore mentre riferiva gli accadimenti.

La cacciata di Flaminino dal senato da parte di Catone è ricordata anche da Cicerone: nel relativo passo del *Cato Maior*, però, l'espressione *quae cum probro privato coniungeret imperii deductus* pare riferirsi a un concetto di scorrettezza sul piano privato, contrapposta alle funzioni pubbliche, senza riferimenti tecnici alla prestazione di una *sponsio*.

sio in probrum, in *SDHI*, 55, 1989, p. 421, ripresi da M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana*, cit., p. 111.

Cic. *Cato Maior de sen.* 42: *hic Tito fratre suo censore, qui proximus ante me fuerat, elapsus est, mihi vero et Flacco neuti-quam probari potuit tam flagitiosa et tam perdita libido, quae cum probro privato coniungeret imperii deductus.*

Sempre all'epoca di Catone rimanda un famosissimo episodio, di nuovo presente in un'orazione di Catone il censore e ricordato da Aulo Gellio:

Aul. Gell. *Noct. Att.* 14.2.26: *nunc si sponsionem fecisset Gellius cum Turio, ni vir melior esset Gellius quam Turius, nemo, opinor, tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium: si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi, unde petitur.*

Sul richiamo di Gellio a questa promessa, relativa alla qualifica di *vir bonus* come connotazione morale piuttosto che sociale, molto è già stato detto²³. Falcone, ad esempio, ha ritenuto che «dal complessivo contenuto del frammento si desume che l'attore non era in grado di dimostrare la fondatezza della propria richiesta, segnatamente per mancanza di testimoni. Di qui il richiamo ad un criterio decisionale che Catone riferisce ai *maiores*: nel caso in cui le vicende che avrebbero dovuto fondare la pretesa si fossero svolte in assenza di testimoni (*quod duo res gessissent, uti testes non interessent*), se entrambi i litiganti fossero risultati di pari 'qualità' (*si ambo pares essent, sive boni sive mali essent*), il giudice avrebbe dovuto prestar fede al convenuto (*illi, unde petitur, ei potius credendum esse*). Tenendo conto di questo criterio, Catone aggiunge che, ove, nel processo in questione, si fosse fatto ricorso ad una *sponsio* contenente la condizione negativa *ni vir melior esset Gellius quam Turius* – possiamo immaginare una promessa di Gellio a versare una somma di denaro a Turio 'a meno che Gellio stesso non risulterà migliore di

²³ R. FIORI, *La gerarchia come criterio di verità: 'boni' e 'mali' nel processo romano arcaico*, in *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2013, p. 173 ss. in due punti parla di giudice che si astiene per evitare di formulare un giudizio simile a quello dei censori; cfr. anche R. CARDILLI, *'Vir bonus' e 'bona fides'*, in *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, a cura di A. Lovato, Bari, 2013, p. 179 ss.; si veda anche F. SILLA, *Genera*, cit., p. 105 ss.

Turio' – nessuno sarebbe stato tanto stolto da giudicare *meliozem Gellium quam Turium*: con la conseguenza che, risultando l'attore 'non melior' del convenuto, e cioè *par* rispetto al convenuto, quest'ultimo avrebbe dovuto essere assolto»²⁴.

La discussione originava dall'esistenza di una cosiddetta *regula* catoniana, secondo la quale in mancanza di testimoni e di prove fondanti la pretesa dedotta in causa, la ragione si sarebbe dovuta attribuire al convenuto. Al di là dei dubbi di Gellio, al quale non pare opportuno, da giudice, prendere una decisione non fondata sulle prove vere e proprie, soprattutto in virtù della manifesta differenza di reputazione tra i due contendenti²⁵, interessa qui verificare l'argomento relativo al ricorso alla *sponsio*. Nell'andamento del racconto la prestazione di essa compare come un'alternativa ipotetica, chiamata in causa come argomento per avvalorare la circostanza che la vittoria del moralmente migliore sarebbe stata incontestabile. Ma, nei fatti, essa non era stata conclusa e quindi Gellio permane nella propria situazione di incertezza.

Questo passaggio serve comunque all'interprete per identificare l'esistenza di una modalità processuale basata su una *sponsio* avente come contenuto la questione *si vir bonus esset*. Se ne ha conferma anche in un altro episodio riportato dallo stesso Cicerone:

Cic. *De off.* 3.19.77: *C. Fimbriam consularem audiebam de patre nostro puer iudicem M. Lutatio Pintbiae fuisse, equiti Romano sane honesto, cum is sponsionem fecisset ni vir bonus esset. Itaque ei dixisse Fimbriam se illam rem numquam iudicaturum, ne aut spoliaret fama probatum hominem, si contra iudicavisset, aut statuisse videretur virum bonum esse aliquem, cum ea res innumerabilibus officiis et laudibus contineretur. Huic igitur viro bono, quem Fimbria etiam, non modo Socrates noverat, nullo*

²⁴ G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana. Con un'Appendice su 'optimus', 'probus', 'fortis'*, in *Vir bonus*, cit., p. 40. Per la definizione di *vir bonus* in Cicerone e per la connotazione morale dell'opposizione *boni/mali* nelle fonti anche a lui precedenti, cfr. lo stesso G. FALCONE, *L'attribuzione*, cit., p. 47 ss. Ancora prima, B. ALBANESE, *La sponsio processuale sulla qualifica di vir bonus*, in *SDHI*, 60, 1994, p. 135 ss.

²⁵ Su cui, diffusamente, G. FALCONE, *L'attribuzione*, cit., p. 44 ss.

modo videri potest quicquam esse utile, quod non honestum sit. Itaque talis vir non modo facere, sed ne cogitare quidem quicquam audebit, quod non audeat praedicare. Haec non turpe est dubitare philosophos, quae ne rustici quidem dubitent? a quibus natum est id, quod iam contritum est vetustate proverbium. Cum enim fidem alicuius bonitatemque laudant, dignum esse dicunt, quicum in tenebris mices. Hoc quam habet vim nisi illam, nihil expedire quod non deceat, etiam si id possis nullo refellente optinere?

Il passo testimonia l'esistenza, nella prassi, di *sponsiones* finalizzate all'accertamento delle qualità morali di una persona²⁶; così come era accaduto nel caso di Gellio, anche qui si vede la difficoltà di un giudice di doversi pronunciare su siffatti temi. Nello specifico, Fimbria non vuole rischiare né di privare qualcuno della buona reputazione di cui già gode, né, al contrario, di attribuire la qualifica di *vir bonus* a chi non lo merita.

4. In via generale, come già messo in luce dagli autori che hanno affrontato il tema, è impensabile intendere il processo *per sponsionem* in un'accezione univoca. Peraltro, la genericità con cui la cosiddetta *sponsio in probrum* appare menzionata dalle fonti qui esaminate (ma si tratta, evidentemente, di un punto di vista parziale, senz'altro suscettibile di ulteriori approfondimenti) non permette nemmeno di affermare che esistesse, sullo scorcio della repubblica, una *sponsio in probrum* come istituto processuale dai contorni definiti²⁷.

Per quel che concerne, in particolare, Cicerone, a parte l'impiego dell'*agere per sponsionem* per le controversie ereditarie cui si è accennato in apertura, che si può senz'altro intendere come finaliz-

²⁶ Per G. FALCONE, *L'attribuzione*, cit., p. 78, il passo dimostra che la valutazione del giudice sulla qualifica di *vir bonus* avveniva sulla base dell'osservanza degli *officia*, vale a dire di un comportamento corretto dal punto di vista interiore.

²⁷ Si ricordi, per inciso, quanto affermava V. ARANGIO-RUIZ, *Sponsio e stipulatio nella terminologia romana*, in *BIDR*, 65, 1962, p. 200: nell'ambito della *verborum obligatio* il termine *spondere* designava solo l'obbligazione del debitore, mentre il vocabolo *sponsio* si riferiva agli impieghi processuali (*agere per sponsionem*, *sponsio tertiae vel dimidiae partis*, *sponsio postinterdittale*). Ciò posto, possiamo confermare che anche alle *sponsiones* elencate nelle pagine precedenti possa attribuirsi carattere tecnicamente processuale.

zato all'accertamento del titolo di erede e che per questo è rimasto ai margini della presente indagine, gli altri casi menzionati nelle pagine precedenti si possono ricondurre a due gruppi tutto sommato omogenei: la *provocatio sponsione* volta ad accertare qualità morali (come in *De off.* 3.19.77) e quella finalizzata a confermare l'esistenza di fatti non altrimenti provati, come nella *pro Quinctio* e nei due passaggi delle Verrine (2.3.132 ss. e 2.5.141).

La prima sembra a chi scrive una forma di *sponsio* forse connessa alla nota censoria di più antica memoria, come tale non direttamente rilevante per il tema affrontato in queste pagine.

Sulla seconda ci si può soffermare, brevemente, per qualche ulteriore precisazione. Nella *pro Quinctio*, la sfida alla *sponsio* ha il senso di provare che Quinzio si era reso contumace, giustificando l'avvio della procedura esecutiva da parte di Nevio. Nell'episodio di Apronio, provare l'esistenza di un rapporto di società con Verre avrebbe concorso, a processo aperto e, diremmo oggi, in via incidentale, a provare le colpe di quest'ultimo, portandolo alla condanna per *repetundae* e al conseguente discredito politico: forse è questo il senso dell'affermazione di Cicerone secondo cui erano in gioco il *caput* e la *fama* del governatore. E ancora, a circostanze tecnicamente infamanti si riferisce Verr. 2.5.141, indicando come contenuto della *sponsio* l'accertamento sul fatto che Servilio potesse essersi arricchito commettendo dei furti.

Negli ultimi due episodi Cicerone non usa l'espressione *in probrum*: ciò, peraltro, non deve destare sorpresa, dato che, prima della *lex Irnitana* di cui brevemente si dirà, pare che l'unica fonte in cui compare la denominazione *sponsio in probrum* sia il passo di Livio sopra ricordato²⁸.

Qualcosa di analogo, ma non identico, accade nella *pro Quinctio*, dove il giudizio conseguente alla *sponsio* viene definito *de probro* (e non *in probrum*) *magis quam de re*. Difficile avanzare ipotesi sul senso di questa scelta espressiva. Una possibile spiegazione è che qui l'oratore non avesse intenzione di menzionare uno strumento tecnicamente definito, ma si stesse affidando, forse per strategia difensiva, ad un linguaggio evocativo di quelle *sponsiones*, che si è visto essere frequenti, volte all'indagine sulle qualità morali dei soggetti coinvolti.

²⁸ R. DOMINGO, *Sponsio in probrum*, cit., p. 421.

In un quadro del genere, la precisazione *de probro* rappresenterebbe, insomma, solo un espediente retorico per enfatizzare la disonestà di Nevio.

Una seconda possibilità è invece quella di ritenere che nell'espressione *iudicium de probro* impiegata nella *pro Quinctio* sia possibile intravedere la prime fasi di una connotazione più tecnica della *sponsio in probrum*, forse passata poi nella legge *Irnitana*, volta a promuovere un accertamento indiretto su fatti presupposto di giudizi infamanti o su circostanze a quelli assimilabili. In altri termini, l'insistenza di Cicerone sul fatto che il giudizio involvesse il *caput* e le *fortuna* dei protagonisti potrebbe essere letta non solo come un *topos* stilistico, ma come un riferimento al rischio dell'irrogazione dell'*infamia* (Quinzio come *indefensus*, Servilio come condannato per furto, Verre per la privazione dei diritti politici conseguente alla condanna *de repetundis* o, con un ragionamento forse un po' forzato, per gli esiti dell'azione finalizzata alla restituzione del maltolto²⁹).

Più avanti nel tempo, sulla fine del I secolo d.C., una *sponsio* per certi aspetti misteriosa, indicata come *quae in probrum esse dicitur*, compare in effetti nella *lex Irnitana* all'interno dell'elenco dei giudizi esclusi dalla giurisdizione municipale. Come affermato da De Bernardi, in quel caso siamo certamente di fronte a una *sponsio* «connessa al tema della buona reputazione» e, di nuovo, accostata a giudizi infamanti³⁰. Anche se, per la verità, non tutti quelli menzionati nella legge lo sono, il d'Ors, alla ricerca di una spiegazione di una funzione della *sponsio* che si armonizzasse con il contesto complessivo, aveva ritenuto di poter tracciare una linea diretta, in particolare, fra il giudizio *in probrum* e i *crimina*. Egli aveva ipotizzato che il *iudicium calumniae* si sarebbe potuto svolgere anche in forma privata, attraverso, appunto, la deduzione dei fatti in una *sponsio*³¹.

²⁹ Su cui si rinvia a B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, p. 135 e 141.

³⁰ M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana*, cit., p. 124. Sulla legge cfr., *ex multis*, F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae. Municipalità e ius Romanum*, Napoli, 1993; G. WOLF, *La Lex Irnitana e le Tavole di Veleia e Ateste*, in *Gli statuti municipali*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e E. Gabba, Pavia, 2006, p. 205 ss.

³¹ A. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes, Sodalitas. Scritti A. Guarino* 6, Napoli, 1986, p. 2575.

L'opinione dello studioso spagnolo aveva però incontrato delle critiche, non ultima quella del Domingo, il quale aveva escluso un nesso diretto fra la *sponsio* e i *crimina*, pur ritenendo plausibile la possibilità di una scommessa relativa all'accertamento su fatti disonorevoli, che avrebbe costituito il *pendant* dell'*agere per sponsionem* relativo ai diritti reali³².

Tornando a Cicerone, è fuor di dubbio che nelle sue opere sia documentato un uso dinamico e non 'dogmatizzato' della *sponsio* processuale; ciò non esclude però che, nell'ambito dei possibili impieghi noti alla prassi, proprio dall'età ciceroniana in poi avesse cominciato ad affermarsi un nesso diretto fra la *sponsio* e l'*infamia*, nel senso che si potesse ricorrere alla sfida mediante la prima in luogo di altri strumenti processuali tipici importanti l'irrogazione della seconda³³.

Quanto alla *Lex Irnitana*, accogliendo gli spunti del Domingo e portandoli a conseguenze ulteriori, possiamo ritenere allora plausibile che proprio quella legge avesse istituzionalizzato la possibilità di un uso della *sponsio* finalizzato a promuovere un accertamento su fatti che, se provati in apposito giudizio, avrebbero avuto come conseguenza, appunto, la dichiarazione di *infamia*. Da qui la denominazione *in probrum*, per indicare quella finalità specifica fra le varie possibili. La perifrasi usata nella legge, *quae in probrum facta esse dicitur*, lascia forse intendere che questa *sponsio*, 'detta' *in probrum*, non fosse elevabile al rango di un'autonoma categoria o, per dirla con Gaio, *genus* processuale, pur avendo un proprio ambito definito di applicazione.

Così ricostruita la questione, riprende vigore e si conferma l'idea – già accennata da Silla³⁴ – che i dubbi espressi da Gaio sulla divi-

³² R. DOMINGO, *Sponsio in probrum*, cit., p. 420.

³³ Per una funzione del *provocare sponsione* come alternativa al giudizio di *iniuria* si era pronunciato J. CROOK, *Sponsione provocare: its place in Roman Litigations*, in *JRS*, 66, 1976, p. 137 ss. Su questa linea, anche quando Tito Livio definisce *in probrum* la *sponsio* intervenuta nella vicenda di Lepido e Nobiliore, usa una terminologia che forse si andava consolidando per esprimere, in modo particolarmente sintetico, se non ancora un istituto a sé stante, almeno la funzione della *sponsio* come mezzo alternativo rispetto ad una confessione che, per come il racconto viene impostato dallo storico, avrebbe portato alla dichiarazione di ignominia. Cfr. anche F. SILLA, *Genera*, cit., p. 111.

³⁴ Si veda, sul punto, F. SILLA, *Genera*, cit., p. 88.

sione fra *genera* e *species actionum* dipendessero anche da un'effettiva fluidità di applicazione del processo *per sponsionem*, che al suo tempo esisteva ancora ma che il giurista, condizionato dall'intento di ricondurre tutto il sistema all'ormai affermata bipartizione *in rem - in personam*, faticava a classificare con precisione.

Abstract

Il saggio analizza alcune fonti letterarie riguardanti la *sponsio* sulla reputazione (*in probrum*), con particolare attenzione all'opera di Cicerone.

The essay analyzes some literary sources regarding the *sponsio* about reputation (*in probrum*), with particular attention to Cicero's works.

GABRIELE RACUGNO

IMPUGNAZIONE DELLA DELIBERA DI APPROVAZIONE DEL BILANCIO. IRRILEVANZA DELL'IMPUGNAZIONE DEI BILANCI SUCCESSIVI

SOMMARIO: 1. Rilievi generali. – 2. La preclusione all'impugnativa derivante dall'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo. – 3. Annullabilità e nullità della delibera di approvazione del bilancio di esercizio. – 4. Limiti alla legittimazione all'impugnativa. – 5. Gli effetti della pronuncia di invalidità. – 6. Gli effetti della dichiarazione di invalidità della delibera di approvazione del bilancio. Irrilevanza dell'impugnazione dei bilanci successivi. I doveri degli amministratori.

1. La disciplina che il codice dedica all'invalidità della delibera di approvazione del bilancio è ispirata al principio della stabilità delle delibere assunte dalla maggioranza offrendo “un buon ombrello protettivo alla centralità dell'attività gestoria”¹.

L'invalidità delle delibere assembleari distingue, da un lato, le deliberazioni *annullabili* (art. 2377 c.c.), dall'altro, le deliberazioni *nulle* (art. 2379 c.c.). Gli artt. 2377 e 2379, trovano applicazione anche relativamente all'invalidità della deliberazione di approvazione del bilancio², ma con alcune integrazioni, tenendo presente che nel

¹ L'espressione è di O. CAGNASSO, *Il bilancio di esercizio e consolidato*, in *Trattato Cottino, Le società per azioni*, Padova, 2010, 933, il quale aggiunge “che del resto la disciplina normativa rivela una forte espansione delle ragioni dell'impresa e dei poteri forti, è stato ampiamente manifestato dalla normativa penale”.

² M. BUSSOLETTI, *Art. 2434-bis*, in *Commentario Niccolini-Stagno D'Alcontres*, 2, Napoli, 2004, 1087 ss.; P. BUTTURINI, *L'impugnazione del bilancio*, in *Trattato Galgano*, XLIV, Padova, 2007, 36 ss.; ID., *Il procedimento di formazione del bilancio d'esercizio e l'invalidità della delibera di approvazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2024,

giudizio di impugnazione della delibera di approvazione del bilancio è legittimata passiva la sola società, la quale, peraltro, non è legittimata ad impugnare la delibera di approvazione (o di mancata approvazione del bilancio)³.

L'azione avente ad oggetto l'impugnazione della delibera di approvazione del bilancio è rimessa alla competenza del tribunale delle imprese⁴.

I, ___; G.E. COLOMBO, *L'invalidità dell'approvazione del bilancio dopo la riforma del 2003*, in *Riv. soc.*, 2007, 935 ss.; M. CORRADO, *Art. 2434-bis*, in *Commentario Marchetti*, Milano, 2006, 659; G. FIGÀ-TALAMANCA e K. MARTUCCI, *Contabilità e bilancio*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, 920 ss., i quali rilevano le interferenze che negli ultimi 40 anni hanno condizionato l'evoluzione della disciplina dei vizi di bilancio; A. LOLLI, *Art. 2434-bis c.c.*, *Commentario Gabrielli-Santosuosso*, II, Milano, 2015, 1122; G. MARZIALE, *Art. 2434-bis*, in *Commentario d'Alessandro*, Padova, 2011, 751; S. MASTURZI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari e tutela*, Milano, 2017; F. NIEDDU ARRICA, *Art. 2434-bis*, in Cagnasso-De Angelis-Racugno, *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2018, 733 ss.; L. QUATTROCCHIO, *Art. 2434-bis c.c.*, in *Il nuovo diritto societario* diretto da Cottino, 2, Bologna, 2004; G. RACUGNO, *Bilancio e libri sociali*, in Mambriani-Racugno, *Bilancio e libri sociali. Gruppi di società*, Milano, 2019, 181; G. STRAMPELLI, *Art. 2434-bis*, in *Le società per azioni*, diretto da Abbadessa e Portale, I, Milano, 2016, 2419.

³ Cass., 5 ottobre 2012, n. 17060. È possibile evitare la nullità o l'annullamento con la redazione e l'approvazione di un nuovo bilancio che sostituisca quello viziato e che per forma e contenuto non presenta più i vizi denunciati (Trib. Milano, 15 settembre 2022).

⁴ Secondo quanto previsto in linea generale dall'art. 2, comma 1, lett. d), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1. Nella prassi giudiziaria l'elemento centrale dell'istruttoria nella quasi totalità delle impugnative di bilancio per motivi sostanziali è la consulenza tecnica d'ufficio, alla quale i tribunali rimettono la verifica e l'accertamento delle violazioni denunciate dalla parte attrice. In merito alla discussa compromettibilità in arbitri delle impugnative di bilancio, si rinvia allo studio di O. CAGNASSO-G. GARESIO, *L'invalidità delle delibere assembleari: in particolare quelle di approvazione del bilancio*, in *Società e Contratti. Bilancio e Revisione*, 2014, n. 1, 6. Ad avviso di chi scrive pare preferibile la non compromissibilità in arbitri dell'impugnazione del bilancio: in questo senso, Cass., 13 ottobre 2016, n. 20674; Cass., 10 settembre 2015, n. 17950; Cass., SS.UU. 21 febbraio 2000, n. 57, in *Giur. comm.*, 2000, II, 73, con nota di P.G. JAEGER, *Violazione del principio di chiarezza e invalidità della delibera di approvazione del bilancio (Considerazioni sul «diritto all'informazione» degli azionisti)*; Trib. Genova, 4 dicembre 2015, in *Giur. comm.*, 2017, II, 557, con nota di E. GABELLINI, *Arbitrabilità e diritti superindividuali: le delibere assembleari sul bilancio*.

2. L'art. 2434 *bis*⁵ stabilisce che l'*impugnativa* – tanto per le azioni di annullamento quanto per quelle di nullità – *non può essere proposta* se è stato approvato il bilancio dell'esercizio successivo⁶, così derogando anche al termine triennale previsto dall'art. 2379, comma 1°. La norma persegue l'obiettivo di impedire l'incertezza che colpirebbe una decisione particolarmente importante come quella relativa al documento che attesta i risultati conseguiti dalla società, mettendo a rischio i soci, i creditori, tutti i soggetti che con la società entrano in rapporto⁷, e più in generale il mercato. Chi ha interesse, tra i legittimati all'*impugnativa*, è tenuto, pertanto, ad agire con sollecitudine, comunque, non oltre l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio successivo. Diversamente, l'accoglimento dell'*impugnativa* si potrebbe riflettere sui bilanci che seguono, di esercizio in esercizio, quello contestato, accentuando il pericolo dell'incertezza. La soluzione in esame è apprezzabile anche in considerazione dell'equilibrio che assicura agli interessi in gioco: quello dei legittimati alla censura, che non è preclusa, e quello della società, sottratta al rischio appunto dell'instabilità di una decisione che non coinvolge soltanto i soci, ma anche i creditori sociali, ed in genere, il mercato.

La disciplina codicistica sulla invalidità della delibera di approvazione del bilancio (art. 2434-*bis*) è stata introdotta in sede di riforma societaria⁸. All'articolata evoluzione della giurisprudenza in materia è dedicato il successivo par. 6.

3. Per quanto concerne gli artt. 2377 e 2379⁹, richiamati dal comma 1° dell'art. 2434-*bis*, l'interpretazione prevalente individua,

⁵ Norma richiamata per la s.r.l. dall'art. 2479-*ter* ult. comma. In forza del disposto dell'art. 2409-*quaterdecies*, comma 2, l'art. 2434-*bis* trova applicazione anche alle deliberazioni del consiglio di sorveglianza con cui viene approvato il bilancio di esercizio.

⁶ Rileva a tal fine la data della deliberazione assembleare di approvazione del progetto di bilancio e non l'esecuzione delle forme di pubblicità di cui all'art. 2435 (Trib. Roma, 26 aprile 2016, n. 8276).

⁷ Infatti i terzi che si relazionano con la società hanno diritto a conoscere l'effettiva situazione patrimoniale e finanziaria della stessa.

⁸ D.lgs. 17 gennaio 2006, n. 6.

⁹ Che statuiscono, rispettivamente, quale termine per l'*impugnazione* delle

nel riferimento alla prima norma, cioè nell'*azione di annullamento*, il rimedio contro i *vizi del procedimento* di formazione del bilancio (quale l'omesso o non tempestivo deposito del progetto presso la sede sociale: art. 2429, comma 3°); nel richiamo alla seconda norma, cioè nell'*azione di nullità*, il rimedio contro i *vizi di contenuto* del bilancio, approvato da una delibera in tal caso esposta a nullità per illiceità dell'oggetto¹⁰. Al riguardo, l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato censura col più grave vizio della nullità non solo la delibera approvativa di un bilancio che non abbia fornito una rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale e finanziaria della società e del risultato economico dell'esercizio, ma anche la delibera approvativa di un bilancio che, per violazioni non marginali del *principio di chiarezza*¹¹ – non subordinato, dunque, al principio di correttezza e veridicità, ma dotato di autonoma valenza – abbia compromesso una rappresentazione che consenta di desumere l'intera gamma delle informazioni richieste dalla legge per ciascuna delle singole poste iscritte¹², sempreché non si tratti di informativa priva di effetti rilevanti (art. 2423, comma 4°).

Secondo l'O.I.C. n. 11, § 16, il bilancio d'esercizio deve esporre solo quelle informazioni che hanno un effetto significativo e rilevante sui dati di bilancio o sul processo decisionale dei destinatari: principio di *materiality*¹³. Il principio trova anche riscontro in numerose norme relative alla redazione e al contenuto del bilancio. Il procedi-

delibere annullabili, il termine di novanta giorni (art. 2377, comma 6°) e per l'impugnazione delle delibere nulle il termine di tre anni (art. 2379).

¹⁰ In ogni caso è nulla la delibera di approvazione del bilancio in caso di mancanza di convocazione o del verbale (art. 2379, comma 1°).

¹¹ Regola questa sancita da Cass. SS.UU., 21 febbraio 2000, n. 27, in *Giur. comm.*, 2000, II, 73, con nota di P.J. Jaeger. Aggiungasi che è soggetta all'azione di nullità la deliberazione assembleare di approvazione di un bilancio che violi la chiarezza, che si deve valutare complessivamente sulla base dei documenti contabili, delle relazioni e dei chiarimenti forniti in assemblea e risultanti dal verbale Cass., 27 aprile 2004, n. 8001. Di regola quindi il bilancio non è impugnabile per gli argomenti sui quali sono stati forniti in assemblea adeguati chiarimenti (Cass., 9 maggio 2008, n. 11554). Altresì la violazione dei postulati della *continuità, della prudenza, della trasparenza e della correttezza*, se ciò ha in concreto indotto in errore il socio circa le informazioni sulla consistenza patrimoniale e l'efficienza economica della società o se l'alterazione o l'incompletezza dei dati ha causato un pregiudizio

mento di formazione implica stime o previsioni. Pertanto, la correttezza dei dati non si riferisce soltanto all'esattezza aritmetica, bensì alla correttezza economica, alla ragionevolezza, cioè al risultato attendibile che viene ottenuto dall'applicazione oculata ed onesta dei procedimenti di valutazione adottati nella stesura del bilancio d'esercizio. Errori, semplificazioni e arrotondamenti sono tecnicamente inevitabili e trovano il loro limite nel *concetto di rilevanza*; essi cioè non devono essere di portata tale da avere un effetto rilevante sui dati di bilanci e sul loro significato per i destinatari¹⁴.

L'invalidità della delibera di approvazione del bilancio, per il principio di continuità si ripercuote nei bilanci dei successivi esercizi.

economico al valore della sua partecipazione (Cass., 2 marzo 2016, n. 4119; Cass., 7 maggio 2008, n. 11091; Cass., 2 maggio 2007, n. 10139; Trib. Milano, 6 luglio 2016).

La violazione sussiste sia quando si determini una divaricazione tra il risultato effettivo dell'esercizio (o il dato destinato alla rappresentazione complessiva del valore patrimoniale della società) e quello del quale il bilancio dà invece contezza, sia in tutti i casi in cui dal bilancio e dai relativi allegati non sia possibile desumere l'intera gamma delle informazioni che la legge vuole siano fornite per ciascuna delle singole poste iscritte (Cass., SS.UU. 21 febbraio 2000, n. 27; Cass., 2 marzo 2016, n. 4120; Cass., 1° aprile 2015, n. 6616; Cass., 23 febbraio 2012, n. 2758; Cass., 7 marzo 2006, n. 4874; Trib. Palermo, 23 giugno 2021, n. 2674; Trib. Bologna, 11 luglio 2019, n. 1601).

¹² Cfr. Cass., 18 marzo 2023 n. 7433, con nota di G. RACUGNO, *Bilancio nullo in violazione del principio di chiarezza se non solo illustrati in assemblea i rilievi formulati dal collegio sindacale*, in *Società e Contratti. Bilancio e Revisione*, 2023, n. 5, 45.

¹³ Cfr. S. FORTUNATO, *Gli obiettivi informativi del "nuovo" bilancio d'esercizio*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 508, nt. 22, che evidenzia come il principio di rilevanza in sede civilistica «integra il modello legale di informazione di bilancio *dovuta*, nel senso che questa è obbligatoria nei limiti in cui sia 'significativa' per la tutela del processo decisionale dei destinatari; e se non lo è, non è neppure obbligatoria»; S. MARCI, *Il principio di materiality nel sistema del bilancio di esercizio. Fra clausole generali e principi di redazione*, Tesi dottorato di ricerca – Università di Sassari, 2023; EAD., *Il giudizio di materiality nel bilancio di esercizio*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 118.

¹⁴ G. STRAMPELLI, *Art. 2434-bis, cit.*, 2421, il quale sottolinea che costituiscono vizi di chiarezza suscettibili di dare luogo alla nullità della delibera di approvazione del bilancio il mancato rispetto degli schemi di stato patrimoniale e conto economico previsti dagli artt. 2424 e 2425, come pure l'incompletezza delle informazioni rese nella nota integrativa o la rappresentazione in modo fuorviante delle stesse.

In ogni caso se l'attore lamenta non già la corrispondenza della fonte contabile alle vicende gestorie, ma l'inerenza di esse a vicende gestorie dannose per la società, non è configurabile alcuna violazione del principio di verità nella redazione del bilancio, dovendo la prospettazione dare luogo, in astratto, solo ad addebiti di responsabilità nei confronti dell'organo gestorio¹⁵.

4. Per porre freno al proliferare di impugnative di disturbo, la giurisprudenza richiede nell'impugnante la sussistenza di un *interesse ad agire*, identificato con l'interesse attuale e concreto ad una informazione chiara e precisa¹⁶, da cui discende la carenza di interesse del socio che ha previamente ricevuto dagli amministratori i necessari chiarimenti¹⁷, come pure non sussiste l'interesse ad agire quando le violazioni connesse nel redigere il bilancio sono trascurabili rispetto al diritto di informazione dei soci¹⁸.

Restando in tema di legittimazione dell'impugnativa della delibera approvativa del bilancio, v'è l'ulteriore previsione dell'art. 2434-bis, comma 2°, per la quale, se il soggetto incaricato di effettuare la

¹⁵ Trib. Milano, 29 agosto 2013, n. 11193. Sul rilievo della distinzione «tra documenti falsi, che deformano la realtà fattuale, e documenti che registrano fedelmente operazioni scorrette», cfr. F. SUPERTI FURGA, *Il falso in bilancio nella prospettiva economico-aziendale*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 227: osserva questo A. come la documentazione relativa al pagamento del prezzo per l'acquisto di un immobile notevolmente superiore a quello di mercato «per finalità contrastanti con la corretta gestione aziendale ... non darà luogo a un bilancio falso, ma metterà in evidenza un'operazione di *mala gestio*», che riguarda non già il bilancio, che ha la funzione di «fotografare» l'esistente, ma la responsabilità degli amministratori. Sulla confusione tra merito della gestione e falsità di bilancio, v. G.E. COLOMBO, *La «moda» dell'accusa di falso in bilancio nelle indagini delle Procure della Repubblica*, in *Riv. soc.*, 1996, 713 ss., ed. *ivi*, in particolare, 721, il § n. 3, intitolato «La contabilizzazione dei costi (effettivamente sostenuti) per prestazioni illecite non dà luogo a falsa comunicazione; il bilancio deve riflettere l'essere, non il dover essere». Di qui la netta distinzione tra azione di responsabilità e azione di impugnativa di bilancio.

¹⁶ Cass., 28 maggio 1993, n. 5959, in *Società*, 1993, 1475. Cfr. P.G. JAEGER, *Legittimazione ed interesse ad impugnare il bilancio*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 46 ss.; B. LIBONATI, *Osservazioni in tema di bilanci irregolari e di interesse a farne dichiarare l'irregolarità*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, II, 155 ss.

¹⁷ Cass., 20 settembre 2012, n. 15944, in *Società*, 2012, 1354.

¹⁸ App. Milano, 4 dicembre 1992.

revisione legale dei conti¹⁹ ha emesso un *giudizio privo di rilievi*, l'impugnativa, sia per causa di annullabilità che di nullità, è riconosciuta ai soci²⁰ che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale²¹. In realtà il mancato rilievo del revisore costituisce una ragione di garanzia che giustifica la specifica limitazione; essa viene, invece, meno se il revisore esprime rilievi. La norma trova applicazione per tutte le società per azioni, ricorrano o meno al capitale di rischio e va interpretato nell'ottica, già rilevata, di stabilizzazione delle decisioni sociali riguardanti il bilancio.

È discussa la possibilità di ottenere in sede di impugnativa la *sospensione della delibera di approvazione del bilancio*: in proposito è stata sostenuta la soluzione positiva²² sottolineando come le delibere

¹⁹ La norma, peraltro, non precisa se tale figura sia coincidente con quella del controllore esterno o se sia comprensiva del collegio sindacale (o del sindaco unico), ove a tale organo sia affidata la revisione legale. In ogni caso, la relazione del revisore deve contenere un giudizio sulla coerenza della relazione sulla gestione con il bilancio e sulla sua conformità alle norme di legge: G. STRAMPELLI, *Art. 2434-bis*, cit., 2420.

²⁰ È pacifico che la norma, relativa solo ai soci, non riguardi gli altri potenziali impugnanti, come amministratori, collegio sindacale, o terzi interessati, le cui azioni volte alla caducazione del bilancio non incontreranno, pertanto, vincoli in caso di assenza di rilievi da parte del revisore: F. NIEDDU ARRICA, *Art. 2434-bis*, cit., 758.

²¹ La quota del 5% del capitale sociale deve intendersi inderogabile e da calcolarsi sulla base dell'intero capitale sociale, e non solamente sulla parte rappresentata dalle azioni con diritto di voto per la delibera di approvazione del bilancio. Resta fermo, come ribadito dalla relazione al d.lgs. 17.1.2003, n. 6, che, qualora il potere di impugnativa del singolo socio venga meno per effetto del limite alla legittimazione di cui al comma 2° dell'art. 2434-bis, egli può agire per il *risarcimento del danno* eventualmente subito per effetto dell'approvazione del bilancio, nell'ipotesi in cui, nonostante il giudizio positivo emesso dal revisore, il contenuto dello stesso sia viziato: G. STRAMPELLI, *Del bilancio*, cit., 2427.

²² Trib. Palermo, 13 gennaio 2017, in *Il societario.it*, 4 maggio 2017 ed in banca dati *Dejure*; Trib. Palermo 13 aprile 2016, in *Il societario.it*, 31 maggio 2016 ed in banca dati *Dejure*; Trib. Firenze, 27 marzo 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, 227; Trib. Napoli, 4 settembre 2014, consultabile in banca dati *Dejure*; Trib. Nocera Inferiore, 1° luglio 2008, in *Giur. merito*, 2008, I, 2550; Trib. Napoli, 15 ottobre 1998, in *Società*, 1999, 710; Trib. Verona 24 settembre 2007, in *Guida al diritto*, 2007, 43, 5. In dottrina G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998, 336; E. BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese*, 2, *Bilancio d'esercizio*, Torino, 2010, 398 ss.; M. VALINOTTI, in *Società e Contratti. Bi-*

di approvazione del bilancio, pur avendo valore dichiarativo, e non richiedendo atti di esecuzione in senso proprio, costituiscono il presupposto di tutte le deliberazioni successive ed incidono, sotto il profilo dell'efficacia, sulle stesse.

Nelle società quotate, che sono soggette esclusivamente alle disposizioni contenute nel tuf²³, l'impugnativa per mancata conformità del bilancio alle norme che ne disciplinano i criteri di redazione può essere proposta *in ogni caso* anche dalla Consob nel termine di sei mesi dal deposito del bilancio presso l'ufficio del registro delle imprese (art. 157, comma 2°, T.u.f.). La legittimazione della Consob, peraltro, viene meno se al momento della decisione della causa, le azioni della società il cui bilancio è stato impugnato non sono più quotate nel mercato regolamentato²⁴.

Rimane ferma la legittimazione all'impugnativa di approvazione del bilancio da parte degli amministratori, dei sindaci e del rappresentante comune degli azionisti di risparmio, nonché, per i vizi di contenuto, da parte dei creditori e di ogni terzo interessato²⁵.

5. L'ultimo comma dell'art. 2434-*bis* prevede che il bilancio dell'esercizio nel corso del quale viene dichiarata l'invalidità tenga conto delle ragioni che l'hanno determinata, con la conseguenza che se viene dichiarata la nullità dell'approvazione del bilancio, è necessario sottoporre nuovamente il bilancio all'approvazione dell'assemblea²⁶.

lancio e Revisione, agosto 2023. Tra i precedenti di segno opposto motivati con il rilievo, invero formalistico, che in seguito all'approvazione del bilancio mancherebbe qualsivoglia attività esecutiva, cfr. Trib. Milano, 24 aprile 2002, in *Giur. it.*, 2002, 2101; Trib. Milano, 12 gennaio 2001, in *Società*, 2001, 713; Trib. Milano, 6 dicembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 1199.

²³ G. STRAMPELLI, *Art. 2434-bis*, cit., 2424; L. TRONCI, *Sub. art. 157, d.lgs. 24.2.1998, n. 58*, in *Breviaria Iuris*, Milano, 2020, 1157. *contra*, A. GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, 2, Torino, 2007, 244.

²⁴ App. Milano, 20 ottobre 2012, n. 3042.

²⁵ Trib. Milano, 17 agosto 2011, in *Società*, 2011, 1261, con nota di V. SALAFIA.

²⁶ G.E. COLOMBO, *L'invalidità dell'approvazione del bilancio*, cit., 960; R. SACCHI, *Gli effetti della sentenza che accoglie l'impugnazione di delibera assembleare di s.p.a.*, in *Banca, borsa*, 2012, I, 141 ss.; Trib. Roma, 29 luglio 2013, in *Società*, 2014,

In seguito alla declaratoria di nullità, gli amministratori hanno l'obbligo di adeguare il bilancio rappresentando in maniera corretta e chiara la reale situazione economico/finanziaria della società, ripristinando i diritti societari del socio che siano stati lesi²⁷. Tale obbligo presuppone, secondo l'opinione prevalente, il passaggio in giudicato²⁸ della sentenza, ancorché non possa "dubitarsi che sino al passaggio in giudicato debba darsi notizia della relazione sulla gestione del contenzioso in corso"²⁹.

Una volta dichiarata l'invalidità di una delibera di approvazione di un bilancio gli amministratori hanno due obblighi essenziali:

– redigere un nuovo bilancio per quell'esercizio, coerentemente a quanto deciso in sede giudiziale, rappresentando quindi in modo corretto e chiaro la reale situazione economico-finanziaria della società e ripristinando i diritti sociali che sono stati lesi; tale bilancio deve poi essere sottoposto nuovamente all'approvazione dei soci (Trib. Milano, 12 settembre 2019, n. 8138; Trib. Milano, 14 febbraio 2011, n. 2701);

– correggere tutti i bilanci successivi nella misura in cui le rettifiche effettuate sul primo bilancio producano i riflessi nei bilanci successivi (nel rispetto del principio di continuità), sempre che nel frattempo la situazione della società non sia radicalmente mutata, in modo tale da non essere più influenzata dalle invalidità accertate (Trib. Milano, 12 settembre 2019, n. 8138).

In attesa del passaggio in giudicato della sentenza la relazione sulla gestione deve dare notizia del contenzioso in corso.

6. Il primo comma dell'art. 2434-*bis* fissa il termine finale per l'esercizio delle azioni di annullamento e nullità della delibera di approvazione del bilancio, stabilendo che queste non possono essere proposte «dopo che è avvenuta l'approvazione del bilancio dell'eser-

538, con nota di P. BALZARINI. Per un esame delle varie opinioni in argomento, cfr. G. STRAMPELLI, *Art. 2434-bis*, cit., 2428.

²⁷ Trib. Milano, 14 febbraio 2011, n. 2701.

²⁸ G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Liber amicorum* G.F. Campobasso, 2, Torino, 2007, 273; A. GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., 246; R. SACCHI, *Gli effetti della sentenza*, cit., 154.

²⁹ G. STRAMPELLI, *Art. 2434-bis*, cit., 2430.

cizio successivo»³⁰, sovvertendo radicalmente la regola della imprescrittibilità dell'azione di nullità (art. 1422 c.c.).

In altri termini il completamento dell'*iter* periodico di formazione del documento contabile comporta la decadenza dell'impugnativa di tutti i bilanci precedenti³¹. In sostanza, “una volta approvato il bilancio successivo, la rappresentazione della situazione economico patrimoniale della società data con il bilancio precedente ai soci e ai terzi ha esaurito le sue potenzialità informative ed organizzative, e dunque anche le sue potenzialità decettive, dovendo i destinatari dell'informazione, per ogni valutazione e decisione organizzativa conseguente, far riferimento all'ultimo bilancio approvato”³².

La disposizione introduce un regime che privilegia, all'evidenza, l'istanza di stabilità della delibera, alla quale sono state avanzate differenti proposte interpretative come in appresso.

A. *Insussistenza dell'onere di impugnazione dei bilanci successivi*

In estrema sintesi può condividersi il principio secondo cui se il socio ha impugnato la delibera di approvazione di un bilancio precedente non è necessaria l'impugnativa anche dei bilanci succes-

³⁰ Vedi, tra gli altri, M. NATALE, *Sub art. 2434-bis*, in *Bilancio*, a cura di M. Irrera, Milano, 2022, 661; E. BOCCHINI, *op. cit.*, 421 s.; F. NIEDDU ARRICA, *Art. 2434-bis*, cit., 753; B. MANGIAPANE, *Riflessioni sulla “patologia” della delibera di approvazione del bilancio dopo la Novella del 2003*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2011, 141 *ivi* 160; F. TERRUSI, *L'invalidità delle delibere assembleari della spa*, Milano, 2007, 257; G.E. COLOMBO, *L'invalidità dell'approvazione del bilancio*, cit., 940; A. GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2006, 2, 227; D. CORRADO, *op. ult. cit.*, 680; A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 55 *ivi* 62.; M. BUSSOLETTI, *Commento all'art. 2434-bis*, in AA.VV., *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, cit., 1087 nota 1; R. WEIGMANN, *Luci e ombre del nuovo diritto azionario*, in *Società*, 2003, 270 *ivi* 279. In giurisprudenza vedi Trib. Milano, 12 settembre 2019, in *Giur. it.*, 2020, 612, 613.

³¹ Sicché la preclusione non opera nell'ipotesi dell'approvazione di situazioni patrimoniali infra-annuali: G.E. COLOMBO, *L'invalidità dell'approvazione del bilancio dopo la riforma del 2003*, cit., 939.

³² Trib. Milano, 6 luglio 2016, in *De Jure*.

sivi che presentino i medesimi vizi di quello già oggetto di contestazione.

In questo senso, Cass., 24 maggio 2023, n. 14338³³, secondo la quale “l’omessa impugnazione del bilancio relativo all’esercizio successivo – approvato nel corso del processo avente ad oggetto l’impugnazione di uno o più bilanci relativi ad esercizi precedenti – che riproduca i medesimi vizi lamentati con l’impugnazione originaria non determina l’inammissibilità del gravame per sopravvenuto difetto di interesse ad agire. Così come non esclude l’interesse ad agire l’omessa impugnazione di un bilancio precedente a quello impugnato già contenente il medesimo vizio lamentato”.

In particolare, la Suprema Corte ha rilevato che l’onere, in capo agli amministratori, di adeguamento del bilancio di esercizio – sancito dall’art. 2377, comma 7 – non è condizionato all’impugnazione anche dei bilanci intervenuti tra l’impugnazione proposta e la sentenza di accoglimento della stessa, ancorché per la relativa pronuncia occorra, per lo più, attendere qualche anno³⁴. Con l’ordinanza n. 14338/2023 la Cassazione formulava quindi il seguente principio di diritto: “*Ai sensi dell’art. 2434-bis, le impugnazioni previste dagli artt. 2377 e 2379 nei confronti delle delibere di approvazione del bilancio non richiedono, dopo l’impugnazione giudiziale del primo bilancio, anche quella dei bilanci medio tempore chiusi nel corso del giudizio, posto che, ai sensi del 3° comma dell’art. 2434-bis, l’amministratore deve tener conto delle ragioni dell’intervenuta dichiarazione giudiziale di invalidità dell’impugnata delibera di approvazione del bilancio solo nel bilancio dell’esercizio nel corso del quale viene dichiarata l’invalidità stessa*”. Il riferimento al bilancio dell’esercizio in corso deve intendersi a quello in cui la pronuncia di invalidità sia passata in giudicato, in quanto tener conto di una decisione non definitiva signifi-

³³ In *Società e Contratti. Bilancio e Revisione* n. 78/2023, p. 47, C. CELOTTI, *Impugnazione delle delibere di bilancio delle società di capitali: non è necessario impugnare anche i bilanci successivi a quelli già oggetto di contestazione*.

³⁴ Sempreché la società non provveda ad attivarsi per la sostituzione della delibera viziata secondo quanto statuisce l’art. 2377, comma 8: “*l’annullamento della deliberazione non può aver luogo se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto*”.

cherebbe, infatti, apportare modifiche suscettibili di ulteriori variazioni nel caso di riforma della sentenza a conclusione degli ulteriori gradi di giudizio³⁵.

L'inottemperanza degli amministratori ad disposto della pronuncia di invalidità del bilancio impugnato determinerebbe³⁶ la nullità del bilancio di cui all'art. 2434-*bis* comma 3, nonché la possibilità di presentare denuncia al tribunale, ai sensi dell'art. 2409.

La tesi, pur in un contesto giurisprudenziale disomogeneo, secondo la quale non è necessario che il socio impugni anche tutti i bilanci successivi (a quello oggetto di contestazione) trova puntuale fondamento nell'obbligo degli amministratori, fondato sul combinato disposto dall'art. 2434-*bis*, comma 3 e 2377, comma 7 (che impone agli amministratori, dal momento del passaggio in giudicato della sentenza che ha accertato l'invalidità, di assumere i provvedimenti che conseguono all'annullamento delle delibere) di emendare tutti i bilanci successivi che presentano i vizi originariamente lamentati in sede di impugnazione del bilancio precedente, ripristinando in tal modo i diritti del socio che siano stati lesi e modificando di conseguenza i dati di partenza del bilancio successivo³⁷.

In senso conforme Cass., 23 aprile 2024, n. 1179, che testualmente ha disposto: “le impugnazioni previste dagli artt. 2377 e 2379 nei confronti delle delibere di approvazione del bilancio non richiedono, dopo l'impugnazione del primo bilancio, anche quella del bilancio medio tempore chiusi nel corso del giudizio, poiché, ai sensi dell'art. 2434-*bis*, terzo comma, l'amministratore deve tener conto delle ragioni dell'intervenuta dichiarazione giudiziale di invalidità non solo nella predisposizione del bilancio nel corso del quale questa viene dichiarata, ma anche correggere i bilanci seguenti a quello

³⁵ Orientamento diverso potrebbe emergere da una recente decisione del Tribunale di Milano (14 febbraio 2011, in *Banca dati Eutekne*), per il quale, “a seguito e per effetto della declaratoria di nullità della delibera di approvazione del bilancio di esercizio gli amministratori hanno l'obbligo sotto la propria responsabilità di adeguare lo stesso rappresentando in maniera corretta e chiara la reale situazione finanziaria della società e l'effettivo risultato economico, ripristinando i diritti societari del socio che siano stati lesi”.

³⁶ P. BUTTURINI, *L'impugnazione del bilancio d'esercizio*, cit., 166.

³⁷ Cass., 15 aprile 1016, n. 7386.

impugnato, con la conseguenza che la mancata impugnazione di questi ultimi non priva dell'interesse ad agire il socio impugnante (cfr. Cass., 24 maggio 2023, n. 14338, resa nell'ambito di un giudizio vertente tra le medesime parti e relativa all'impugnazione della delibera di approvazione del bilancio sociale relativo all'esercizio dell'anno precedente)".

Orientamento analogo emerge da App. Napoli, 23 febbraio 2023, n. 813³⁸, secondo la quale non avrebbe senso imporre al socio di impugnare anche tutti i bilanci successivi che presentano i medesimi vizi originariamente lamentati, stante il richiamato onere in capo agli amministratori di emendare i vizi censurati nel caso di accoglimento dell'impugnazione proposta.

Precisa la sentenza che gli amministratori, tenendo conto delle ragioni della decisione, dovranno provvedere ad apporre al bilancio contestato le modifiche imposte dalla pronunzia giurisprudenziale e variare, quindi, anche i dati di partenza del bilancio successivo.

Ed ancora, nella prospettiva di tutela dei soci e dei terzi, una volta che le invalidità siano state accertate con sentenza, gli amministratori dovranno anche provvedere alla rielaborazione ed alla riapprovazione dei bilanci intermedi tra quello dichiarato nullo e quello inerente l'esercizio in corso³⁹.

Di qui il superamento della tesi che il socio impugnante sia tenuto ad impugnare per i medesimi vizi anche tutti i bilanci intervenuti successivamente per evitare di vedere compromessa l'azione giudiziaria originariamente avviata.

Nell'ipotesi, non rara ancorché patologica, dell'assemblea convocata per l'approvazione dei bilanci relativi a più esercizi consecutivi si discute se possa essere impugnato solo il bilancio più recente⁴⁰, ovvero se la norma sia inapplicabile, in quanto la medesima presupporrebbe la cadenza fisiologica dell'approvazione entro i termini prescritti dall'art. 2364, ultimo comma⁴¹, interpretazione quest'ul-

³⁸ In *Società e Contratti. Bilancio e Revisione*, 2023, n. 3, 58.

³⁹ Cass., 2 maggio 2007, n. 10139, con nota di G. VIDIRI.

⁴⁰ M. CORRADO, *op. cit.*, 679.

⁴¹ G.E. COLOMBO, *L'invalidità dell'approvazione del bilancio dopo la riforma del 2003*, cit., 943, nota 13. Conforme Trib. Milano, 23 settembre 2015, consulta-

tima che appare più rispettosa della *ratio* della norma, oltre che confortata dalla natura eccezionale della medesima.

B. *Sussistenza della necessità di impugnazione dei bilanci successivi*

Per converso, secondo Cass. 8 marzo 2016, n. 4522⁴² (tesi questa da ritenersi superata), in difetto di impugnazione dei bilanci successivi la domanda finalizzata ad ottenere la declaratoria di invalidità del bilancio precedente deve essere respinta “stante il venir mero dell’interesse ad agire del socio che ha impugnato”: quindi il socio impugnante deve necessariamente impugnare anche le delibere di approvazione dei bilanci successivi, al fine di evitare ripercussioni negative sull’azione originaria.

Come è stato chiarito dall’avv. Cristiana Celotti⁴³, questo filone giurisprudenziale fa leva sul principio di continuità di bilancio e sulla considerazione che il bilancio è un documento che, pur riferendosi ad un singolo esercizio, non può essere scollegato dai precedenti e dai successivi.

Secondo questa tesi, per effetto del disposto dell’art. 2434-*bis*, comma, 1, con l’approvazione del bilancio successivo si verificherebbe una sorta di decadenza del diritto del socio ad impugnare la delibera di approvazione del bilancio precedente: in concreto, dalla mancata impugnazione dei bilanci intermedi, deriverebbe la definitiva cristallizzazione ed immodificabilità delle poste e dei saldi riportati nei predetti bilanci; e, da ciò, conseguirebbe anche l’impossibilità di apportare modifiche alle poste e ai saldi dei bilanci relativi ad esercizi successivi, così come a quello precedente impugnato. E,

bile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it, in relazione alla contestuale approvazione di due bilanci d’esercizio, ha ritenuto che ciascuna delibera possa essere oggetto di autonoma impugnazione, non ostando in tal senso il disposto dell’art. 2434-*bis*, la cui *ratio* riposa sull’insussistenza di interesse ad agire per l’invalidazione di un bilancio superato dall’approvazione del bilancio successivo, così da stabilizzare le delibere a fronte di iniziative tardive, alle quali non dovrebbe ascriversi l’impugnazione di un bilancio approvato con la medesima delibera che approvi anche quello successivo. Conforme G. STRAMPELLI, *Commento all’art. 2434-bis*, cit., 2422 s.

⁴² In *Società e Contratti. Bilancio e Revisione*, 2016, n. 2, 76, seguita da Trib. Napoli 3 ottobre 2022, n. 8624; Trib. Torino 10 dicembre 2018, n. 5777; Trib. Milano 29 novembre 2021, n. 9853.

quindi, in difetto di impugnazione dei bilanci intermedi/successivi a quello oggetto di contestazione, il socio impugnante non avrebbe di per sé più alcun interesse alla pronuncia di declaratoria di invalidità e ne conseguirebbe il suo difetto di interesse ad agire.

C. *Impugnazione, riassunzione successiva, nullità inizialmente non dedotta, assenza di preclusione.*

Una recentissima sentenza della Cassazione, 18 aprile 2024, n. 10581, affrontando una problematica che potremo definire “di nicchia” ha così statuito: “In tema di impugnativa di bilancio, e in esito a riassunzione successivamente alla declaratoria di incompetenza territoriale, la domanda radicata su un vizio di asserita nullità inizialmente non dedotta non è preclusa dall’art. 2434-*bis* c.c., perché la norma, nel prevedere che le azioni previste dagli artt. 2377 e 2379 c.c. non possono essere proposte nei confronti delle deliberazioni di approvazione del bilancio dopo che è avvenuta l’approvazione del bilancio dell’esercizio successivo, va intesa nel senso che la parte decade dalla possibilità di esercitare l’azione di impugnativa in sé considerata, ma non che debba risentirne l’azione di impugnativa già introdotta, quale che sia il vizio invalidante; difatti, la ragione della previsione di legge riguarda l’impossibilità di impugnare il bilancio di esercizio (non prima ma) dopo l’approvazione del bilancio dell’esercizio successivo”.

Ne discende l’irrelevanza della domanda destinata a valere come atto introduttivo di nuovo giudizio, atteso che gli attori, agendo in riassunzione, hanno prospettato un altro vizio del bilancio già impugnato.

Sebbene incentrato sull’ulteriore vizio di contenuto, il giudizio rimane sempre quello attinente all’impugnativa del bilancio impugnato.

Per tale ragione la domanda radicata su un vizio di asserita nullità prima non dedotta non è preclusa dall’art. 2434-*bis*. E non lo è perché l’art. 2434-*bis*, primo comma, nel prevedere che “*le azioni previste dagli articoli 2377 e 2379 non possono essere proposte nei confronti delle delibere di approvazione del bilancio dopo che è avvenuta*

⁴³ In *Società e Contratti. Bilancio e Revisione*, 2023, n. 7/8, 47.

l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo", va inteso nel senso che la parte decade dalla possibilità di impugnare il bilancio di esercizio in sé e per è considerato, dopo l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo, ma non che debba risentirne l'azione di impugnativa già introdotta – quale che sia il vizio invalidante.

Il senso è che il bilancio di esercizio non può essere impugnato dopo l'approvazione del bilancio di esercizio successivo, *ma non prima*.

D. *Invalidità e sostituzione della delibera di approvazione del bilancio*

Le considerazioni che seguono prendono le mosse dall'ottavo comma dell'art. 2377 che così dispone: "*L'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto*".

In proposito Trib. Torino, 20 ottobre 2017⁴⁴, ha affermato che l'annullamento della deliberazione dell'assemblea di società di capitali non può aver luogo ove la deliberazione sia stata sostituita con altra presa in conformità della legge o dello statuto, laddove, se anche la successiva deliberazione sia viziata, la delibera precedente dev'essere dichiarata invalida; il giudice è infatti tenuto ad accertare, incidentalmente e ai limitati fini della ratifica-rinnovazione, se la seconda deliberazione sia immune da vizi.

La decisione è conforme all'orientamento della Cassazione n. 2999/2010. La Suprema Corte, infatti, ha spiegato che l'annullamento della deliberazione dell'assemblea della società di cui all'art. 2377 non può aver luogo soltanto nel caso che la deliberazione sia stata sostituita⁴⁵ con altra presa in conformità della legge o dello statuto, mentre nel caso che anche la successiva deliberazione sia ille-

⁴⁴ In *Società*, 2018, 857, con nota di F. NIEDDU ARRICA, *Invalidità e sostituzione della delibera di approvazione del bilancio di esercizio*.

⁴⁵ A tal fine, il giudice può tentare di conciliare le parti in udienza, anche suggerendo egli stesso le modifiche da apportare alla delibera impugnata e, ove la soluzione appaia realizzabile, rinvia adeguatamente l'udienza (art. 2378, 4° comma). La sostituzione ha effetto sanante *retroattivo*, sicché il giudizio potrà proseguire solo per decidere in merito alle spese giudiziali: G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Milano, 2020, 349.

gittima, la delibera precedente dev'essere dichiarata invalida. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 2377, penultimo comma, se vi è stata sostituzione della delibera impugnata con altra, il giudice è tenuto a verificare l'avvenuta rimozione della precedente causa di invalidità, dovendo egli accertare, ai limitati fini della ratifica-rinnovazione, se la deliberazione ratificante sia immune da vizi, anche se contro di essa non sia stata proposta autonoma impugnativa⁴⁶.

In conclusione il Tribunale ha dichiarato la nullità anche della seconda delibera di approvazione del bilancio.

Abstract

Il rimedio contro i vizi di contenuto del bilancio è l'azione di nullità per illiceità dell'oggetto, nullità che può riguardare anche la delibera approvativa di un bilancio per violazioni non marginali del principio di chiarezza. Dalla dichiarazione di invalidità della delibera di approvazione di un bilancio, discende la preclusione all'impugnativa derivante dall'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo.

The remedy against defects in the content of the financial statements is an action for nullity on the ground of unlawfulness of the object, a nullity that may also concern the resolution approving a financial statement for non-marginal violations of the principle of clarity. From the declaration of invalidity of the resolution approving a balance sheet, there follows the preclusion of the challenge arising from the approval of the balance sheet of the following financial year.

⁴⁶ Cass., 16017/2008; Trib. Roma, 6.8.2015, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015, 7 agosto.

ORIENTAMENTI

CASSAZIONE

Sent. sez. II, 13 dicembre, n. 34858

Pres. CARRATO - Rel. FORTUNATO

Successioni – Donazione *si praemoriar* – Validità.

Successioni – Donazione *si praemoriar* – Donante che versa in condizione di malattia irreversibile – Violazione del divieto di patti successori – Esclusione.

*È valida la donazione con clausola sospensiva di efficacia subordinata alla premorienza del donante (clausola *si praemoriar*). Ferma la nullità della donazione mortis causa per violazione dell'art. 458 c.c., la donazione con clausola sospensiva di premorienza del donante produce effetti preliminari immediati in vita del donante ed investe un singolo bene inteso come entità separata dal resto del patrimonio, sempre che permangano l'irrevocabilità della disposizione e l'immediata costituzione del vincolo giuridico tra le parti, con conseguente attualità dell'attribuzione la cui efficacia è solo differita alla morte, avendo il donatario facoltà di compiere atti conservativi e finanche di disporre del bene (sotto condizione).*

La premorienza del donante è, per sua natura, evenienza incerta anche ove il donante versi in condizioni di malattia irreversibili (non potendo escludersi, in linea di principio, che premuoia il donatario per cause accidentali, improvvise, impreviste e indipendenti dal suo stato di salute sicché la donazione non diviene efficace), né è – in tal caso – prevedibile la durata della vita residua, conservando utilità pratica la connotazione di irrevocabilità della disposizione.

1. La presente controversia trae origine dalla domanda con cui G.M. aveva chiesto al Tribunale di Pordenone di dichiarare la nullità, per violazione del divieto dei patti successori, della donazione sotto condizione sospensiva di premorienza del donante effettuata da M. P. (cui era stata da tempo diagnosticata una malattia, ormai giunta in fase terminale) in favore della sorella S. nel maggio 2002, avente ad oggetto le quote della Azienda Agricola Alfa s.a.s. e della

Azienda Agricola Beta s.a.s. (queste ultime gravate da usufrutto materno). La donataria aveva, in pari data, donato al fratello le proprie quote della Azienda Alfa, sotto condizione sospensiva della propria premorienza. Nell'agosto 2004 M. M. era deceduto e la sorella era divenuta esclusiva titolare delle quote sociali anche a seguito del decesso della madre, precedente usufruttuaria.

G. M. aveva, inoltre, chiesto di essere dichiarato unico erede del figlio e di condannare la convenuta al pagamento del controvalore delle quote che nel frattempo quest'ultima aveva ceduto a terzi, per un importo di € 4.071.900,00, oltre accessori dalla domanda.

S. M. resisteva, sostenendo che, dopo la morte di M. M., era stata sciolta la comunione ereditaria e i rapporti successori erano stati definitivamente regolati mediante a) un "atto di assegnazione di beni immobili" di data 22.10.2004, con cui le parti, incluso G. M., avevano accettato gli atti dispositivi compiuti in vita dal defunto, rinunciando all'azione di riduzione, e M. M. aveva rinunciato a «tutti gli altri beni immobili posseduti da Marco», impegnandosi a rinunciare all'eredità del fratello «relativamente alla quota di beni immobili di cui al presente atto, eventualmente di spettanza», sì da consentirne l'accettazione del solo G. M.; b) un "atto di assegnazione di beni mobili" di data 10.1.2005, con cui le parti avevano dato «per regolata e definita ogni controversia esclusivamente in relazione ai beni sopra indicati, senza che sorgessero ulteriori diritti a compensazioni, versamenti, conguagli in denaro tra le parti»; c) un atto di ripartizione spese e rimborso ASL" del 10.1.2005, con il quale, premessa l'avvenuta definizione dei «rapporti inerenti alla quota immobiliare di spettanza di ciascun erede nonché alle quote di partecipazione nelle aziende agricole Alfa s.a.s. e Beta s.a.s.», G. M. e V. P. si erano accollati al 50% «le spese sostenute ed i rimborsi pervenuti»; d) un "atto riepilogativo" con il quale, sempre in data 10.1.2005, G. M., V. P. e S. M. P. avevano dichiarato di «di aver sciolto la comunione ereditaria su tutti i beni mobili e immobili di proprietà o nel possesso di M., di aver definito spese e rimborsi e dunque ogni e qualsiasi controversia presente e futura avente per oggetto la massa ereditaria, senza che nessuno possa pretendere o rivendicare in futuro ulteriori diritti a compensazioni, versamenti, assegnazioni, conguagli in denaro o quant'altro, rinunciando espressamente all'azione di riduzione eventualmente loro spettante in ordine alla sua eredità».

La convenuta affermava di aver comunque tacitamente accettato l'eredità del fratello mediante il compimento di atti di disposizione dei diritti successori; eccepiva la prescrizione dell'azione di restituzione, non suscettibile di accoglimento essendo state cedute le quote sociali, sostenendo che nella determinazione del relativo loro valore avrebbero dovuto tenersi in debito conto i miglioramenti, le addizioni e le spese sostenute.

A seguito delle descritte deduzioni difensive della convenuta, G. M. impugnava per nullità – ai sensi dell'art. 1972 c.c. – anche l'atto di assegnazione di beni immobili del 22.10.2004, l'atto di assegnazione dei mobili del 10.1.2005 e l'atto di ripartizione e rimborso Asl concluso in pari data e, infine, l'atto riepilogativo, reiterando le precedenti conclusioni unitamente alla richiesta di essere ammesso alla successione ai sensi dell'art. 571 c.c. e di ottenere il controvalore delle quote sociali.

Il Tribunale di Pordenone – con sentenza n. 216/2016 – respingeva tutte le domande, regolando le spese.

La decisione, impugnata da G. M., veniva confermata dalla Corte di appello di Trieste, con sentenza n. 201/2017 (pubblicata il 27.3.2017).

Omissis. Rigettava, inoltre, l'eccezione di nullità della donazione effettuata da Marco Maffei, ritenendo che l'atto costituisse una disposizione sottoposta a condizione sospensiva *si praemoriam* e non di una donazione *mortis causa*, immediatamente vincolante tra le parti, giacché l'evento morte del donante non era elevato a causa dell'attribuzione, ma incideva esclusivamente sull'efficacia della donazione senza impedire la produzione di effetti limitati o prodromici, peculiari del contratto sottoposto a condizione sospensiva.

Non vi erano elementi – secondo il giudice territoriale – per ritenere che l'uscita del bene dal patrimonio del donante dovesse avvenire prima della morte di Marco Maffei, né che questi potesse ancora modificare ulteriormente l'assetto patrimoniale, rendendo inoperante il congegno negoziale posto in essere, evidenziando che la natura di atto *inter vivos* trovava conferma nel fatto che il bene “non veniva a definirsi come commisurato al tempo della morte del donante, sfuggendo all'applicazione dell'art. 458 c.c.”.

Omissis. Assume il ricorrente che M. M. aveva disposto delle quote sociali in favore della sorella allorquando era in fase di malat-

tia terminale e gli restavano pochi mesi di vita, per cui la validità della donazione andava valutata senza arrestarsi al dato formale dell'apposizione della condizione di premorienza del donante, occorrendo vagliare il reale scopo perseguito dalle parti, consistente nell'intento di eludere il divieto di patti successori e di regolare la futura successione, in considerazione della decisiva circostanza che il donante aveva disposto nella piena consapevolezza che gli rimanevano pochi mesi di vita e che la sua premorienza era ormai certa.

Sussistevano, a parere del ricorrente, tutti gli elementi sintomatici del perfezionamento di un patto istitutivo nullo alla luce delle circostanze dedotte ad oggetto della prova per testi che illegittimamente il giudice di merito aveva ritenuto di non ammettere.

3. Il motivo non è fondato.

Ai fini della configurazione di un patto successorio vietato, occorre accertare: 1) se il vincolo giuridico abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione e se siano, comunque, ricompresi nella successione stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così dello “jus poenitendi”; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il programmato trasferimento, dal promittente al promissario, avrebbe dovuto aver luogo “mortis causa”, ossia a titolo di eredità o di legato (cfr. da ultimo, Cass. 14110/2021; già in tal senso Cass. 1683/1995; Cass. 2404/1971).

L'art. 458 c.c. mira a salvaguardare il principio – di ordine pubblico – secondo cui la successione *mortis causa* può essere disciplinata, oltre che dalla legge, solo dal testamento (cd. tipicità degli *atti mortis causa*) e a tutelare la libertà testamentaria fino alla morte del disponente.

In considerazione della *ratio* del divieto sono – invece – sottratti all'ambito applicativo della norma i negozi in cui l'evento morte non è causa dell'attribuzione, ma viene ad incidere esclusivamente sull'efficacia dell'atto, il cui scopo non è di regolare la futura successione.

In particolare, secondo un autorevole orientamento dottrinale (condiviso esplicitamente da questo Corte: cfr. Cass. 19198/2020), l'atto *mortis causa* vietato (diverso dal testamento) è destinato a regolare i rapporti che scaturiscono dalla morte del soggetto, senza produrre alcun effetto, neppure prodromico o preliminare fino a quando il soggetto è in vita.

Il negozio *mortis causa* investe rapporti e situazioni che si formano in via originaria con la morte del soggetto o che dall'evento morte traggono una loro autonoma qualificazione, mentre il negozio *post mortem valido* è destinato a regolare una situazione preesistente, sia pure subordinandone gli effetti alla morte di una delle parti.

Nei primi tale evento incide sia sull'oggetto che sulla posizione del beneficiario, nel senso che la disposizione *mortis causa* interessa non il bene come si trova al momento dell'atto, ma come esso figura nel patrimonio del disponente al momento della morte (cd. *quod superest*) e nel quale il beneficiario è considerato tale in quanto esistente al momento in cui l'atto acquisterà definitiva efficacia.

In carenza di tali condizioni il negozio integra un atto *inter vivos* ed è in genere valido, salvo che specifiche clausole o condizioni contrattuali conservino in capo al disponente il potere di farne venir meno gli effetti e il carattere vincolante.

In definitiva, l'atto *mortis causa* è diretto a regolare i rapporti patrimoniali e non patrimoniali del soggetto per il tempo e in dipendenza della sua morte, senza produrre alcun effetto, nemmeno prodromico o preliminare.

L'evento della morte riveste un ruolo diverso nell'atto *post mortem*, perché qui l'attribuzione è attuale nella sua consistenza patrimoniale e non è limitata ai beni rimasti nel patrimonio del disponente al momento della morte (Cass. SU 18831/2019, nonché Cass. 18198/2020).

Su tali premesse la giurisprudenza assolutamente prevalente di questa Corte ha da tempo riconosciuto piena validità, sia pure in presenza di determinate condizioni, alla donazione con clausola sospensiva di efficacia subordinata alla premorienza del donante (clausola *si premoriar*; Cass. 2619/1976; nello stesso senso Cass. 576/1950; *contra* Cass. 4053/1987).

Ferma, difatti, la nullità della donazione *mortis causa* per violazione dell'art. 458 c.c., la donazione con clausola sospensiva di pre-

morienza del donante produce effetti preliminari immediati in vita del donante ed investe un singolo bene inteso come entità separata dal resto del patrimonio, sempre che permangano l'irrevocabilità della disposizione e l'immediata costituzione del vincolo giuridico tra le parti, con conseguente attualità dell'attribuzione la cui efficacia è solo differita alla morte, avendo il donatario facoltà di compiere atti conservativi e finanche di disporre del bene (sotto condizione).

Il bene donato viene valutato dai contraenti non quale entità che residua al momento della morte, ma nella sua consistenza ed oggettività al momento del perfezionamento del negozio.

L'eventuale contrasto della donazione con il divieto di patti successori può allora dipendere dalla persistenza di un residuo potere dispositivo in capo al donante, tale da minare o rendere solo apparente l'irrevocabilità della disposizione e la sua immediata efficacia vincolante, non in sé per la maggior o minore probabilità del verificarsi dell'evento condizionante.

La premorienza del donante è, per sua natura, evenienza incerta anche ove il donante versi in condizioni di malattia irreversibili (non potendo escludersi, in linea di principio, che premuova il donatario per cause accidentali, improvvise, imprevedute e indipendenti dal suo stato di salute sicché la donazione non diviene efficace), né è – in tal caso – prevedibile la durata della vita residua, conservando utilità pratica la connotazione di irrevocabilità della disposizione.

Questa Corte ha chiarito che per accertare nei singoli casi se le parti abbiano posto una donazione *inter vivos*, coi requisiti richiesti per la sua validità, ovvero un'attribuzione patrimoniale gratuita, di altra natura, eventualmente non consentita dalla legge, è necessario procedere alla ricerca della volontà negoziale delle parti in applicazione delle regole ermeneutiche stabilite dalla legge per la interpretazione dei contratti e, in particolare, del criterio dell'interpretazione complessiva, che postula l'esame delle varie clausole dell'atto onde interpretarle le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna di esse il senso risultante dal loro complesso, facendo, inoltre, applicazione del principio secondo cui la qualificazione giuridica del rapporto dedotto in giudizio non dipende dal significato letterale delle parole o dal *nomen juris* attribuitogli dalle parti, ma dal suo concreto contenuto e dalla comune intenzione delle parti (cfr., testualmente, Cass. 1547/1966).

Nel caso di cui si discute, la Corte di merito ha, appunto, stabilito che la donazione era immediatamente efficace ed aveva ad oggetto beni (quote sociali) considerati nella loro consistenza e valore al momento della disposizione, dando vita ad un vincolo giuridico produttivo di effetti prodromici, valorizzando l'assenza di elementi che deponessero – anche solo in via indiretta – per l'effettiva persistenza in capo al donante di un potere dispositivo, a conferma dell'irrevocabilità dell'attribuzione.

Benché M. P. fosse certamente affetto da un male incurabile, la sua premorienza rispetto alla sorella poteva al più considerarsi altamente probabile ma non certa, né comunque imminente (la morte è sopraggiunta mesi dopo il perfezionamento della donazione, nell'agosto 2004), permanendo, nonostante la gravità delle condizioni di salute del donante, lo scopo pratico di assicurare il trasferimento delle quote in capo alla sorella con effetti irrevocabili e parzialmente anticipati, indirizzando da subito, nella direzione auspicata, le vicende del complesso aziendale.

L'unico motivo di ricorso non merita, pertanto, accoglimento, non potendo addebitarsi alla Corte di merito di aver escluso la violazione dell'art. 458 c.c., sottovalutando le condizioni di grave malattia e il grado di probabilità della premorienza del donante rispetto alla donataria nella ricerca dello scopo pratico voluto dai contraenti; è incensurabile, nella presente sede di legittimità, la qualificazione della donazione quale negozio *inter vivos* valido alla luce degli indici posti in rilievo nella sentenza, consistenti nella natura condizionale della clausola di premorienza, nell'idoneità dell'atto a produrre effetti prodromici e nell'assenza di previsioni che, anche solo indirettamente, conducessero a ravvisare la permanenza in capo al donante della facoltà di revoca della disposizione.

Omissis.

LA QUALIFICAZIONE DELLA DONAZIONE
SI PRAEMORIAM
QUALE NEGOZIO INTER VIVOS VALIDO

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari e la fattispecie oggetto della decisione. – 2. Le origini del problema: la dicotomia tra contratti *mortis causa* e contratti *post mortem*. – 3. L'orientamento della Suprema Corte in ordine alla qualificazione della donazione *si praemoriam*.

1. Con la sentenza in commento la Suprema Corte di Cassazione ha risolto talune complesse questioni interpretative insorte in ordine al tema della qualificazione della donazione sottoposta a condizione di premorienza come atto *mortis causa* o *inter vivos*, dirimenti ai fini dell'affermazione della validità dell'attribuzione patrimoniale gratuita.

Il caso esaminato dalla Corte di Cassazione trae origine dal ricorso presentato dal padre del donante affinché venisse dichiarata la nullità, per violazione del divieto dei patti successori, della donazione di quote sociali sotto condizione sospensiva di premorienza del donante effettuata dal figlio (cui era stata da tempo diagnosticata una malattia, ormai giunta in fase terminale) in favore della sorella. Il ricorrente, soccombente nei due gradi di giudizio, ha proposto ricorso in Cassazione avverso la sentenza della Corte di appello di Trieste¹ che – a conferma della pronuncia di primo grado – aveva dichiarato inammissibile l'eccezione di nullità delle donazioni per motivo illecito, ritenendo che comunque non vi fosse prova che il donante avesse disposto delle quote sociali con l'unico scopo di aggirare il divieto di legge, e rigettato l'eccezione di nullità della

¹ App. Trieste, 27 marzo 2017, n. 201, che conferma Trib. Pordenone n. 216/2016.

donazione, ritenendo che l'atto costituisse una disposizione sottoposta a condizione sospensiva *si praemoriam* e non una donazione *mortis causa*, giacché l'evento della morte del donante non era elevato a causa dell'attribuzione, ma incideva esclusivamente sull'efficacia della donazione senza impedire la produzione di effetti limitati o prodromici, peculiari del contratto sottoposto a condizione sospensiva. A fondamento dell'adottata decisione la Corte territoriale aveva evidenziato altresì come non vi fossero elementi per ritenere che l'uscita del bene dal patrimonio del donante dovesse avvenire prima della sua morte, né che questi potesse modificare ulteriormente l'assetto patrimoniale, rendendo inoperante il congegno negoziale posto in essere, e che la natura di atto *inter vivos* trovava conferma nel fatto che il bene non veniva a definirsi come commisurato al tempo della morte del donante, sfuggendo all'applicazione dell'art. 458 c.c.

L'unico motivo di ricorso denuncia la violazione degli artt. 458 e 1353 c.c. giacché la Corte territoriale non avrebbe tenuto in debito conto il reale scopo perseguito dalle parti, consistente nell'intento di eludere il divieto dei patti successori e di regolare la futura successione, in considerazione della decisiva circostanza che il donante aveva disposto delle quote sociali in favore della sorella nella piena consapevolezza che gli rimanevano pochi mesi di vita e che la sua premorienza era ormai certa. Sussistevano, a parere del ricorrente, tutti gli elementi sintomatici del perfezionamento di un patto istitutivo nullo ai sensi dell'art. 458 c.c.

2. La complessità che avvolge il tema della devoluzione del patrimonio per il tempo successivo alla morte del suo titolare deriva in larga misura dai limiti che il diritto successorio impone all'autonomia privata. Emblematico in questo senso è l'art. 458 c.c.², il quale non consente la chiamata all'eredità per mezzo dello strumento contrattuale e rende, pertanto, il testamento l'unico atto negoziale *mortis causa* utilizzabile dal disponente per regolare la propria successione.

A differenza di altri ordinamenti, il nostro sistema delle successioni non ammette la categoria del contratto *mortis causa*, con il

² Su cui v. il recente contributo di C. CICERO, *I patti successori*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, vol. 1, a cura di V. Cuffaro - A. Gentili, Milano, 2021, *passim*.

quale si dispone dei rapporti patrimoniali in dipendenza della morte dell'autore; con ciò a voler rimarcare che le forme di successione riconosciute sono due, la legittima e la testamentaria, quale alternativa esclusiva della devoluzione a causa di morte (*ex art. 457, comma 1° c.c.*). Da più parti è stato messo in evidenza come il diritto successorio sia stato relegato ad una dimensione marginale a causa dell'inattualità dei meccanismi successori tipici previsti dal Libro secondo del Codice Civile rispetto ai profondi mutamenti che hanno interessato le relazioni familiari e patrimoniali, che richiedono percorsi di trasmissione della ricchezza adeguati alla natura e alla qualità della composizione dei patrimoni ereditari al fine di assecondare i *desiderata* di chi intenda pianificare la propria successione. I consociati invocano una maggiore autonomia nel pianificare la propria vicenda successoria, nella scelta dei mezzi così come nel contenuto delle disposizioni, richiedono di poter condividere la programmazione successoria con i destinatari delle assegnazioni patrimoniali nonché di poter fruire di istituti più appropriati in funzione della natura della ricchezza e della qualità degli aventi causa.

In effetti può constatarsi come il libro secondo del codice civile sia stato oggetto di minimi interventi di riforma da parte del legislatore³, specie se lo si compara con gli interventi legislativi effettuati sugli altri libri del codice. Va detto, però, che la dottrina⁴ ha segnalato a più riprese l'esigenza di interventi di riforma che consentano di superare l'asimmetria complessiva ravvisabile tra la legge e i sistemi di valori correnti, testimoniata da un fenomeno di fuga della prassi verso meccanismi atipici di circolazione della ricchezza tra pri-

³ Solo due interventi si segnalano come significativamente innovativi dell'originario ordito del libro secondo del codice civile: la riforma degli artt. 561 e 563 c.c. (art. 2, comma 4-*novies*, lett. *a*, d.l. n. 35/2005, conv. in l. n. 80/2005, e art. 3 l. n. 263/2005) e l'introduzione degli artt. da 768-*bis* a 768-*octies* c.c. recanti la disciplina del patto di famiglia (nuovo Capo V-*bis* del Titolo III relativo alla divisione ereditaria).

⁴ Cfr. P. RESCIGNO, *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1942 ss.; G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, diretto da G. BONILINI, Milano, III, 2009, p. 279 ss.; M. MARTINO, *Attribuzioni mortis causa e complessità delle forme di redistribuzione sottese alla successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, VI, p. 1057 ss.

vati, non sempre del tutto adeguati allo scopo. Invero è ricorrente ormai da tempo, nella letteratura in materia di successioni, l'affermazione secondo cui l'atto testamentario avrebbe perso terreno quale mezzo di trasmissione della ricchezza familiare, mostrandosi recessivo specialmente in relazione ai grandi patrimoni, con riguardo ai quali altri e diversi sarebbero gli strumenti utilizzati nella prassi ai fini della pianificazione della vicenda successoria, strumenti che vengono definiti, in questa prospettiva, come alternativi al testamento.

In particolare, a partire dagli anni settanta del ventesimo secolo il tentativo di maggior rilievo finalizzato a limitare in via interpretativa il divieto dei patti successori sembra potersi ravvisare nell'approfondimento di un elevato numero di negozi e di clausole negoziali, al fine di vagliare una loro possibile utilizzazione in funzione successoria⁵. E in una ricerca di strumenti negoziali alternativi al testamento la questione principale è certamente quella di verificarne la validità alla luce del disposto dell'art. 458 c.c. Il divieto in questione segna, invero, il confine da tracciare tra contratti *inter vivos*, dove la morte di uno dei contraenti figura al più come mero presupposto, e contratti in cui l'evento della morte del disponente assume invece rilevanza causale, di guisa che soltanto questi ultimi, ricadendo nel divieto, devono ritenersi nulli.

Sulla scorta di questi rilievi la dottrina ha ricercato per lo più nel contratto con effetti dopo la morte di uno dei contraenti un'alternativa al testamento, elaborando le categorie dei cosiddetti contratti *trans mortem* e dei negozi *post mortem*, connotati dal diverso ruolo che l'evento morte assurge nella struttura negoziale, in quanto il venir meno del disponente non costituisce l'elemento causale dell'attribuzione, bensì un elemento accidentale del negozio (una condizione sospensiva o risolutiva, oppure un termine). In questi casi,

⁵ Il declino dell'istituto testamentario e la conseguente devoluzione della ricchezza attraverso istituti che si prestano a fungere da valida alternativa al negozio testamentario è stata sottolineata da V. PUTORTI, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, p. 163 ss. Più di recente, vedi G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 146 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione si praemoriam al patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 303 ss.; F. PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. not.*, 2008, p. 1007 ss.

dunque, l'evento morte si sposta dal profilo eziologico del negozio a quello temporale di stabilizzazione degli effetti⁶.

Orbene, caratteristiche essenziali dei negozi c.d. *trans mortem*⁷ sono: *a*) che l'uscita del bene dal patrimonio del disponente avvenga prima della morte di quest'ultimo; *b*) che l'attribuzione del bene in favore del beneficiario divenga definitiva solo dopo la morte del beneficiante, salvo una possibile e parziale anticipazione degli effetti di tipo successorio; *c*) che il disponente possa *ad libitum suum* e fino alla sua morte modificare ulteriormente l'assetto patrimoniale predisposto. Le principali figure di negozi *trans mortem* sono il contratto con prestazione a favore del terzo da eseguirsi dopo la morte dello stipulante (art. 1412 c.c.), l'assicurazione a favore del terzo (art. 1920 c.c.), la rendita vitalizia a favore del terzo (art. 1875 c.c.), le clausole di consolidazione nei contratti di società, il deposito bancario a favore del terzo, il negozio fiduciario con obbligo del fiduciario di trasferimento del bene ad un terzo dopo la morte del fiduciante, il mandato *post mortem* e l'accollo.

Invece l'espressione negozio *post mortem* non descrive una categoria giuridica unitaria, ma solamente l'elemento comune di una serie di fattispecie eterogenee, ciascuna delle quali è soggetta ad una propria disciplina giuridica, sebbene siano tutte finalizzate alla realizzazione del medesimo scopo, e cioè il trasferimento della ricchezza di un soggetto, per il tempo successivo alla sua morte, attraverso un negozio alternativo al testamento. Si tratta, nello specifico, di contratti *inter vivos* destinati a regolare una situazione preesistente, sia pure subordinandone gli effetti alla morte di una delle parti. Il profilo di diversificazione rispetto ai negozi *trans mortem* è rappresen-

⁶ In argomento si v. M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008, *passim*; V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, p. 187 ss.

⁷ Su cui v. S. DELLE MONACHE, *La libertà di disporre mortis causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, II, p. 466 ss.; F. PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. not.*, 2008, p. 1007 ss.; M. DI MARZIO, *Il testamento ed i negozi transmorte dal punto di vista dell'anziano*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2295 ss. Dubita della utilità di costruire una categoria di negozi *transmortem*, potendo al più essere sussunti nella categoria degli atti *post mortem*, A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 928.

tato dall'assenza in quelli *post mortem* di uno degli elementi costitutivi dei primi, ossia la revocabilità, il che rende, a rigore, i negozi *post mortem* un'alternativa imperfetta al testamento.

Ad ogni modo ciò che ai fini della presente indagine rileva è che nei negozi *post mortem* la causa di morte risulta esclusa e il negozio, a differenza di quello *mortis causa*, può considerarsi valido, atteso che, fin dal momento della sua conclusione, determina una modificazione immediata e stabile nelle sfere giuridiche delle parti contraenti o dei terzi destinatari dei suoi effetti diretti, attribuendo loro la titolarità di situazioni soggettive giuridicamente rilevanti. Nei negozi con effetti *post mortem* sono tradizionalmente ricompresi: a) la donazione modale con adempimento dell'onere *post mortem*; b) la donazione *si praemoriam*; c) il contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte se lo stipulante ha rinunciato al potere di revoca.

Al contrario, si definisce atto *mortis causa* vietato quello diretto a regolare i rapporti patrimoniali e non patrimoniali del soggetto che sorgono in conseguenza della sua morte o che dall'evento morte traggono un'autonoma qualificazione, senza produrre alcun effetto nemmeno prodromico o preliminare prima di tale evento. In sostanza, ai fini dell'invalidità del patto è necessario tener presente se il contratto sia funzionalmente caratterizzato dall'essere stipulato in vista della morte ed abbia come unico scopo quello di fissare la sorte dei beni relitti, in quanto è solo in questi casi che il decesso del disponente costituisce il fattore in forza del quale l'effetto giuridico si produce e senza il quale esso non può realizzarsi⁸.

Muovendo da queste premesse, una volta fissata la nozione di atto *mortis causa* e delineate le sue caratteristiche, occorre aver riguardo al concreto assetto di interessi realizzato dall'operazione ne-

⁸ Il tratto saliente del negozio «a causa di morte» è individuato dalla dottrina nell'assoluta inefficacia nei confronti dei terzi prima che si verifichi l'evento morte. Cfr., per tutti, F. SANTORO PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 222; ma soprattutto G. GIAMPICCOLO, voce *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 232 ss. Gli studi di G. Giampiccolo hanno influenzato tutta la dottrina seguente, che ha continuato ad approfondire la distinzione tra atto *mortis causa*, illecito, e *post mortem* o sotto modalità di morte, lecito seguendo la strada già intrapresa in precedenza dallo stesso G. Giampiccolo. Cfr., in tal senso, V. PUTORTI, *Promesse post mortem e patti successori*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 789 ss.

goziale, valutando sia la struttura che la funzione che l'atto di privata autonomia è destinato a realizzare, poiché è solo in tal modo che sarà dato sapere se il regolamento di interessi sia da dichiararsi nullo perché in contrasto con il divieto dei patti successori istitutivi, oppure sia un valido contratto ad effetti *post mortem*, ove la morte serve ad identificare il momento di produzione degli effetti finali dell'atto e non la causa dell'attribuzione.

La dicotomia tra negozi *post mortem* e negozi *mortis causa* è venuta in rilievo anche nell'ambito degli atti di liberalità, in cui è stata operata in concreto la distinzione tra condizione e causa del contratto. Segnatamente, è stato chiarito come la tradizionale nullità della donazione *mortis causa* non sia automaticamente estendibile alle ipotesi di liberalità *cum moriar* (in cui la morte funge da termine per l'attribuzione traslativa) e *si praemoriar* (cioè il caso della donazione condizionata alla sopravvivenza del donatario al donante). Ciò in quanto occorre valutare la «causa concreta» del negozio che viene in rilievo al fine di stabilire se la morte assuma una funzione eziologica, ricadendo, nel qual caso, nel divieto di cui all'art. 458 c.c., ovvero di semplice elemento accidentale che condiziona gli effetti di un atto che permane pur sempre *inter vivos*. In quest'ultima ipotesi, infatti, il differimento degli effetti alla morte del donante non inciderebbe sull'attualità dello spoglio, posto che il donatario acquista immediatamente un diritto sottoposto a termine o condizione, vale a dire un'aspettativa legalmente tutelata.

Più precisamente la donazione *mortis causa*, nella sua configurazione tipica di negozio liberamente revocabile dal donante, teso a realizzare un'attribuzione *de residuo* e subordinato alla sopravvivenza del beneficiario al disponente, è tradizionalmente considerata nulla. Tali caratteristiche ben si armonizzavano con la funzione che la donazione era chiamata a svolgere nel diritto romano classico, in cui essa figurava come uno strumento non solo alternativo al testamento ma addirittura equivalente, in quanto consentiva al disponente di regolare la sorte del bene per il tempo della propria morte senza però perderne la titolarità e la disponibilità e con la facoltà, per giunta, di poter attuare liberamente un'eventuale ripensamento in futuro. Nel diritto moderno tale istituto è ritenuto comunemente nullo, perché in contrasto con il divieto dei patti successori (dal momento che è diretto a realizzare un'attribuzione patrimoniale a causa di morte)⁹ e,

ancora prima, incompatibile con le regole legali dettate in tema di scioglimento del vincolo contrattuale (art. 1372 c.c.)¹⁰.

La dottrina che nega validità alla donazione a causa di morte è altrettanto compatta nel ritenere valide sia la donazione *cum moriar* sia la donazione *si praemoriam*¹¹, considerate le differenze rispetto alle convenzioni successorie, atteso che, durante la fase di pendenza, il contratto è comunque già produttivo di effetti giuridici preliminari, i quali si traducono nella nascita di situazioni giuridiche soggettive

⁹ V. PUTORTI, *I contratti post mortem*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, III, p. 777 ss., con riguardo al menzionato contrasto dell'istituto con il divieto posto dall'art. 458 c.c., sottolinea che la facoltà di revoca, pur ove non integri gli estremi di una condizione sospensiva *si volam*, non è comunque idonea, di per sé, a sottrarre il negozio dal conflitto con la *ratio* che ispira la proibizione dei patti successori istitutivi. Questo perché un contratto liberamente revocabile dall'alienante non esclude comunque la nascita immediata di un vincolo obbligatorio, e quindi l'operatività delle regole contrattuali volte a tutelare l'altrui affidamento.

¹⁰ La nullità della donazione liberamente revocabile dal donante deriva, infatti, prima ancora che dal divieto dei patti successori, dai principi che regolano la materia contrattuale, i quali ammettono lo scioglimento del vincolo obbligatorio solo per mutuo consenso o per le cause ammesse dalla legge (art. 1372 c.c.) e non consentono l'apposizione di clausole che rendano il negozio dipendente nei suoi effetti dal mero arbitrio del disponente. Del resto, la donazione *mortis causa* era ritenuta inammissibile già durante la vigenza del codice civile del 1865 proprio perché contrastava con il principio stabilito dall'art. 1050 c.c., secondo il quale la donazione implicava lo spoglio attuale e irrevocabile del bene donato. A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1972 (rist.), p. 41; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1985, p. 52; B. Biondi, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, XII, Torino, 1961, p. 103 ss.

¹¹ F. SANTORO-PASSARELLI, *Validità della donazione di usufrutto «cum praemoriam»*, in *Foro it.*, 1950, I, p. 385; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, XII, Torino, 1961, p. 106; V. CASULLI, *Donatio mortis causa (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1964, p. 1004; A. CHIANALE, *Osservazioni sulla donazione mortis causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 91 ss.; in giurisprudenza v. Cass., 9 luglio 1976, n. 2619, in *Mass. Giust. civ.*, 1976, p. 1130; Trib. Torino, 26 febbraio 2009, in *www.dejure.giuffre.it*. Diversamente, considerano nulle sia la donazione *cum moriar*, che la donazione *si praemoriam*: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, XII, Torino, 1960, p. 312, nota 4; A. CICU, *Il testamento*, cit., p. 26, ritenendo che detto negozio, sostanzialmente, produce effetti assai simili a quelli dell'atto *mortis causa*, non comportando l'immediato trasferimento di alcun diritto al donatario e producendo quale effetto immediato solo quello che caratterizza la fattispecie vietata e, cioè, la non revocabilità dell'attribuzione.

normativamente tutelate, immediatamente azionabili e trasmissibili agli eredi. In questi casi la morte del donante non rileva come causa dell'attribuzione ma come elemento condizionante gli effetti del negozio; inoltre difetterebbe anche la tradizionale caratteristica propria dei negozi a causa di morte, ossia l'incidenza della morte sull'oggetto negoziale, atteso che, nell'ipotesi, esso si determina al momento dell'atto e coincide col trasferimento di un bene già esistente, come tale non riconducibile al paradigma delle situazioni giuridiche definibili, quanto ad entità, esistenza o modo di essere, al momento della morte (c.d. *quod superest*)¹². Di qui la differenza con il negozio a causa di morte e la conseguente validità delle fattispecie in esame.

3. L'adesione alle menzionate teorie, elaborate in dottrina e in giurisprudenza in ordine alla ricostruzione del fondamento causale e dell'inquadramento teorico dell'atto *mortis causa* e di quello *post mortem*, è considerata dirimente dalla Suprema Corte ai fini della soluzione del quesito pratico posto alla sua attenzione e concernente la validità della donazione di quote sociali effettuata sotto condizione sospensiva di premorienza del donante.

In particolare, la Suprema Corte con la sentenza in commento ha aderito all'autorevole orientamento dottrinale¹³, condiviso esplicitamente da questa stessa Corte¹⁴, che distingue il contratto *mortis causa* vietato dall'atto *post mortem* valido, ribadendo che, ai fini dell'invalidità del patto, è necessario tener presente se il convenuto trasferimento abbia luogo *mortis causa*, essendo destinato a regolare i rapporti che scaturiscono dalla morte del soggetto, senza produrre alcun effetto, neppure prodromico o preliminare, sino a quando il soggetto è in vita; e cioè se il contratto sia funzionalmente caratterizzato dall'essere stipulato in vista della morte ed abbia come unico scopo quello di fissare la sorte dei beni relitti, in quanto è solo in questi casi che il decesso del disponente costituisce il fattore in forza

¹² In questo senso C. CICERO, *Il (falso?) problema della contrattualizzazione del diritto successorio*, in *Riv. not.*, 2022, II, p. 153.

¹³ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954.

¹⁴ In questo senso Cass., 2 settembre 2020, n. 18198.

del quale l'effetto giuridico si produce¹⁵. Nei negozi *mortis causa* l'evento della morte incide sia sull'oggetto che sulla posizione del beneficiario, nel senso che la disposizione *mortis causa* interessa non il bene come si trova al momento dell'atto, ma come esso figura nel patrimonio del disponente al momento della morte e nel quale il beneficiario è considerato tale in quanto esistente al momento in cui l'atto acquisterà definitiva efficacia. Partendo da questi presupposti, la Suprema Corte afferma che, in carenza di tali condizioni, il negozio integra un atto *inter vivos* valido, in cui l'evento della morte incide esclusivamente sull'efficacia dell'atto e non costituisce, invece, la causa dell'attribuzione, essendo questa attuale nella sua consistenza patrimoniale e non limitata ai beni rimasti nel patrimonio del disponente al momento della morte¹⁶.

Su tali premesse e in linea con la giurisprudenza assolutamente prevalente¹⁷, la Cassazione riconosce piena validità alla donazione

¹⁵ Cass., 29 luglio 1971, n. 2404, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 1536; Cass., 16 febbraio 1995, n. 1683; Cass., 9 maggio 2000, n. 5870, in *Riv. not.*, 2001, p. 227 ss., con nota di F. GAZZONI, *Patti successori: conferma di un'erosione*; Cass., 1 ottobre 2003, n. 14590; Cass., 3 marzo 2009, n. 5119; Cass., 19 novembre 2009, n. 24450, in *www.dejure.giuffre.it*; Cass., 12 febbraio 2010, n. 3345; Cass., 24 maggio 2021, n. 14110 le quali hanno chiarito che per stabilire se una determinata convenzione rientri nell'ambito del divieto di cui all'art. 458 c.c. occorre accertare se: 1) il *vinculum iuris* con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) le cose o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione; 3) il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte alla propria successione, privandosi, così, dello *ius poenitendi*; 4) l'acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa* e, cioè, a titolo di eredità o di legato.

¹⁶ Cass., 12 luglio 2019, n. 18831 e Cass., 2 settembre 2020, n. 18198.

¹⁷ Cass. 6 marzo 1950, n. 576; nello stesso senso Cass. 9 luglio 1976, n. 2619 secondo cui «la donazione *si moriar* è valida e non costituisce patto successorio ove risulti che il contratto è perfetto e irrevocabile *ab initio* mentre solo il suo effetto è subordinato alla condizione della morte del donante: in tale fattispecie, infatti, il donante non dispone della propria successione, ma di un proprio bene, limitandosi a subordinare l'efficacia dell'atto dispositivo all'evento costituito dalla sua morte, mentre è invece invalida la donazione in cui l'evento morte costituisca causa dell'attribuzione, nel qual caso la donazione diviene perfetta solo con la morte del donante». Ma v. le riserve di L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in

con clausola sospensiva di efficacia subordinata alla premorienza del donante, atteso che essa produce effetti preliminari immediati in vita del donante ed investe un singolo bene inteso come entità separata dal resto del patrimonio, a condizione però che permangano l'irrevocabilità della disposizione e l'immediata costituzione del vincolo giuridico tra le parti, con conseguente attualità dell'attribuzione, la cui efficacia è solo differita alla morte, avendo il donatario facoltà di compiere atti conservativi e finanche di disporre del bene (sotto condizione).

E così la Suprema Corte ha correttamente ritenuto che nel caso in esame l'atto costituisse una disposizione sottoposta a condizione sospensiva *si praemoriar* e non una donazione *mortis causa* invalida, giacché qui difetta una delle caratteristiche del negozio *mortis causa*, ossia l'incidenza della morte sull'oggetto negoziale, essendo stato quest'ultimo valutato dai contraenti non quale entità che residua al momento della morte ma nella sua consistenza ed oggettività al momento del perfezionamento del negozio.

L'eventuale contrasto della donazione con il divieto dei patti successori può al più dipendere dalla persistenza di un residuo potere dispositivo in capo al donante, tale da minare o rendere solo apparente l'irrevocabilità della disposizione e la sua immediata efficacia vincolante, non in sé – come evocato dal ricorrente – dalla maggiore o minore probabilità del verificarsi dell'evento condizionante. Invero la Suprema Corte sottolinea come la premorienza del donante sia,

Comm. Scialoja-Branca, 3^a ed., Bologna-Roma, 1997, p. 111. Cass. 16 giugno 1966, n. 1547, in *Giust. civ.*, 1947, I, 1351 secondo la quale la validità dipenderebbe dall'accertamento della volontà delle parti intesa non ad elevare la morte a causa dell'attribuzione, ma a considerarla come evento condizionante la produzione degli effetti definitivi propri del negozio senza escludere la produzione di effetti limitati o prodromici. Analogamente Cass. 24 aprile 1987, n. 4053 secondo cui «il negozio con il quale un soggetto disponga in vita di un proprio diritto, con effetti decorrenti dalla data della propria morte, attribuendo ad altro soggetto il godimento di un immobile (diritto di abitazione di un appartamento, qualificato nell'atto come comodato) a partire dal giorno in cui esso dichiarante avrà cessato di vivere, anche se strutturato nella forma di atto “*inter vivos*” sottoposto alla condizione sospensiva della premorienza del titolare del diritto, concreta una disposizione successoria, in quanto la sua funzione è quella di permettere al dichiarante di disporre della propria successione per quanto avrà cessato di vivere ed è quindi nullo poiché urta contro il divieto dei patti successori».

per sua natura, evenienza incerta anche ove il donante – come nel caso in esame – versi in condizioni di malattia irreversibili, e come neppure sia prevedibile la durata della vita residua, conservando utilità pratica solamente la connotazione di irrevocabilità della disposizione.

Ad ogni modo tali criteri distintivi, netti e chiari da un punto di vista logico-concettuale, necessitano di alcune precisazioni sul piano pratico-applicativo, al fine di accertare nei singoli casi se le parti abbiano posto in essere una donazione *inter vivos*, con i requisiti richiesti per la sua validità, ovvero un'attribuzione patrimoniale gratuita, di altra natura, eventualmente non consentita dalla legge. Occorre infatti avere riguardo al concreto assetto di interessi realizzato dall'operazione negoziale, valutando la struttura e la funzione che l'atto di autonomia privata è destinato a realizzare, ricercando altresì la volontà negoziale della parti¹⁸ in applicazione delle regole ermeneutiche stabilite dalla legge per l'interpretazione dei contratti e, in particolare, del criterio dell'interpretazione complessiva che postula l'esame delle diverse clausole dell'atto onde interpretarle le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna di esse il senso risultante dal loro complesso, facendo inoltre applicazione del principio secondo cui la qualificazione giuridica del rapporto dedotto in giudizio non dipende dal significato letterale delle parole o dal *nomen juris* attribuitogli dalle parti, ma dal suo concreto contenuto e dalla comune intenzione delle parti.

Ebbene, nel caso di specie la Corte ha stabilito che la donazione fosse immediatamente efficace e che avesse ad oggetto beni considerati nella loro consistenza e valore al momento della disposizione, dando vita ad un vincolo giuridico produttivo di effetti prodromici, proprio valorizzando l'assenza di elementi che deponessero per la persistenza in capo al donante di un potere dispositivo, a conferma dell'irrevocabilità dell'attribuzione. Nonostante la gravità delle condizioni di salute del donante, la sua premorienza rispetto al donata-

¹⁸ Vale la pena di ricordare, in proposito, l'avvertimento di R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in ID., *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1993, p. 152, secondo cui l'interprete non può mai esimersi da un «esame penetrante della fattispecie», allo scopo di verificare se non vi sia un intento fraudatorio della legge.

rio non poteva considerarsi certa, permanendo lo scopo pratico di assicurare il trasferimento delle quote sociali in capo alla sorella con effetti irrevocabili e parzialmente anticipati, indirizzando da subito le vicende del complesso aziendale nella direzione auspicata.

Nel vagliare il reale scopo perseguito dalle parti, la Suprema Corte ha chiarito come la circostanza che il donante avesse disposto nella piena consapevolezza che gli restavano pochi mesi di vita e che la sua premorienza fosse altamente probabile (ma non certa) non valeva comunque a considerare l'intento delle parti elusivo del divieto dei patti successori e regolativo della futura successione, permanendo lo scopo pratico di assicurare all'atto la produzione di effetti prodromici e stante l'assenza di previsioni che conducessero a ravvisare la permanenza in capo al donante della facoltà di revoca della disposizione.

In conclusione la Suprema Corte ha condivisibilmente ritenuto incensurabile la qualificazione della donazione quale negozio *inter vivos* valido, alla luce degli indici menzionati, consistenti nella natura condizionale della clausola di premorienza e nell'idoneità dell'atto a produrre effetti irrevocabili e parzialmente anticipati.

ALESSANDRA LEUZZI

Abstract

La nota analizza la sentenza n. 34858 del 13.12.2023, con la quale la II Sezione della Corte di Cassazione ha risolto talune complesse questioni interpretative insorte in ordine al tema della qualificazione della donazione sottoposta a condizione di premorienza come atto *mortis causa* o *inter vivos*, dirimenti ai fini dell'affermazione della validità dell'attribuzione patrimoniale gratuita. L'analisi si sofferma preliminarmente sull'autorevole orientamento elaborato in dottrina e in giurisprudenza in ordine alla ricostruzione del fondamento causale e dell'inquadramento teorico dell'atto *mortis causa* vietato e di quello *post mortem* valido, atteso che l'adesione a tale teoria è considerata dirimente dalla Suprema Corte ai fini della soluzione del quesito pratico posto alla sua attenzione. La trattazione si concentra poi sui principi evocati dalla sentenza in commento che hanno condotto la Suprema Corte a qualificare, nel caso di specie, la donazione *si praemoriar* quale negozio *inter vivos* valido e a rigettare, conseguentemente,

l'eccezione di nullità della donazione per violazione dei patti successori. Infine vengono enunciate le considerazioni di ordine sistematico che conducono ad aderire a tale orientamento della Suprema Corte e a ritenere, per contro, non condivisibile l'opposta impostazione della dottrina e della giurisprudenza minoritarie.

The note analyses judgment number 34858 dated December 13, 2023, in which the Second Section of the Court of Cassation resolved complex interpretative issues arising in relation to the issue of the qualification of the donation subject to pre-judgment as an act *mortis causa* or *inter vivos*, rights for the purpose of establishing the validity of the free allocation of assets. The analysis first focuses on the authoritative orientation developed in doctrine and jurisprudence regarding the reconstruction of the causal foundation and the theoretical framework of the prohibited *mortis causa* act and the valid *post mortem* one, given that adherence to this theory is considered decisive by the Supreme Court for the purpose of resolving the practical question brought to its attention. Subsequently, the discussion delves into the principles invoked by the judgment, leading the Supreme Court to classify the donation *si praemoriam* as a valid *inter vivos* act in the present case and consequently dismissing the objection of nullity based on violation of succession agreements. The discussion finally focuses on the systematic considerations that lead to adhering to this orientation of the Supreme Court and to consider, on the other hand, the opposing approach of minority doctrine and jurisprudence as not shareable.

CASSAZIONE SEZIONI UNITE

Sent. sez. un., 10 maggio 2023, n. 12570

Pres. VIRGILIO - Rel. CARRATO

Espropriazione – Beni gravati da uso civico di dominio collettivo – Esperimento della procedura espropriativa per pubblica utilità – Preventiva sdemanializzazione – Necessità – Procedura – Applicazione delle regole del diritto amministrativo comune – Diritti sull’indennità di espropriazione – Beni appartenenti a privati sui quali si esercita l’uso civico – Regime di inalienabilità e di indisponibilità – Limiti – Il Commissario per gli Usi civici conserva la propria giurisdizione – Legge 16/06/1927, n. 1766 e r.d. 26/02/1928, n. 332.

Poiché i beni gravati da uso civico di dominio collettivo sono assimilabili a quelli demaniali (costituendone – secondo alcuni indirizzi – una particolare categoria), l’approdo ermeneutico, in relazione al loro regime giuridico sul punto, non può essere che lo stesso, nel senso che l’esperimento della procedura espropriativa per pubblica utilità, affinché possa essere ritenuta legittima, deve essere proceduta dalla preventiva “sdemanializzazione” di siffatti tipi di beni. Pertanto la “sdemanializzazione degli usi civici collettivi” non può verificarsi – “mediatamente” – direttamente con l’esecuzione di una procedura di espropriazione per pubblica utilità e ciò anche in virtù della ragione di fondo che, a fronte della garanzia della quale godono gli interessi primari della persona (anche nella forma della soggettività collettiva, propriamente tutelata dalla disciplina degli usi civici “in re propria”), nessuno spazio può considerarsi aperto a valutazioni discrezionali di autorità amministrative o, comunque, esercenti attività di corrispondente natura, potendo e dovendo esse operare nella più stretta osservanza

delle norme e dei criteri prefissati dalla legge; il che induce a configurare i relativi provvedimenti come atti vincolati, ovvero adottabili con mera efficacia esecutiva, in virtù della funzione peculiarmente assoluta. La “sdemanializzazione” deve, quindi, realizzarsi tramite le procedure e sulla base dei criteri individuati dalla legge per ciascuna categoria di beni pubblici e non attraverso una mera comparazione di interessi pubblici connessi all'utilizzazione del bene attuata dall'autorità espropriante secondo le regole del diritto amministrativo comune. Una diversa interpretazione si porrebbe in contrasto con la disciplina e la finalità stessa degli usi civici. In definitiva, i diritti di uso civico gravanti su beni collettivi non possono essere posti nel nulla (ovvero considerati implicitamente estinti) per effetto di un decreto di espropriazione per pubblica utilità, poiché la loro natura giuridica assimilabile a quella demaniale lo impedisce, essendo, perciò, necessario, per l'attuazione di una siffatta forma di espropriazione, un formale provvedimento di sdemanializzazione, la cui mancanza rende invalido il citato decreto espropriativo che implichi l'estinzione di eventuali usi civici di questo tipo ed il correlato trasferimento dei relativi diritti sull'indennità di espropriazione.

INTORNO A USI CIVICI E DEMANIO

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. Natura giuridica e contenuto dei beni di uso civico. – 3. La cornice normativa in materia di usi civici. – 4. Beni di uso civico e beni demaniali. La scelta dell'equiparazione e il percorso motivazionale della pronuncia delle Sezioni Unite.

1. La pronuncia delle Sezioni Unite in commento scaturisce da una vicenda che riguarda alcuni terreni siti nel territorio di un *ex* feudo, gravati da usi civici fin dal 1594. In essi, qualificati quali demanio collettivo dal Commissario liquidatore nel 1935, si esercitava l'uso civico di legnare, nonché di «menarvi qualunque specie di animale salvo che nel periodo 8 maggio-10 ottobre, riservato al pascolo dei fittuari con greggi transumanti, che corrispondano il fitto del Comune».

Nel 1960, il Prefetto competente espropriava siffatti fondi con decreto e, in aggiunta, autorizzava l'occupazione permanente degli stessi in favore di un ente privato, il quale *ivi* realizzava un bacino idroelettrico. A seguito di una verifica effettuata dal Comune interessato, il cui esito veniva approvato con determina dalla Regione, il terreno occupato dal bacino idroelettrico veniva riconosciuto quale bene appartenente al demanio.

Con sentenza di primo grado, il Commissario agli usi civici accoglieva la domanda di dichiarazione della natura demaniale civica dei fondi in contestazione. Egli dichiarava la nullità e l'inefficacia degli atti pubblici e privati intercorsi e ordinava, peraltro, la reintegra nel possesso dei terreni a favore dell'ente comunale. Il Commissario, infatti, aveva rilevato l'illegittimità dell'espropriazione in ragione dell'inosservanza della l. n. 1766 del 1927 e del successivo regolamento attuativo n. 332 del 1928.

A seguire, la Corte d'Appello dichiarava inammissibile il reclamo incidentale presentato dalla parte soccombente, concordando con la decisione del giudice di prime cure. In particolare, ad avviso

della Corte, non poteva considerarsi decaduto il diritto di usi civici in danno del Comune, né potevano ritenersi espropriabili per pubblica utilità i beni di uso civico appartenenti alla comunità, senza che venissero osservate le procedure e i criteri previsti dalla citata l. n. 1766 del 1927, quindi se non “previa sdemanializzazione”. In aggiunta, la *qualitas soli* veniva considerata adeguatamente motivata sulla base di atti ufficiali approvati dalle autorità competenti e delle risultanze della CTU.

La controversia veniva dunque sottoposta alla seconda sezione della Suprema Corte, competente per gli usi civici. Quest’ultima, in virtù delle incertezze sorte nella giurisprudenza di legittimità con riguardo alla materia in oggetto, rimetteva la questione al collegio giudicante nella sua più autorevole composizione. In particolare, la questione sottoposta alle Sezioni Unite era articolata in due interrogativi, entrambi risolti dal collegio – in seguito a un lungo *excursus* sulla storia degli usi civici – in termini negativi.

Il primo interrogativo concerneva l’ammissibilità dell’espropriazione per pubblica utilità dei beni gravati da usi civici di dominio della collettività, in assenza di previa ed espressa sdemanializzazione, mentre il secondo riguardava l’indisponibilità di tali beni e la cessazione della suddetta indisponibilità in caso di sopravvenienza di un interesse pubblico, accertato e realizzato con atto formale, quale il procedimento espropriativo.

2. Le Sezioni Unite della Suprema Corte, con la sentenza in commento, hanno dimostrato di voler far luce su alcuni profili, finora rimasti incerti, in materia di usi civici. Come è noto, si tratta di un argomento estremamente dibattuto, sia in dottrina sia in giurisprudenza, che non smette di interrogare gli interpreti¹, soprattutto in ragione della complessità e dell’ampiezza del quadro normativo che lo riguarda.

L’istituto, per quanto di origini antichissime, conserva profili di evidente attualità, non soltanto all’interno del dibattito in ordine alle

¹ Al riguardo, cfr. F. MARINELLI, *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2013, p. 408, il quale rileva inoltre che la materia è stata oggetto, negli ultimi anni, di un’attenzione crescente, non solo da parte degli esperti dei diversi settori coinvolti, ma anche dell’opinione pubblica.

situazioni giuridiche soggettive coinvolte, ma anche in seno alla riflessione relativa allo sfruttamento delle risorse naturali, cui tale dibattito inevitabilmente si collega. Basti qui rammentare che l'estensione del fenomeno riguarda circa un quarto del nostro territorio nazionale² e che la riflessione sugli usi civici investe non soltanto gli aspetti giuridici, ma anche quelli sociali e di costume – culturali, in senso lato³ –, economici, storici, paesaggistici.

Con riguardo agli aspetti giuridici su cui verte la decisione degli Ermellini, pare opportuno concentrare dapprima l'indagine sulla natura degli usi civici, soprattutto perché siffatta espressione spesso sintetizza una serie di fenomeni complessi e diversificati tra loro, sebbene tutti caratterizzati da una manifesta relazione con la disciplina dei diritti reali⁴.

Al fine di delineare i limiti del nostro tema giova, in primo luogo, chiarire le premesse su cui esso si fonda. La prima premessa riguarda l'imprescindibile distinzione, maturata in dottrina, tra gli usi civici propriamente detti – che, come si vedrà, si configurano quali diritti reali di godimento – e i cd. 'demani collettivi' o 'demani civici'⁵, consistenti in particolari forme di proprietà riferite ai modi di utilizzo della terra, volte a sopperire ad esigenze della comunità⁶.

² L'ISTAT, nel 7° 'Censimento dell'agricoltura', ha constatato che in Italia siano ben 2.493 gli enti o comuni che gestiscono proprietà collettive.

³ P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, 2019, p. 86, richiama a proposito la dimensione «spirituale e culturale» della relazione esistente tra uomo e terra.

⁴ Gli usi e i demani civici, infatti, presentano le caratteristiche di immediatezza, assolutezza e opponibilità ai terzi tradizionalmente riferite al diritto di proprietà. Cfr. F. MARINELLI, *Gli usi civici*³, Milano, 2022, p. 193.

⁵ Vi è chi, all'interno di questa seconda categoria, ulteriormente distingue le 'terre civiche' (dalle quali si possono trarre tutte le utilità che la terra produce e che sono caratterizzate dall'attribuzione ad una collettività definita 'aperta') dalle 'terre collettive' (che invece riguardano una 'collettività chiusa', in quanto costituita dagli originari utilizzatori e dai loro discendenti.) Così, A. GERMANÒ, *Usi civici, terre civiche, terre collettive*, in *Riv. dir. agr.*, 1999, 2, pp. 243 e ss.

⁶ Al § 5 della sentenza in oggetto, la Suprema Corte dedica un lungo *excursus* all'inquadramento storico degli usi civici, nel quale rammenta che la nascita dell'istituto deve ricondursi al periodo medievale, «ovvero nell'epoca in cui la concezione romanistica della proprietà è costretta a confrontarsi con l'influenza dei po-

La seconda premessa concerne l'individuazione del settore dell'ordinamento nel quale la disciplina degli usi civici dovrebbe collocarsi. Invero, la complessità della materia e la varietà degli interessi coinvolti ha indotto la dottrina a prediligere un approccio multidisciplinare⁷, dato che i tentativi di incasellare gli usi civici nell'ambito della materia privatistica o pubblicistica, sulla base di una rigida distinzione tra i due settori⁸, non si sono finora dimostrati soddisfacenti.

Infatti, sebbene la disciplina dei demani collettivi⁹, soprattutto in virtù del ruolo assunto dai Comuni quali enti pubblici di riferi-

poli barbari, per effetto della quale detta concezione del diritto di proprietà comincia a mutare». Sebbene la questione meriti ampio approfondimento, si può qui rilevare che la netta contrapposizione, adottata dalle SS.UU., tra la nozione romanistica di proprietà e quella medievale, nella quale soltanto la seconda avrebbe inteso la proprietà in chiave collettiva, mentre la prima l'avrebbe intesa in chiave individualistica, appare frutto di un'eccessiva semplificazione. Invero, sebbene tale impostazione risulti fondata su un'autorevole dottrina (cfr., per tutti, P. GROSSI, *V. Proprietà (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, 37, Milano, 1988, p. 226 e ss.), la quale ha altresì evidenziato che la nozione moderna di proprietà, essendo di derivazione pandettistica, risentirebbe degli stessi limiti di quella elaborata dal diritto romano – e andrebbe perciò rivista valorizzando la concezione medievale –, va segnalato il fatto che il diritto romano offre in realtà soluzioni assai più articolate, idonee a supportare entrambe le concezioni. A tal riguardo, cfr. F. SITZIA, *Le proprietà moderne e le proprietà romane*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato*, 1, *Persone famiglia, successioni e proprietà*, II, Milano, 1998, pp. 837-846.

⁷ F. MARINELLI, *Dimensione della proprietà collettiva. Gli usi civici tra privato, pubblico, collettivo e comune* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, p. 665 la definisce efficacemente quale «materia eccentrica nel senso etimologico di non avere un proprio centro di riferimento giuridico».

⁸ Per C. CICERO, *Diritto civile e interesse pubblico*, Napoli, 2019, pp. 19 e ss., tale distinzione, fondata a sua volta su una rigida contrapposizione tra gli interessi (pubblici o privati) perseguiti, andrebbe ormai superata, dal momento che «esistono istituti, ha rilevato la migliore dottrina, dove prevalente è l'interesse dei singoli, ma è pur sempre presente l'interesse c.d. della collettività e pubblico, ed istituti dove invece prevalente, in termini quantitativi, è l'interesse della collettività che è pur sempre funzionalizzato, nella sua intima essenza, alla realizzazione di quegli interessi individuali ed esistenziali dei cittadini.»

⁹ Come evidenziato da V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, pp. 263 e ss., e PRINCIPATO, *Gi usi civici non esistono, nota a Corte cost. n. 2010/2014*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 310 e ss., una simile impostazione caratterizza anche la l. n. 1766 del 1927, nella quale gli usi civici vengono prevalentemente inquadri all'interno del diritto pubblico.

mento per i titolari dei beni di uso civico¹⁰, sia stata sovente ricondotta alla materia pubblicistica, tale impostazione rischia di trascurarne i profili privatistici. Perciò, la configurazione dei diritti di uso civico quali diritti soggettivi¹¹, così come il fatto che il Commissario per la liquidazione degli usi civici¹² – istituito dalla l. n. 1766 del 1927 – sovrintenda a un processo caratterizzato da forti analogie con quello civile, suggeriscono di tornare a valorizzare, nell’ambito dell’imprescindibile approccio multidisciplinare cui abbiamo fatto cenno, alcuni aspetti privatistici della materia.

Poste queste premesse, giova ora riflettere, in primo luogo, sulla natura giuridica degli usi civici, prendendo le mosse dalle peculiarità delle due sottocategorie già menzionate, quella degli usi civici propriamente detti e quella dei demani collettivi. L’opportunità di approfondire, preliminarmente, siffatto profilo, si riconduce non solo agli argomenti riportati nell’ordinanza interlocutoria della II Sezione¹³, ma anche, e soprattutto, alla pronuncia delle Sezioni Unite sul punto. Gli Ermellini evidenziano infatti due categorie di beni e due differenti regimi ad esse relativi: da una parte, i beni oggetto di ‘diritti reali *sui generis*’; dall’altra, i beni definiti ‘di proprietà collettiva’ che risultano equiparati dal Collegio, pur con le specificità che vedremo, ai beni demaniali.

¹⁰ In realtà, la distinzione tra ente comunale e comunità di naturali titolari dei diritti civici è sempre stata netta. Cfr. M.A. LORIZIO, *Gli usi civici*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994, p. 5., secondo il quale l’ente comunale si configura come «successore» della «*universitas civium* – intesa come comunità di abitanti organizzata in un territorio».

¹¹ F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., pp. 229 e ss.

¹² Che, per L. FULCINITI, *I beni di uso civico*², Padova, 2000, p. 5., costituisce un profilo di diritto privato.

¹³ La quale, avendo ritenuto dubbio l’orientamento della Suprema Corte in merito all’espropriazione dei «terreni di uso civico “in re propria”», sofferma l’attenzione sulla distinzione tra gli usi civici che si esercitano su beni appartenenti a privati e gli usi civici che si esercitano su beni di cui è titolare una collettività di utenti. In particolare, nell’ordinanza si sottolinea che, mentre i primi sono indirizzati al peculiare procedimento di liquidazione, la seconda categoria di beni è invece destinata alla ripartizione o al persistente assoggettamento agli usi civici, a seconda del tipo di sfruttamento cui i beni medesimi risultano idonei.

Per evidenziare con maggior chiarezza la *ratio* dell'approdo ermeneutico della Suprema Corte, occorre dunque soffermarsi brevemente sui caratteri che fondano tale distinzione.

Ebbene, la prima categoria – quella degli usi civici propriamente detti – concerne singolari *iura in re aliena* riferiti ad alcune fattispecie in cui si riscontra un duplice e promiscuo godimento del fondo, a diverso titolo. Il territorio viene utilizzato, contemporaneamente, dal legittimo proprietario¹⁴ e da una pluralità di utilizzatori, individuati sulla base della loro appartenenza a una determinata comunità¹⁵.

Tuttavia, va altresì sottolineato che tali usi civici, intesi in senso stretto, pur presentando evidenti affinità con alcuni *iura in re aliena* codificati, difficilmente possono collocarsi nelle categorie dogmatiche tipiche dell'ordinamento, in ragione di alcune peculiarità che li caratterizzano.

Le affinità con il diritto di uso, ad esempio, emergono già dalla denominazione e dalla definizione codicistiche¹⁶, eppure, la perpetuità dell'uso civico, che viene trasferito da una generazione all'altra quale vincolo tendenzialmente permanente sul bene¹⁷, il suo contenuto specifico e circoscritto – a fronte del contenuto generale del diritto d'uso¹⁸ –, nonché l'impossibilità di escludere dal godimento gli

¹⁴ Il quale può essere sia un soggetto privato, sia una collettività, diversa, evidentemente, dalla “comunità di naturali” individuati quali titolari dell'uso civico.

¹⁵ Per V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit., p. 212, i titolari degli usi civici «fruiscono, insieme con il proprietario e promiscuamente tra di loro, delle *utilitates* che fornisce la cosa oggetto dei diritti stessi».

¹⁶ Come è noto, ai sensi dell'art. 1021 cod. civ., «chi ha il diritto d'uso di una cosa può servirsi di essa e, se è fruttifera, può raccogliere i frutti per quanto occorre ai bisogni suoi e della sua famiglia».

¹⁷ L'estinzione dell'uso civico è ben possibile, ma solo ed esclusivamente secondo una specifica procedura di liquidazione, la cui peculiarità e i cui limiti previsti dalla legge corroborano la tendenza del vincolo dell'uso civico alla permanenza. Il diritto reale d'uso, d'altro canto, è previsto «per un tempo determinato» cfr. V. TAGLIAFERRI, *Uso*, in A. GAMBARO - U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, 2, Milano, 2011, p. 134.

¹⁸ G. PALERMO, *L'uso e l'abitazione* in *Trattato di diritto privato*, P. RESCIGNO (diretto da), 8, II, Torino, 1982, p. 143; G. PUGLIESE, *Usufrutto. Uso. Abitazione* in *Trattato di diritto civile italiano*, F. VASSALLI (diretto da), Torino, 1972, p. 841.

altri soggetti titolari di diritti sullo stesso territorio¹⁹, fanno emergere anche significative differenze tra i due istituti²⁰. Anche la sussunzione dell'uso civico all'interno della categoria delle servitù prediali non sembra soddisfacente, in quanto, se il diritto di servitù prediale mette in relazione i fondi²¹, gli usi civici ineriscono invece alla relazione tra territorio²² e persone²³.

Di conseguenza, le caratteristiche del diritto di uso civico appena evidenziate inducono a ritenerlo un diritto reale *sui generis*²⁴.

Analoghe difficoltà si riscontrano in merito alla seconda categoria dei beni di uso civico, cioè i demani civici o collettivi. Infatti, se paragoniamo tale categoria a quella di altri istituti giuridici affini, tra le due emergono distinzioni non trascurabili. Ad esempio, a differenza di quanto avviene rispetto all'istituto della comunione ordinaria, considerato tradizionalmente come una contitolarità di diritti per quote, i demani civici non determinano alcuna «spettanza per quote»²⁵, né si possono estinguere su iniziativa di uno o più titolari

¹⁹ Laddove, invece, il diritto d'uso è caratterizzato dall'esclusività. Cfr. G. PALERMO, *L'uso*, cit., pp. 144-145.

²⁰ Si condividono, a tal riguardo, le conclusioni di F. MARINELLI, *Gli usi*, cit., pp. 199 e ss.

²¹ Cfr. E. GUERINONI, *Servitù prediali* in A. GAMBARO - U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, 2, Milano, 2011, pp. 217 e ss. Per A. BURDESE, *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, 2007, il contenuto del diritto di servitù prediale fa leva su un «concetto economico del servizio reso da un fondo a un altro fondo».

²² Inteso in senso simbolico, oltre che materiale. Per G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, in *Riv. dir. agr.*, I, 1957, p. 246, l'umanità «per vivere, non ha altro patrimonio che la terra, questa terra su cui cammina, su cui posa le sue case e le sue tombe, su cui poggia si può dire la sua storia».

²³ Si condividono gli argomenti di F. MARINELLI, *Gli usi*, cit., p. 204-205, in merito alla tesi secondo la quale l'uso civico possa configurarsi come servitù personale: non solo quest'ultimo istituto confligge con la tipicità dei diritti reali accolta dal legislatore, ma, soprattutto, gli usi civici non possono essere considerati quale limite esterno al diritto pieno ed esclusivo del proprietario, costituendo essi stessi una «situazione di dominio».

²⁴ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*², Napoli, 1990, p. 250.

²⁵ Che invece costituisce l'elemento caratterizzante la comunione. Cfr. R. FAVALE, *La comunione ordinaria*, in *Il diritto privato oggi* CENDON (a cura di), Milano,

del diritto. Va però segnalato che la titolarità dei demani collettivi non viene individuata genericamente, come se spettasse ad una generica pluralità di soggetti legati da un altrettanto generico vincolo giuridico reale, bensì con riferimento ad una comunità di abitanti di un certo luogo, identificati in quanto residenti in un determinato territorio²⁶.

Tale rilievo ha indotto la dottrina a definire il demanio civico quale «comproprietà speciale»²⁷, o «comproprietà intergenerazionale»²⁸, in ragione della peculiare ‘coappartenenza’ configurata in capo agli utilizzatori, che differisce anche dalla proprietà singola e assoluta, considerata dal nostro legislatore quale modello dominicale di riferimento.

Messi in luce i profili essenziali del dibattito sulla natura giuridica degli usi civici, da cui deriva la difficoltà della collocazione sistematica degli stessi, possiamo quindi occuparci di un altro aspetto del nostro tema, cioè del contenuto dell’uso civico: in altre parole, della forma di esercizio che i diritti di cui si tratta possono assumere, o meglio, hanno tradizionalmente assunto fin dalle epoche più remote. La vicenda da cui origina la pronuncia in commento, riferendosi all’«uso civico di legnare, nonché di menarvi qualunque specie di animale (...)», individua alcune delle principali forme tradizionali di esercizio del diritto civico. Al riguardo, un rilievo nevralgico è

1997, p. 101; A. PALAZZO, *Comunione*, in *Digesto disc. priv., Sez. Civ.*, Torino, 1988, p. 170; A. GUARINO, v. *Comunione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961 p. 196; S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 160, *etc.*

²⁶ Cfr. S. ORRÙ, v. *Usi civici*, in *Dig. disc. priv., Sez. Civile*, Agg. XI, Torino, 2018, p. 480; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit., p. 302.

²⁷ F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 226 e, sulla possibilità di configurare forme di comunioni speciali, cfr. gli autori *ivi* citati. Per PETRONIO, v. *Usi civici*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 950 ss., sarebbe da escludere una proprietà collettiva (o una comunione *more germanico*), data l’imprescindibilità della distinzione tra la collettività e i singoli cittadini. Secondo L. PRINCIPATO, *Gi usi civici non esistono*, cit.; IDEM, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi*, in *Giur. cost.*, 1, 2015, pp. 207 e ss., la proprietà collettiva sarebbe una «*contradictio in adiecto* perché pretende di contrastare il modello di proprietà romanistico e individualista, ma ne recepisce le stesse strutture linguistiche, oltre che le forme giuridiche».

²⁸ G. PAGLIARI, “*Prime note*” sulla l. 20 novembre 2017, n. 168 (“*Norme in materia di domini collettivi*”), in *Il diritto dell’economia*, 65, n. 98 (1/ 2019), p. 15.

senz'altro assunto dall'esercizio della pastorizia, considerata una delle maggiori fonti di reddito delle epoche più antiche. Anche il profilo della coltivazione spontanea, cioè quella offerta dalla natura in assenza di collegamento a qualsivoglia proprietà di tipo individuale, assume un'indubbia rilevanza tra i contenuti di origine più risalente eppure ancora possibili, sempre se supportati da un approccio normativo al tema che risulti tutelante rispetto alle attività agricole e alla morfologia del territorio. Tra le forme di esercizio del diritto civico, ulteriori rispetto al citato uso civico di legnare, si menzionano altresì: l'uso civico di caccia e pesca²⁹, di far carbone, di seminare, di raccogliere pietra e ghiaia.

Ai contenuti tradizionali, inoltre, si affiancano contenuti nuovi, per esempio di tipo economico, legati all'utilizzo dei beni civici, in conseguenza e in ragione del fatto che la relazione esistente tra la conformazione del paesaggio e le utilità che dalla stessa possono essere tratte dall'uomo non deve essere considerata statica e immutabile, ma dinamica, tanto che, col cambiare delle epoche e dei contesti locali specifici, siffatta relazione ha subito importanti sviluppi³⁰.

3. Al fine di chiarire ulteriormente i termini della questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite, possiamo ora soffermare l'attenzione sul quadro normativo relativo al nostro tema, al quale sono dedicati il sesto e il settimo paragrafo della sentenza. Gli Ermellini, adottando un'ottica storico-evolutiva, hanno infatti rimarcato il ri-

²⁹ Cfr. F. MARINELLI, *Gli usi*, cit., pp. 247 e ss.

³⁰ Sul fenomeno dell'agriturismo con riguardo agli usi civici, si veda G. DI GENIO, *Agriturismo e usi civici*, in *Arch. Scialoja-Bolla*, 1, 2008, pp. 295 e ss. Va tuttavia osservato che, da un certo punto di vista, le strutture e i servizi connessi all'agriturismo comportano una valorizzazione delle risorse agro-silvo-pastorali a esso connessi, nonché un profitto che, se conseguito secondo determinate modalità, risulterebbe sostenibile, colorato e vivacizzato dall'impronta umana sul territorio che, in questo tipo di attività, costituisce punto di partenza e carattere fondante. D'altro canto, però, pare necessario discutere il profilo della compatibilità del fenomeno rispetto alla funzione ecologica e paesaggistica dei diritti civici. Gli interessi in gioco, in questo frangente, sembrano perfettamente coincidenti, sebbene lo siano soltanto in parte: il ricavo conseguito da uno sfruttamento del territorio dovrà, infatti, sempre essere contenuto nei limiti dell'adeguatezza. Dovrà trattarsi, cioè, di uno sfruttamento compatibile con i diritti civici coinvolti.

lievo di alcune norme fondamentali per l'individuazione della tipologia, della natura e, più in generale, del regime giuridico degli usi civici.

Imprescindibile punto di partenza in materia è la l. 16 giugno 1927, n. 1766³¹ e il suo regolamento di esecuzione, il r.d. n. 332/1928, dai quali emerge una disciplina che aspirava ad essere organica e tendenzialmente esaustiva³².

Un primo aspetto da evidenziare riguarda le scelte lessicali del legislatore del '27: invero, la normativa impiega la locuzione «usi civici» in senso ampio, nel tentativo di incasellare in un'unica categoria dogmatica una varietà di fenomeni che, come già evidenziato, risultano tuttavia dotati di caratteristiche specifiche. L'art. 1 della l. n. 1766 del 1927 si riferisce agli «usi civici» e a «qualsiasi altro diritto di promiscuo godimento delle terre spettanti agli abitanti di un Comune o di una frazione di Comune».

Il legislatore individua, poi, due categorie di usi civici: gli «usi essenziali», necessari a soddisfare i bisogni primari della vita, e gli «usi utili», idonei a conseguire vantaggi economici³³. In seguito al-

³¹ La l. n. 1766/1927 – composta da 43 articoli suddivisi in 4 capi – non ha trovato, in dottrina, un giudizio unanime: se, da un lato, non è mancato chi ne ha sottolineato i pregi, quali le formulazioni normative (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Verso una nuova legge nazionale sugli usi civici: i problemi aperti*, in AA.VV., *Gli usi civici. Realtà attuale e prospettive*, Atti del convegno di Roma, 1-2 giugno 1989, FANELLI (a cura di) Milano, 1991, p. 51), o chi l'ha ritenuta un buon compromesso – pur non scevro di criticità – tra esigenze differenti (cfr. G. CERVATI, *Aspetti della legislazione vigente circa usi civici e terre di uso civico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, pp. 3 e ss.), dall'altro vi invece è chi, come Grossi, l'ha commentata in termini spiccatamente negativi, in ragione di un atteggiamento considerato falsamente unificante del legislatore (Cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettiva*, in *Quaderni Fiorentini*, Milano, 1990, pp. 505 e ss.).

³² Invero, nel corso del XVIII secolo, la centralità degli usi civici nel contesto economico e sociale nazionale aveva perso rilievo, in virtù dell'avanzare del fenomeno dell'individualismo agrario e del conseguente passaggio da un'economia di sussistenza a un'economia di mercato e consumo. Cfr. F. POLITI, *Assetti fondiari e cultura giuridica. I valori delle proprietà collettive come fondamento di responsabilità civica e quali strumenti di risposta alle sfide contemporanee*, in *Arch. Scialoja-Bolla*, 1, 2013, pp. 49 e ss.

³³ Ai sensi dell'art. 4, l. n. 1766 del 1927, «(...) Appartengono alla 1^a classe i diritti di pascere e abbeverare il proprio bestiame, raccogliere legna per uso dome-

l'assegnazione delle terre a soggetti definiti e dell'eliminazione del godimento promiscuo – ottenute tramite lo scorporo di una porzione del terreno e l'assegnazione della restante porzione ai Comuni nei cui territori il fondo è ubicato –, l'intento della l. n. 1766 del 1927 risultava quello di rendere siffatte terre maggiormente produttive³⁴.

Attraverso un procedimento articolato in diverse fasi, si sarebbe dovuti giungere alla liquidazione degli usi civici in senso stretto e al riordino dei demani, sulla base della già menzionata distinzione tra le categorie di diritti reali contemplati dal legislatore. La nostra legge, infatti, pareva destinata in maggior misura alla liquidazione degli usi civici gravanti su terre di proprietà privata altrui, piuttosto che alle proprietà collettive, costituenti il demanio civico.

Al proposito, le Sezioni Unite considerano di particolare rilievo gli artt. 11 e 12, contenuti nel capo II della l. n. 1766 del 1927, dedicato alla destinazione delle terre gravate da usi civici e di quelle provenienti dall'affrancazione. Ai sensi di tali norme, tra i terreni assegnati o posseduti dai Comuni o alle frazioni, sui quali si esercitano usi civici, quelli utilizzabili come bosco o pascolo permanente non possono essere alienati dai Comuni e dalle associazioni, né questi ultimi possono mutare la destinazione dei terreni suddetti senza l'autorizzazione del Ministero dell'Economia Nazionale³⁵.

stico o di personale lavoro, seminare mediante corrisposta al proprietario. Alla 2^a classe appartengono, congiunti con i precedenti o da soli, i diritti di raccogliere o trarre dal fondo altri prodotti da poterne fare commercio, i diritti di pascere in comunione del proprietario e per fine anche di speculazione; ed in generale i diritti di servirsi del fondo in modo da ricavarne vantaggi economici, che eccedano quelli che sono necessari al sostentamento personale e familiare».

³⁴ S. ARU, *Gli usi civici nella normativa statale e regionale e nella giurisprudenza costituzionale*, in *Le terre civiche in Sardegna. Problematiche giuridiche e valorizzazione*, A. DEFFENU (a cura di), Torino, 2020, p. 38.

³⁵ Art. 11, l. n. 1766/1927: «i terreni assegnati ai Comuni o alle frazioni in esecuzione di leggi precedenti relative alla liquidazione dei diritti di cui all'art. 1, e quelli che perverranno ad essi in applicazione della presente legge, nonché gli altri posseduti da Comuni o frazioni di Comuni, università, ed altre associazioni agrarie comunque denominate, sui quali si esercitano usi civici, saranno distinti in due categorie: a) terreni convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente; b) terreni convenientemente utilizzabili per la coltura agraria». Art. 12, l. n. 1766/1927: «per i terreni di cui alla lettera a) si osserveranno le norme stabilite nel capo 2° del titolo 4° del r.d. 30 dicembre 1923, n. 3267. I Comuni e le associa-

L'approccio del legislatore alla materia cambiava radicalmente alcuni decenni dopo il periodo del secondo dopoguerra, durante il quale emergeva una sempre più diffusa sensibilità ambientale e paesaggistica.

Tale evoluzione trovava riscontro, a livello normativo, nella cd. 'legge Galasso' (l. n. 431 del 1985, approvata in sede di conversione del d. l. n. 312 del 1985, recante «Disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale»), che sottoponeva a vincolo paesaggistico «le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici». L'indirizzo descritto veniva successivamente confermato dal d.lgs. n. 42 del 2004, cioè il Codice dei beni culturali e del paesaggio, che individuava come sede della disciplina inerente alle terre civiche (senza alcuna differenza in merito alla natura o all'uso delle stesse) i Piani Paesaggistici Regionali – la cui approvazione, per la parte relativa agli usi civici, necessitava di un'intesa tra Stato e Regione –.

A seguire, alla fine della XVII legislatura, il Parlamento approvava la l. 20 novembre 2017 n. 128, *Norme in materia di domini collettivi*³⁶. Tale provvedimento, che recepiva una pluriennale e approfondita riflessione portata avanti, *in primis*, da Paolo Grossi, dava nuova rilevanza al tema della proprietà collettiva, anche da un punto di vista prettamente terminologico: con il termine «domini collettivi», infatti, si tendeva a valorizzare il profilo soggettivo della titolarità dei beni, piuttosto che quello oggettivo, concernente la disciplina dei beni stessi³⁷. Fin da una prima analisi della suddetta legge³⁸

zioni non potranno, senza l'autorizzazione del Ministero dell'economia nazionale, alienarli o mutarne la destinazione. I diritti delle popolazioni su detti terreni saranno conservati ed esercitati in conformità del piano economico e degli articoli 130 e 135 del citato decreto, e non potranno eccedere i limiti stabiliti dall'art. 521 del Codice civile».

³⁶ Per l'analisi dell'*iter* parlamentare cfr. D. BERTANI, *L'ordinamento dei domini collettivi*, Pisa, 2020 pp. 97 e ss.

³⁷ F. MARINELLI, *Gli usi*, cit., p. 334; G. PAGLIARI, "Prime note", cit., pp. 11 e ss.

³⁸ Giova sottolineare che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, l. n. 168 del 2017, «la Repubblica riconosce i domini collettivi, comunque denominati, come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie: a) soggetto alla Costituzione; b) dotato di capacità di autonormazione, sia per l'amministrazione soggettiva o oggettiva, sia per l'amministrazione vincolata e discrezionale; c) dotato di capacità di ge-

emerge non solo l'intento del legislatore di attestare la preesistenza dei diritti collettivi rispetto all'ordinamento giuridico vigente – il quale deve perciò prenderne atto come fenomeni originari e, di conseguenza, dettare una disciplina coerente rispetto a tale preesistenza –³⁹, ma anche quello di proporre un collegamento funzionale tra usi civici e tutela dell'ambiente. La legge del 2017, infatti, ribadiva⁴⁰ l'inalienabilità, l'indivisibilità, l'insuscipibilità e la perpetua destinazione agro-silvo-pastorale dei beni collettivi⁴¹.

Sotto il profilo delle norme regionali, giova ricordare che, con il d.P.R. n. 616 del 1977⁴², le funzioni amministrative in materia di 'agricoltura e foreste', la quale tradizionalmente ricomprende la disciplina degli usi e dei demani civici, venivano trasferite alle Regioni a statuto ordinario⁴³. Quest'ultimo provvedimento configurava un decentramento delle funzioni relative agli usi e demani civici⁴⁴ e, di

stione del patrimonio naturale, economico e culturale, che fa capo alla base territoriale della proprietà collettiva, considerato come proprietà intergenerazionale; d) caratterizzato dall'esistenza di una collettività i cui membri hanno in proprietà terreni ed insieme esercitano più o meno estesi diritti di godimento, individualmente e collettivamente, su terreni che il comune amministra o la comunità da esso distinta ha in proprietà pubblica o collettiva».

³⁹ F. MARINELLI, *Gli usi*, cit., pp. 336 e ss.

⁴⁰ Cfr. art. 3, l. n. 168 del 2017.

⁴¹ Si richiama la già citata sentenza Corte cost. n. 119 del 15 giugno 2023 (vedi *supra*, par. 2 nt. 19), secondo la quale «È costituzionalmente illegittimo l'art. 3, comma 3, l. 20 novembre 2017, n. 168, nella parte in cui, riferendosi ai beni indicati dall'art. 3, comma 1, non esclude dal regime della inalienabilità le terre di proprietà di privati, sulle quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici non ancora liquidati». Siffatta pronuncia, in relazione al profilo in analisi, occupa un ruolo non trascurabile, dato che, per la prima volta, ha dichiarato incostituzionale una norma della legge di disciplina nazionale. Infatti, oggetto dei giudizi precedenti erano sempre state leggi regionali: in tali occasioni, il giudice delle leggi considerava la l. 168 del 2017 quale fonte integrativa del parametro di costituzionalità. Cfr. F. POLITI, *Se il verbo "resta" non significa "resta tutto come prima". Un'incostituzionalità della legge n. 168 del 2017 con qualche luce e qualche ombra*, in *Giur. cost.*, 3, 2023, pp. 1361 e ss.

⁴² Alcune competenze in materia, anche se di ambito più circoscritto, erano già state trasferite dallo Stato alle regioni con il d.P.R. n. del 1972.

⁴³ F. MARINELLI, *Gli usi*, cit., p. 133.

⁴⁴ Cfr. art. 66 del d.P.R. n. 616 del 1977.

conseguenza, una potestà regionale concorrente rispetto a quella statale.

Con riferimento alle Regioni a statuto speciale, occorre mettere in luce che, sebbene siffatte Regioni possano vantare una competenza primaria in materia di usi civici, il legislatore nazionale, dall'entrata in vigore del d.lgs. 42 del 2004⁴⁵, ha invece reso la materia di competenza concorrente, data l'imposizione, con riguardo alle terre civiche, del principio di 'copianificazione' tra lo Stato e la Regione interessata⁴⁶. Da questo quadro normativo sono scaturite alcune importanti pronunce della Consulta che, considerando illegittimi alcuni interventi regionali rivolti unilateralmente a beni di uso civico, li dichiarava contrastanti col dettato costituzionale⁴⁷.

Al fine di completare, seppur attraverso brevi cenni, la ricognizione della disciplina vigente sul tema degli usi civici, si segnala, da ultimo, l'intervento legislativo nazionale costituito dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, di conversione del d.l. 31 maggio n. 77. Tale provvedimento consiste in un ulteriore tassello di rilievo nella cornice normativa della materia. Ebbene, la norma in esame, volta a comporre un'*impasse* ormai decennale, è intervenuta – mediante l'introduzione di tre nuovi commi all'art. 3 della l. 20 novembre 2017 n. 168 – in relazione ai trasferimenti di diritto di uso civico e alle permutate aventi a

⁴⁵ Il d.lgs. 42 del 2004, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, coordinato ed aggiornato, da ultimo, dalla l. 9 ottobre 2023, n. 136, veniva adottato nell'esercizio della competenza attribuita allo Stato dall'art. 117, secondo comma, lettera s) Cost.

⁴⁶ Il d.lgs. 42 del 2004 è stato interpretato, tanto dalla Corte costituzionale, quanto dal legislatore, quale norma fondamentale di riforma economico-sociale della Repubblica e, pertanto, come un limite all'autonomia primaria delle autonomie speciali. In tal senso, cfr.: Corte cost. n. 248 del 9 dicembre 2022; Corte cost. n. 101 del 20 maggio 2021; Corte cost. n. 130 del 26 giugno 2020; Corte cost. n. 178 del 26 luglio 2018; Corte cost. n. 103 dell'11 maggio 2017.

⁴⁷ In relazione alla disciplina regionale della Sardegna caducata dalla Corte, si fanno presenti: Corte cost. n. 178 del 26 luglio 2018; Corte cost. n. 210 del 9 luglio 2014; Corte cost. n. 103 dell'11 maggio 2017. D'altra parte, tuttavia, in merito alla legge della Regione Sardegna relativa al nostro tema, si segnala la recente pronuncia (Corte cost. sent. n. 103 del 7 giugno 2024) con la quale sono state decise alcune questioni di legittimità costituzionale promosse dal Governo. In particolare, il giudice delle leggi ha dichiarato che, rispetto alle zone gravate da usi civici, non è incostituzionale la legge della Regione Sardegna che ne prevede il mutamento di destinazione in caso di impianti di installazione di energie rinnovabili.

oggetto terreni a uso civico. La legge mira a risolvere il problema della precedente impossibilità, per i Comuni, di rilasciare l'attestazione relativa alla proprietà delle opere realizzate sui terreni a uso civico in conformità agli strumenti di pianificazione urbanistica. In particolare, si è previsto che le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano possano consentire ai Comuni i trasferimenti di diritti di uso civico e le permutate in altre aree del patrimonio disponibile degli Enti territoriali e locali, esclusivamente per terreni di valore equivalente.

Tuttavia, nonostante il nobile intento del legislatore di comporre in modo decisivo alcuni degli aspetti centrali della nostra materia, da tempo rimasti insoluti, tale provvedimento ha ingenerato nuove problematiche, tanto dogmatiche quanto applicative: i requisiti particolarmente rigidi ai quali la nuova legge subordina i trasferimenti e le permutate, ad esempio, rischiano di delimitare eccessivamente l'effettivo ambito di applicazione delle norme in esame⁴⁸.

4. Alla luce delle sommarie considerazioni fin qui esposte, possiamo ora concentrare l'attenzione sulle conclusioni risolutive della questione rimessa alle Sezioni Unite dalla Seconda Sezione civile. Le Sezioni Unite, accogliendo l'orientamento della dottrina e giurisprudenza maggioritarie e tenendo altresì conto delle numerose pronunce espresse sul tema dalla Corte costituzionale, hanno dichiarato inammissibile, in assenza di preventiva sdemanializzazione, l'espropriazione per pubblica utilità dei beni gravati da usi civici di dominio della collettività.

Alla base delle conclusioni del Giudice di legittimità, nella sua autorevole composizione, vi è dunque l'equiparazione, fondata su un'interpretazione analogica, tra i beni appartenenti al patrimonio indisponibile⁴⁹ e i beni collettivi di uso civico, in ragione del regime

⁴⁸ Cfr. M. NUNZIATA, *Verso una nuova razionalizzazione di usi civici e domini collettivi*, in *Riv. giur. ed.*, 1, 2022, pp. 37 e ss.

⁴⁹ Cfr. art. 828 cod. civ., rubricato *Condizione giuridica dei beni patrimoniali*, ai sensi del quale «I beni che costituiscono il patrimonio dello Stato, delle province e dei comuni sono soggetti alle regole particolari che li concernono e, in quanto non è diversamente disposto, alle regole del presente codice. I beni che fanno parte

di inalienabilità, inusucapibilità, immodificabilità, nonché di conservazione del vincolo di destinazione che caratterizza entrambe le categorie. Da tale equiparazione, pertanto, discende che, come per i beni del patrimonio indisponibile, anche il vincolo di destinazione dei beni collettivi di uso civico possa subire una deroga soltanto in virtù di un apposito e formale provvedimento, volto alla caducazione della natura demaniale.

Gli Ermellini hanno richiamato, in primo luogo, una precedente sentenza della stessa Corte – ancora una volta a Sezioni Unite⁵⁰ –, relativa alla medesima questione, sebbene pronunciata in tema di giurisdizione. Quest’ultima decisione si fondava sull’assunto che il provvedimento di sdemanializzazione non ammetta equipollenti. Si negava, infatti, che la dichiarazione di pubblica utilità, in merito alla quale veniva successivamente prevista l’espropriazione di alcuni terreni di dominio collettivo, gravati da usi civici, fosse equivalente a un provvedimento di sdemanializzazione di siffatti terreni. Si evidenziava, così, la necessità dell’emissione del provvedimento da parte di un’autorità dotata di specifici poteri in materia di usi civici – un provvedimento, cioè, connotato da una funzione tipica prevista per la tutela degli stessi –.

Dalla logica appena descritta emerge, dunque, come l’espropriazione non possa determinare *ex se* o *ipso iure* la sclassificazione del bene civico, con la conseguente conversione dell’uso civico delle popolazioni su terre proprie in diritto all’indennità. Invero, quando si tratta di beni di uso civico, piuttosto che seguire le regole del diritto amministrativo comune, risulta necessario procedere secondo i criteri individuati dalle apposite norme di legge, dal momento che soltanto in questo modo è possibile scongiurare il rischio che autorità diverse da quelle competenti abbiano margini discrezionali in materia.

La Suprema Corte ha messo in rilievo, in aggiunta, come l’unica decisione contraria a siffatta soluzione, oltre a costituire intervento isolato, risulti sostanzialmente apodittica. Invero, la Seconda Sezione

del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano».

⁵⁰ Cass. sez. un., sent. n. 1671 dell’11 giugno 1973.

civile, con la sentenza n. 9986 del 24 aprile 2007, aveva rilevato che, per quanto rispetto ai beni demaniali intesi in senso tecnico sia ravvisabile un'espressa condizione di beni non suscettibili di espropriazione forzata per pubblica utilità, ai beni di uso civico non possa applicarsi il medesimo regime, in ragione di una mancata previsione normativa esplicita che fondi l'equiparazione.

Le Sezioni Unite, al riguardo, rilevano non solo la pregressa contrarietà della giurisprudenza di legittimità, ma anche alcune importanti decisioni della Consulta. Tra esse emerge, in particolare, la sentenza n. 391 dell'11 luglio 2008, la quale, seppur citata dalla Seconda Sezione a sostegno dei propri argomenti, appare in realtà convergere con la tesi maggioritaria, in quanto esclude che la sdemanializzazione possa fondarsi esclusivamente su un decreto espropriativo per pubblica utilità⁵¹.

Cionondimeno, se dai rilievi sin qui prospettati emerge che l'approdo ermeneutico del Giudice di legittimità, ravvisabile nella sostanziale equipollenza tra i beni demaniali e i beni civici collettivi, sia in larga parte condivisibile, da una più attenta riflessione emerge altresì che l'asserita equipollenza rischia di aprire una breccia sottile, ma rischiosa, nella salvaguardia di un istituto che, come evidenziato più volte, può essere adeguatamente tutelato soltanto alla luce delle sue peculiarità, nonché delle radici storiche che lo connotano.

In buona sostanza, per quanto ci si renda conto che l'analogia tra beni civici e beni demaniali comporta l'indubbio vantaggio dell'applicazione di tutte le tappe procedurali, foriere di valutazioni *ad hoc*, previste dalla legge qualora si voglia addivenire a un provvedimento ablatorio, appare evidente che siffatta equiparazione rischia di non tenere in adeguata considerazione la necessaria distinzione tra il generico interesse pubblico, perseguito tramite l'espropriazione dei beni demaniali e il peculiare interesse che permea la disciplina dei

⁵¹ Siffatta pronuncia, invero, non ammette l'eliminazione *ipso iure* dei diritti civici, ma si limita ad escludere l'illegittimità costituzionale di norme regionali che, al fine di creare parchi e riserve pubbliche in Piemonte, ha conformato il contenuto dei medesimi diritti senza estinguerli. Tale possibilità è peraltro ammessa dal comma 1-*bis* dell'art. 4 del d.P.R. n. 327/2001. Cfr. A. LEUZZI, *La "sdemanializzazione" dei beni gravati da uso civico di dominio collettivo*, CASS. CIV., sez. un., 10.05.2023, n. 12570 in *Nuova giur. Civ. comm.*, 6, 2023, pp. 1334 e ss.

beni di uso civico: un interesse ‘collettivo’⁵² che, rispetto al suddetto interesse pubblico, è certamente limitrofo, ma non perfettamente coincidente. I caratteri di inalienabilità, inusucapibilità e imprescrittibilità propri dei beni di uso civico – che contribuiscono a configurare la singolarità dell’interesse ‘collettivo’ – non costituiscono qualità attribuite a tali beni da parte del legislatore. Poiché, infatti, gli usi civici sono anteriori alla formazione dell’ordinamento, tanto che la l. del 2017 li definisce «ordinamento giuridico primario delle comunità originarie», il legislatore è tenuto, alla luce dei principi costituzionali, a riconoscerli e, di conseguenza, a riconoscerne anche i caratteri specifici.

Per questi motivi, il riferimento esclusivo alla ‘sdemanializzazione’ con riguardo agli usi civici, nonostante possa essere in qualche misura favorito dall’utilizzo della locuzione ‘demanio civico’ in materia di proprietà, non appare del tutto convincente. Autorevole dottrina, in riferimento alla peculiarità della nozione di ‘proprietà collettiva’⁵³, sottolinea invero che essa può essere considerata «l’*oppositum* storico e logico della proprietà del singolo, con tutto l’insieme di valori alternativi che vi emergono: la prevalenza del gruppo e la subordinazione ad esso degli individui e dei loro fini; la prevalenza dell’oggettivo sul soggettivo, e quindi della natura economica delle cose, della loro destinazione, della loro funzionalità; la prevalenza per i membri del gruppo delle situazioni soggettive di dovere su quelle di potere e di diritto tipiche ai tradizionali *iura in re*», invita a configurarla quale «un altro modo di possedere»⁵⁴.

Dunque, ragionando in quest’ordine di idee, potrebbe altresì concepirsi ‘un altro modo di sdemanializzare’, che si distingua dai provvedimenti previsti per beni demaniali in senso tecnico e sia in-

⁵² Così, G. AGRIFOGLIO, «*Fossili giuridici viventi*». *Alcune osservazioni su usi civici e proprietà collettiva a margine di Cass. civ. sez. II, ord. 23 novembre 2022, n. 34460*, in *Eur. e dir. priv.* 1(2), 2023, p. 437, il quale sottolinea il rischio che la giurisprudenza cada così nell’errore di equiparare tipologie di beni nettamente distinte sulla base di mere assonanze nominalistiche (dominio, demanio, ecc.).

⁵³ Storicamente intesa quale comune denominatore dei veri e propri domini collettivi e di diritti d’uso civico.

⁵⁴ P. GROSSI, «*Un altro modo di possedere*». *L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, p. 38.

vece più attento a quell'interesse collettivo così peculiare da non trovare, all'interno del nostro ordinamento, comparazioni che ne rispettino adeguatamente l'essenza.

Pertanto, in ordine ai beni interessati dagli usi civici, sarebbe appropriato fare riferimento non già alla sdemanializzazione, ma a un «mutamento di destinazione d'uso condizionato al reale beneficio per la generalità degli abitanti»⁵⁵. La necessità di una simile distinzione risulta infatti avvalorata dall'art. 4 del D.P.R. n. 327 dell'8 giugno 2001 (modificato dalla l. n. 211 del 2015)⁵⁶, il quale, per un verso, riconduce l'applicazione della sdemanializzazione ai beni appartenenti al demanio pubblico e, per altro verso, prevede che, con riguardo ai beni gravati da uso civico, operi invece il «mutamento di destinazione d'uso», peraltro già previsto dal legislatore del '27⁵⁷. Non si tratta di mere precisazioni terminologiche, in quanto la differenza tra demanio pubblico e 'demanio' civico riflette la necessità di distinguere gli interessi sottesi alle due categorie di beni, i quali risultano intrinsecamente dissimili: da una parte, un esclusivo interesse pubblico; dall'altra, una peculiare commistione tra interesse pubblico generale e interessi di privati appartenenti a una collettività determinata.

Tuttavia, al di là dell'esigenza di maggiore cautela appena segnalata, va sottolineato che la pronuncia in commento si inserisce tra i meritori interventi volti a rendere più pregnante la tutela del paesaggio e dell'ambiente⁵⁸, nel solco dell'indirizzo, relativamente re-

⁵⁵ G. AGRIFOGLIO, cit., p. 434.

⁵⁶ Testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità.

⁵⁷ Cfr. l'art. 12 della l. n. 1766 del 1927.

⁵⁸ Come è noto, inoltre, la recente l. cost. n. 1 dell'11 febbraio 2022 ha attribuito all'ambiente espresso rilievo costituzionale, attraverso la modifica dell'art. 9 Cost., che presenta ora il seguente testo: «la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni». Peraltro, nell'art. 41 Cost., a seguito delle modifiche della medesima legge del 2022, si legge: «l'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

cente, che rinviene la funzione principale degli usi civici nella protezione del patrimonio naturale. Come già evidenziato, infatti, sia la legge Galasso, sia, in misura ancora maggiore, la l. n. 168 del 2017, hanno adottato un'ottica conservativa dei territori, dando così avvio a una nuova fase di salvaguardia del contesto agro-silvo-pastorale nazionale.

Sotto questo profilo, appare utile rammentare che la Corte costituzionale ha recentemente affermato che «(...) nella fase antecedente alla liquidazione degli usi civici, le ragioni di salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio, attratte nella funzione sociale, si realizzano semplicemente preservando la piena tutela degli usi civici, in quanto essi stessi assicurano, grazie anche al vincolo paesaggistico, la conservazione della destinazione paesistico-ambientale del territorio»⁵⁹.

Appare quindi chiaro che la sentenza n. 12570 del 2023 finora ripercorsa, essendo evidentemente volta a salvaguardare gli usi civici esistenti su beni collettivi, oltre a tutelare gli interessi della pluralità dei soggetti titolari dei beni, miri anche a garantire adeguata tutela al territorio coinvolto sulla base delle sempre più accentuate esigenze di protezione ambientale che emergono non soltanto nel contesto nazionale, ma anche in quello comunitario⁶⁰, in ragione degli obiettivi esplicitati nel “Green New Deal europeo”⁶¹.

SILVIA USALA

Abstract

Con la sentenza n. 12570/2023, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione escludono l'ammissibilità della espropriazione per pubblica utilità di

⁵⁹ Così, Corte cost., sent. n. 119 del 15 giugno 2023.

⁶⁰ Cfr. la Convenzione europea del paesaggio, adottata il 19 luglio 2000 da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

⁶¹ O “Patto verde europeo”, espressioni utilizzate per indicare l'insieme di misure promosse dalla Commissione europea in tema di salvaguardia dell'ambiente e paesaggio. Cfr. F. ALBIONE, *I nuovi equilibri giuridici tra ambiente e paesaggio sullo sfondo della transizione ecologica*, in *Riv. giur. ed.*, 2023, fasc. 4, pp. 231 e ss.

terreni gravati da usi civici, in assenza di una previa sdemanializzazione degli stessi. Tale decisione, sebbene rappresenti un intervento significativo in materia di usi civici, anche in ottica di tutela ambientale, solleva il rischio di non considerare pienamente la specificità degli interessi – distinti dall’interesse pubblico generale che concerne la categoria dei beni demaniali – riguardanti i beni di uso civico.

In judgment no. 12570/2023, the United Sections of the Supreme Court of Cassation considered inadmissible the expropriation for public utility of land subject to civic uses without a prior declassification order concerning them. Although this decision represents a significant intervention in the field of civic uses, also from an environmental protection perspective, it raises the risk that the involved specific interests – different from the general public interest related to state-owned property – regarding civic use property may not be fully considered.

RILETTURE DEL PASSATO

CRISTIANO CICERO

CHI ERA VITTORIO POLACCO?

L'Opera di Moisè Raffael Vittorio Polacco (Padova, 10 maggio 1859 - Roma, 7 luglio 1926) è tornata di recente all'attenzione dell'interprete grazie all'iniziativa meritoria di giuristi che guardano avanti non dimenticando le radici del nostro diritto¹. Queste tre pagine cercano di sottolineare l'importanza di Polacco nell'avanzamento dei nostri studi, particolarmente nel campo dell'obbligazione, nel tentativo di evitare che il ricordo dell'insegnamento scemi e si creda che la costruzione giuridica anziché un *continuum* sia un *novum*.

P. Fu uno dei più eminenti scienziati del diritto a cavallo tra Ottocento e Novecento, professore prima a Modena, poi a Padova e a Roma; fu anche socio nazionale dell'Accademia dei Lincei e a partire dal 1910 senatore del Regno. Alla Sua scuola vanno ascritte personalità del calibro di Francesco Santoro-Passarelli e Francesco Carnelutti, entrambe destinate a dominare culturalmente l'Università italiana per larga parte del ventesimo secolo. Santoro-Passarelli si laureò con P. discutendo una tesi, poi edita, in tema di surrogazione reale; del Maestro, l'Allievo scrisse che il genio polacchiano era nella capacità di unire l'elemento ideale e il criterio rigorosamente positivo².

Spendiamo una breve riflessione sull'itinerario accademico del Nostro. P., ebreo, si laureò con Luigi Bellavite, non ebreo, ordinario

¹ Di recente, S. MAZZAMUTO - F. PIRAINO - A. NICOLUSSI, *Vittorio Polacco*, Napoli, 2023; A. NICOLUSSI, «Le obbligazioni nel diritto civile italiano» di Vittorio Polacco, in *Rileggere i «classici» del diritto civile italiano (1900-1920)*, I, a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2023, p. 53 ss.

² F. SANTORO-PASSARELLI, *Il diritto civile nell'ora presente e le idee di Vittorio Polacco*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933, p. 54.

a Padova, civilista e romanista. Quest'ultimo, pur certamente giurista di notevole cultura, oggi è ricordato soltanto per essere stato mentore di Polacco. Nessuno saprà mai se Bellavite avesse almeno intuito le capacità e la potenza intellettuale dell'allievo. Comunque, *P.* inizia l'attività accademica divenendo ordinario a Modena nel 1886, e passando a Padova nel 1888. Il magistero patavino andò avanti fino al 1918, ivi ponendo le basi di quella grande Scuola civilistica del '900. Il decesso nel 1917 di Vincenzo Simoncelli e il ritiro di Francesco Filomusi Guelfi³, inarrivabile scienziato del diritto (Linceo, senatore del Regno, precettore giuridico di Vittorio Emanuele III), spalancarono a *P.* la porta dell'Università di Roma, ricoprendo la cattedra di diritto civile fino alla morte avvenuta nel 1926. Nella cattedra gli successe Alfredo Ascoli⁴.

Allievi del *P.* furono come accennato Francesco Santoro-Passarelli e Francesco Carnelutti. Il primo, Autore del Libro simbolico, *Le dottrine generali*, destinato a influenzare e dare certezza alla ricerca nel diritto civile a partire dalla vigenza del codice civile 1942 e fino almeno agli ottanta dello scorso secolo; il secondo, l'architetto dell'ordinamento, massimo teorico generale del diritto, il Maestro dei Maestri.

L'Opera più alta di *P.* è quella su *Le obbligazioni nel diritto civile italiano* (edita da Athenaeum nel 1915). Carnelutti, rileggendo le obbligazioni, scrisse di provare quel piacere che si prova quando si rivede una persona cara e si rivivono con lei le ore lontane⁵. Lo studio del volume, oggi agevolmente leggibile grazie alle meritorie ristampe della Scuola di Camerino⁶, svela una personalità intellettuale complessa dell'Autore, ove non sono infrequenti gli accostamenti del diritto all'economia. Di attualità straordinaria è la parte in tema di responsabilità contrattuale, ove per la prima volta è abbandonata la dottrina romanistica di Donello tesa ad esonerare da responsabilità il

³ Si l. almeno N. IRTI, *Francesco Filomusi Guelfi e la crisi della scuola esegetica in Italia*, in *Scuole e figure del diritto civile*, 2ª ed., Milano, 2002, p. 281 ss.

⁴ A. ASCOLI, *Vittorio Polacco*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 580.

⁵ F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 525.

⁶ V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, con introduzione di F. Piraino, rist. di Camerino a cura di P. Perlingieri e G. Perlingieri, Napoli, 2022.

debitore per il caso di assenza di colpa, per pervenire a un concetto di inevitabilità relativa, da valutare al grado di diligenza da prestare, variabile da negozio a negozio⁷. Si rivela *in nuce* addirittura l'anticipazione delle dottrine di Emilio Betti e di Luigi Mengoni sulla impossibilità oggettiva e relativa. A dimostrazione, si legge nelle *Obbligazioni* già la concettualizzazione novecentesca dell'obbligazione, la quale ravvisa nel rapporto obbligatorio un vincolo nel quale la prestazione non è fine a sé, ma mezzo per il conseguimento di un'utilità, che dalla prima si distingue come l'effetto dalla causa⁸. Paolo Grossi ha sottolineato la capacità di P. di tenere conto dei punti vista più disparati, e di ricavare da essi ciò che di buono li sorregge⁹. Moderazione dunque, mai neutrale e ignave equidistanza, unita a una straordinaria capacità di muoversi nel perimetro dell'ordinamento, usando il dogmatismo proprio di quel periodo senza rimanere imprigionato nelle sterili astrazioni logiche. Va sottolineato, sotto questo profilo, che la generica moderazione si specifica nel volume in un'impostazione che coniuga innovazione e controllo sistematico e dogmatico; un vero e proprio – si direbbe – abito mentale, sorretto dalla convinzione che l'evoluzione delle forme regolative e delle categorie giuridiche non procede per scatti e fratture¹⁰. P. in questo senso potrebbe essere letto quale primo positivista problematico del ventesimo secolo.

Chi era Vittorio Polacco? Egli fu il Maestro del Maestro dei Maestri.

Abstract

Vittorio Polacco Fu uno dei più eminenti scienziati del diritto a cavallo tra Ottocento e Novecento, professore prima a Modena, poi a Padova

⁷ V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 332. L. se v. di recente A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *I rapporti giuridici l tempo del Covid-19*, Napoli, 2020, p. 1 ss., e C. CICERO, *Sul rapporto giuridico nella crisi di emergenza sanitaria*, *ivi*, p. 13 ss.

⁸ S. MAZZAMUTO - F. PIRAINO - A. NICOLUSSI, *Vittorio Polacco*, cit., p. 40.

⁹ P. GROSSI, «*Il coraggio della moderazione*» (*specificità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco*), in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, p. 67 ss.

¹⁰ Lo sottolineano S. MAZZAMUTO - F. PIRAINO - A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 24.

e a Roma; fu anche socio nazionale dell'Accademia dei Lincei e a partire dal 1910 senatore del Regno. Alla Sua scuola vanno ascritte personalità del calibro di Francesco Santoro-Passarelli e Francesco Carnelutti, entrambe destinate a dominare culturalmente l'Università italiana per larga parte del ventesimo secolo.

Vittorio Polacco was one of the most eminent legal scientists at the turn of the nineteenth and twentieth centuries, a professor first in Modena, then in Padua and Rome; he was also a national member of the Accademia dei Lincei and from 1910 senator of the Kingdom. To his school must be ascribed personalities of the caliber of Francesco Santoro-Passarelli and Francesco Carnelutti, both destined to culturally dominate the Italian university for a large part of the twentieth century.

GABRIELE CIVELLO

GIUSEPPE BETTIOL:
DALLA PROLUSIONE CAGLIARITANA (1936)
ALLA PROLUSIONE PATAVINA (1943).
TRA CONCETTI, INTERESSI E VALORI*

SOMMARIO: 1. Giuseppe Bettiol e il “mutato clima” politico-istituzionale. – 2. La prolusione cagliaritana del 1936 e la prolusione patavina del 1943. – 3. Il teleologismo bettioliano e la tripartizione del reato. – 4. Le critiche di Bettiol alla “giurisprudenza dei concetti” e alla “giurisprudenza degli interessi”. – 5. L’approdo alla “giurisprudenza dei valori” e alla concezione teleologica. – 6. Considerazioni interlocutorie e finali sulle “linee-guida” del pensiero di Bettiol.

1. Giuseppe BETTIOL, nato a Cervignano del Friuli (Udine) il 26 settembre 1907, si laurea in giurisprudenza nel 1929 presso l’Università Cattolica di Milano sotto la guida del sassarese Giacomo DELITALA¹ (1902-1972), con l’influenza filosofica del neo-scolastico Francesco OLGIIATI² (1886-1962) e del francescano Agostino GEMELLI³ (1878-1959).

* La pubblicazione del saggio è stata anticipata su *www.discrimen.it*.

¹ Cfr. G. BETTIOL, *Ricordo di Giacomo Delitala*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 363 ss., oggi in *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980, 164 ss.

² Quanto ai lavori monografici di Olgiati, per il loro influsso filosofico sul pensiero bettioliano, ricordiamo fra tutti F. OLGIIATI, *Il concetto di giuridicità e San Tommaso d’Aquino*, Milano, 1944; ID., *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano, 1950; ID., *I fondamenti della filosofia classica*, Milano, 1964.

³ Fra tutti, v. A. GEMELLI, *Lo studio del reato come mezzo di indagine nella valutazione del delinquente*, in *Jus*, 1940, 230 ss., citato in G. BETTIOL, *Sistema e valori del diritto penale*, in *Jus*, 1940, fasc. IV, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, I, 493.

A seguito di un soggiorno di studi presso la cattedra di Ernst BELING⁴ (1866-1932), approda all'Università di Cagliari il 12 dicembre del 1936 come professore straordinario, stabilendosi in tale Ateneo fino al 1938. Nel biennio sardo, insegnerà diritto e procedura penale, diritto internazionale e storia dei trattati e politica internazionale⁵.

Il 16 novembre 1938, si trasferirà presso l'Università di Trieste⁶, per poi giungere nel 1943 a Padova⁷ – in concomitanza con la brevissima presa di servizio di Giuliano Vassalli⁸ (8 gennaio-7 maggio 1943) –, città ove insegnerà fino al 1982, anno della morte (29 maggio).

Gli scritti bettioliani tra il 1930 e il 1943⁹, oltre ad essere ancora piuttosto fedeli all'indirizzo tecnico-giuridico¹⁰, appaiono spesso at-

⁴ Cfr. G. BETTIOL, *Ernesto Beling*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, 603 ss., oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, I, 95; H.-H. JESCHECK, *Giuseppe Bettiol e la scienza penalistica tedesca*, in *Ind. pen.*, 1993, 5 ss.

⁵ Informazioni tratte dall'archivio storico dell'Università degli Studi di Cagliari (archivistorico.unica.it/persona/bettiol-giuseppe).

⁶ Per gli anni tergestini, si rinvia a P. PITTARO - N. FOLLA, *Il diritto penale nella Facoltà di Giurisprudenza*, in P. FERRETTI - P. GIANGASPERO - D. ROSSI (a cura di), *Giuristi a Trieste. Per una storia della Facoltà di Giurisprudenza (1938-2012)*, Torino, 2022, 203 ss.

⁷ La prolusione patavina, dal titolo *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, pubblicata nel 1943 per le *E.S. dell'Università di Trieste*, è ripubblicata in G. BETTIOL, *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, 602 ss. Allo stesso tema sarà significativamente dedicata l'ultima lezione del 6 maggio 1982: G. BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi*, ne *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo 6-5-1982*, Padova, 1984, 110.

⁸ Sulla figura di Vassalli, di recente, G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, Milano, 2022, *passim*.

⁹ Sugli scritti giovanili di Bettiol, cfr. l'ampia trattazione in A. VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE, *Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol*, Napoli, 2010, 57 ss.

¹⁰ Sull'indirizzo tecnico-giuridico sin dalla prolusione sassarese di Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1910, 497 ss. (anche in *Opere giuridiche*, Roma, 1933, III, 263 ss.), cfr. G. BETTIOL, *Sui recenti orientamenti penalistici in Italia*, in *E.S. dell'Università di Trieste*, 1943, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, 592 ss.; v. anche ID., *Vincenzo Manzini*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, 893 ss., ove l'Autore riconosce in Manzini un chiaro

traversati da un quesito scientifico-metodologico quasi martellante: *che fare*, innanzi al “mutato clima”¹¹ politico-istituzionale determinato dall’instaurazione del regime fascista?

A fronte di tale interrogativo, appaiono eloquenti le parole introduttive di un saggio su *Bene giuridico e reato*, pubblicato nella *Rivista italiana di diritto penale* del 1930 da un Bettiol appena ventitreenne: «Nell’attuale momento storico, caratterizzato da un intimo travaglio spirituale che ha portato la nuova generazione di studiosi a una revisione del metodo e dei principi tradizionali, anche la dogmatica del diritto penale ha subito una profonda trasformazione. In questo processo di revisione» – seguita Bettiol – «si possono distinguere due gruppi di studiosi [...]: per gli uni, al mutato clima politico deve seguire una radicale trasformazione dei criteri interpretativi e dei principi della dogmatica penale, mentre per gli altri l’abbandono di un principio o di una regola interpretativa tradizionale deve essere la conseguenza di una preliminare indagine diretta a vedere se questi presentano un contenuto politico superato o, invece, non adempiono una funzione che è ancora in armonia con le esigenze di un diritto penale autoritario»¹².

esempio di “concettualismo moderato”, sempre attento al *concreto* dell’esperienza giuridica. Quanto agli scritti dell’epoca, cfr. anche B. PETROCELLI, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 285 ss.; G. PAOLI, *Tecnicismo giuridico e scienza del diritto penale*, in *Sc. pos.*, 1922, I, 22; G. BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche e crisi nella scienza del diritto criminale*, in *Arch. pen.*, 1950, I, 85 ss. Cfr. la prima edizione di V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1908, *passim*. Sulla figura di Manzini, cfr. A. BERARDI, *Vincenzo Manzini, Del metodo giuridico*, Napoli, 2003, *passim*; sugli sviluppi della scuola tecnico-giuridica, si rinvia all’ampio e approfondito saggio di S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull’evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 575 ss.; nonché M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent’anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell’età dell’europeismo giudiziario*, in *disCrimen*, 9 dicembre 2018.

¹¹ Cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale e tipi di Stato di diritto*, in *Études en l’honneur de Jean Graven*, Genève, 1969, oggi in *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980, 88 ss.

¹² G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, n. 1, poi ripubblicato in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, I, 319. Cfr. G. FORNASARI, *Diritto penale liberale e derive autoritarie: riflessi nel pensiero del giovane Giuseppe Bettiol*, in S. RIONDATO (a cura di), *Dallo Stato costituzionale democratico di diritto allo Stato di*

Di fronte a questo “dilemma”, Bettiol aderisce senz’altro al secondo approccio, quello per così dire più *dialettico e problematico*, che renderà i suoi scritti (anche) precedenti al secondo conflitto mondiale sempre equilibrati, moderati¹³, se non persino critici nei confronti degli eccessi di una dogmatica penale prona all’ideologia del tempo.

A tal proposito, in effetti, emergono alcune “rigidità” che all’epoca caratterizzavano il dibattito fra gli studiosi, spesso dominato da dicotomie in gran parte stereotipate o persino “manichee”¹⁴: emblematica la disputa tra *formalisti* e *sostanzialisti*¹⁵, nonché la polemica di Arturo Santoro per la quale il pensiero di Bettiol, in quanto critico nei confronti del formalismo logico, avrebbe dovuto definirsi *tout court* come “anti-razionalista”¹⁶.

polizia? Attualità del Problema penale. Nel trentesimo dall’Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol, Atti del Convegno (Università degli Studi di Padova, 28 maggio 2012), 57 ss.; G. MARINUCCI, Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983, 1192 ss.

¹³ Si veda, ad esempio, la presa di posizione “mediana” di Bettiol tra gli opposti estremismi del normativismo e del positivismo naturalistico (G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, I, 392; nonché ID., *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, n. 1, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, I, 465 ss.).

¹⁴ M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale 1883-1912*, in *Quad. fior.*, 1974-75 (III-IV), 566, cit. in S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico*, cit., 578. In G. BETTIOL, *Giurisprudenza degli interessi e diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, n. 4, poi ripubblicato in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, I, 331, si mette in luce l’artificialità di quanti volevano irreggimentare la dialettica tra Scuola Classica e Scuola Positiva lungo lo spartiacque – in gran parte eterogeneo – tra *Begriffsjurisprudenz* e *Interessenjurisprudenz*; inoltre, si evidenzia l’infondatezza della tesi per la quale la giurisprudenza dei concetti sarebbe stata priva di contatto con la *realtà*, quest’ultima essendo studiata solo dalla giurisprudenza degli interessi. Donde, ad es., la tesi dell’Antolisei per la quale, non essendo accoglibili le esagerazioni formalistiche di un metodo puramente logico e astratto, il diritto avrebbe dovuto dirsi, a questo punto, *a-logico* (G. BETTIOL, *ult. op. cit.*, 332).

¹⁵ Cfr. G. BATTAGLINI, *La giustizia sostanziale*, in *Arch. pen.*, 1948, 221 ss.

¹⁶ Si tratta dello scritto di A. SANTORO, *Cose lette*, in *Scuola positiva*, 1941, n. 5-6, relativo all’articolo di G. BETTIOL, *Sistema e valori nel diritto penale* (1940); cfr. la replica in G. BETTIOL, *A proposito di «cose lette»*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, n. 4, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, I, 531-534.

La *vulgata* dei giuristi di regime voleva che il formalismo penale – secondo cui il reato è anzitutto violazione di un precetto oggettivo – fosse espressione di una superata mentalità liberale, propugnando dunque improbabili forme di “sostanzialismo” finalizzate a combattere l’eccesso di astrazione proprio delle dottrine formali.

A fronte di ciò, Bettiol – riecheggiando tra l’altro le convinzioni filosofiche di Francesco Olgiati¹⁷ – replica che «il processo di astrazione e di generalizzazione non è espressione di una gnoseologia liberale, ma è *il pensiero stesso* in quanto segna le sue tappe sulla via del conoscere»¹⁸. Inoltre, si domanda giustamente l’Autore, «come può [...] la più recente dottrina antiliberale che del formalismo ha fatto il suo bersaglio preferito, criticare e rigettare la concezione del reato come lesione di un bene giuridico, quando questa dottrina è quella che più risponde alle esigenze di un metodo antiformalistico che tiene gli occhi fissi sulla realtà?»¹⁹.

Da questi pochi tratti esemplificativi è possibile cogliere l’affresco di un’epoca²⁰, nella quale le ragioni ideologiche finivano talvolta

¹⁷ Cfr. F. OLGIATI, *I fondamenti della filosofia classica*, cit., 47.

¹⁸ G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, cit., 322 (corsivo nostro) e 323: «Non si vede, invero, la ragione per cui uno Stato autoritario a differenza di uno a sfondo liberale non dovrebbe interessarsi della tutela dei bisogni e delle necessità sociali (interessi – beni giuridici) per limitarsi a una arbitraria e cervelotica emissione di imperativi senza finalità alcuna, dovendosi a tale conclusione arrivare togliendo agli imperativi delle norme il loro substrato sociale, vale a dire l’interesse tutelato». Cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1945, 39, con rinvio a F. OLGIATI, *Il valore del concetto scientifico e della dogmatica giuridica*, in *Riv. di fil. Neoscolastica*, 1932, III; nonché G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, Milano, 1939, 4 ss.

¹⁹ G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, cit., 322. In effetti, P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”*, Basel, 1962, aveva mostrato come la stessa dottrina del bene giuridico potesse essere “piegata” per assecondare le ragioni ideologiche dello Stato autoritario (v. A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall’inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966, 67, n. 66, con rinvio a dottrina tedesca dell’epoca).

²⁰ Peraltro, dopo l’esperienza del fascismo e della guerra, sarebbero sopraggiunte altre forme di dibattito spesso puramente ideologico e sclerotizzato; ne dà atto Bettiol quando parla della polemica marxista contro il finalismo welzeliano, accusato di essere nientemeno che «l’espressione massima del neo-liberalismo “capitalista”» (G. BETTIOL, *L’odierno problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1959, n. 3, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, 912 ss.).

per inquinare la stessa riflessione giuridica, da un lato irrigidendo il dibattito lungo “barricate di principio”, dall’altro lato portando spesso a quei paradossi che Bettiol mette in luce nei passi sopra citati; molte energie dei giuristi dell’epoca, in tal modo, si dissipavano nell’affermare o confutare questioni “tassonomiche” – liberali *vs.* antiliberali²¹; formalisti *vs.* anti-formalisti o sostanzialisti²², e così via – le quali, talvolta, finivano per offuscare il reale punto dei problemi giuridici di volta in volta emergenti e per impedire, di conseguenza, il raggiungimento di soluzioni teoricamente solide e concretamente praticabili²³.

2. Tornando alla metà degli anni ’30 e all’approdo di Bettiol all’Università di Cagliari, la prolusione bettioliana all’anno accademico 1936/1937 riguarda *La regola «in dubio pro reo» nel diritto e nel processo penale*²⁴: in essa, l’Autore, dopo avere ribadito la «profonda trasformazione politica operata in Italia dal fascismo, la mutata strut-

²¹ Sul punto, si veda la lezione svolta a Bressanone nell’estate del 1952 dal titolo *Sulla natura del diritto penale*, oggi in G. BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo, 1953, 1 ss.; nonché ID., *Azione e colpevolezza nelle teorie dei “tipi” di autore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1942, n. 1, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, 538, in merito alla tesi, superficiale e stereotipata, per la quale la valorizzazione degli aspetti soggettivi del reato comporterebbe, *eo ipso*, la deriva verso un diritto penale eticizzante e illiberale e, di converso, la tesi per la quale un diritto penale liberale imporrebbe di tenere in considerazione il solo versante obiettivo del reato (azione, causalità, evento), tralasciando di scandagliare la volontà e i motivi dell’azione. Cfr. anche G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell’ultimo ventennio*, in *Arch. pen.*, 1945, 23 ss.

²² Cfr. ad esempio B. PETROCELLI, *L’antigiuridicità*, III ed., Padova, 87 ss. V. anche M. PORZIO, *Formalismo e antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna*, Napoli, 1969; E. SCHWINGE, *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1930, *passim*.

²³ Così, ad esempio, nel citato saggio su *Bene giuridico e reato*, Bettiol è costretto a scrivere alcune pagine “politiche” prima di giungere – nell’*incipit* del § 3 – al nucleo del problema strettamente tecnico-giuridico («... superate le obiezioni di natura *politica*, resta da vedere se quelle di carattere *tecnico* contro il concetto e la funzione del bene giuridico siano veramente fondate»).

²⁴ G. BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo» nel diritto e nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, n. 3, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, I, 307 ss.; cfr. A. VERNACOTOLA GUALTIERI D’OCRE, *Primato della persona e realismo metafisico*, cit., 161 ss.

tura dei rapporti tra Stato e individuo, [e] il tramonto di un sistema di idee che vent'anni or sono si ritenevano ancora intangibili», afferma non essere sempre fondata «una reazione troppo spinta contro certi principi che si sostengono di origine liberale, mentre possono benissimo spiegarsi e accettarsi anche sulla base delle nuove idee autoritarie». L'evidente preoccupazione del giurista friulano era che la furia anti-liberale e totalitaria, in quegli anni dilagante, potesse indurre a liquidare frettolosamente regole e principi irrinunciabili per il sistema penale di ogni genere; donde il tentativo, da parte di Bettiol, di dimostrare come gli stessi fossero comunque compatibili – o persino *virtuosi* – rispetto alle nuove istituzioni autoritarie²⁵.

Fra tali canoni di civiltà giuridica campeggia, anzitutto, il principio di legalità, sostanzialmente abolito nella Germania nazional-socialista e nella Russia sovietica²⁶ e, di contro, tenuto fermo all'art. 1 del Codice Rocco del 1930²⁷. Nel sistema totalitario tedesco – af-

²⁵ G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, cit., 321. È interessante notare come, dopo la caduta del fascismo, l'impegno di Bettiol sia stato in qualche modo “speculare”: non più cercare di mantenere, pur all'interno di un ordinamento autoritario, alcuni principi comunemente ritenuti come propri del solo liberalismo penale, bensì «interpretare *liberisticamente* e quindi *democraticamente* un complesso legislativo che pure pretendeva di essere l'espressione penalistica di una concezione totalitaria dello Stato» (G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., *Prefazione*, 7; cfr. 71). V. anche ID., *L'odierno problema del bene giuridico*, cit., 911; A. VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE, *Primato della persona e realismo metafisico*, cit., 30 ss., 40 ss., 57 ss.; G. MARINUCCI, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni trenta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3, 934.

²⁶ Cfr. anche lo studio dell'allieva, L. DURIGATO, *Uno studio di diritto penale socialista*, Padova, 1976, *passim*, con particolare riferimento all'ordinamento cecoslovacco.

²⁷ Cfr. G. BETTIOL, *Scritti giuridici. Le tre ultime lezioni brasiliane*, Padova, 1987, 8, in cui si mette in luce il mantenimento del principio di legalità anche all'interno del Codice Rocco. Sulle “tre anime” del Codice Rocco – *autoritaria* nella parte speciale, *liberale* nei «criteri generali sulla legge penale, reato e pena» e *social-democratica* nelle misure di sicurezza – si veda anche la lezione svolta a Bressanone nell'estate del 1952 dal titolo *Caratteristiche del diritto penale in documenti e programmazioni moderne*, oggi in G. BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo, 1953, 27 ss.; ID., *Sui recenti orientamenti penalistici in Italia*, cit., 593 ss., 595. Cfr. anche G. DELITALA, *Analogia “in bonam partem”*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 2, 605 ss.; T. DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. pen.*, 1945, 161 ss.; G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Giur. it.*, 1939, 49 ss.;

ferma il Nostro – «è necessario frantumare il principio [di legalità] con l'ammettere la possibilità dell'estensione analogica della norma penale incriminatrice, è doveroso liberare il giudice dai vincoli formali della legge e accordargli il potere di fare ricorso, contro ogni fariseismo e legalismo liberaleggiante, a un criterio di giustizia sostanziale!»²⁸.

Il paradosso ben messo in luce da Bettiol – nella sequela del suo maestro Delitala²⁹ – è che, proprio in un sedicente Stato “autoritario”, i giudici non dovrebbero mai essere liberi di creare nuovo diritto ma, semmai, dovrebbero essere rigorosamente sottomessi al testo della legge³⁰; pertanto, quella «atmosfera neo-romantica»³¹ tipica dell'intuizionismo giudiziario nazional-socialista³² si poneva in palese

Id., *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, 493 ss.; Id., *La giurisprudenza penale germanica in materia d'analogia. Applicazioni e proposte d'applicazione del § 2 del Codice penale del Reich*, in *Riv. dir. penit.*, 1937, 906 ss.; P. NUVOLONE, *La riforma del § 2 del Codice penale germanico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, 2, 530 ss.; B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 447 ss.; M. RONCO, *L'attualità di Giuseppe Bettiol*, cit., 1165 ss.

²⁸ G. BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»*, cit., 307-308; sul principio di legalità, cfr. anche Id., *Bene giuridico e reato*, cit., 318.

²⁹ G. DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 592. Analoghe considerazioni in L. ZIMMERL, *Zur Auslegung des § 2 StGB, in Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 1936, 173 ss. Sui rapporti tra giudice e legge penale, cfr. F. ANTOLISEI, *Il giudice penale e la legge*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, oggi, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 43 ss.

³⁰ B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, 20. Sul diritto penale nello Stato totalitario, cfr. la nota trattazione di G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, n. 2-3, 140 ss.

³¹ Si parla di «accentuato clima romantico che avvolge oggi l'Europa» in G. BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei “tipi” di autore*, cit., 536, con riferimento alla deriva soggettivistica ed eticizzante nella dottrina tedesca dell'epoca, nella direzione di un diritto penale dell'agente-autore e non dell'azione.

³² Cfr. G. BETTIOL, *Giurisprudenza degli interessi e diritto penale*, cit., 333; anche in G. BETTIOL, *Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale*, in *Jus*, 1940, fasc. 1, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, I, 487 ss., 494 ss., si sostiene la derivazione del pensiero di Georg Dahm da Edmund HUSSERL (1859-1938) ma, soprattutto, da Adolf REINACH (1883-1917), fenomenologo realista e filosofo del diritto, autore *inter alia* de *I fondamenti a priori del diritto civile* (1913) e di *Über den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht* (1905), tr. it. di M. Simonelli,

contrasto con il principio di supremazia della comunità rispetto agli individui, delegando di fatto a “semplici cittadini” la creazione delle norme concretamente applicate³³.

«Ci sono coloro i quali» – si legge nella prima edizione del *Diritto penale*, «scritto dal Natale '42 all'agosto '43 all'ombra dei paterni ippocastani di Gradisca d'Isonzo» –, «anche oggi, in nome di esigenze dette di giustizia sostanziale, vorrebbero che il legislatore si limitasse unicamente a dettare a grandi linee delle direttive, delle linee di marcia, che il giudice dovrebbe poi concretare, con larghezza di poteri discrezionali, in relazione ad un caso singolo. Ma il diritto penale sarebbe così pura interpretazione di direttive troppo generiche: cadremmo nuovamente nell'arbitrio»³⁴.

Analoghe considerazioni sono espresse nella prolusione patavina del 1943 la quale, pur essendo intitolata *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, tratta – nell'incipit – il tema della legalità penale³⁵: «Oggi alla norma astratta, prestabilita, generale», afferma amaramente Bettiol, «si vuole preferire il diritto del caso concreto, la pronuncia del giudice come espressione di una *aequitas* che non si lascia imprigionare nelle strettoie formalistiche di una tipicizzazione di forme, ma scaturisce dalla coscienza del giudice chiamato a tutelare

Sul concetto di causa nel diritto penale vigente, Napoli, 2015. Come noto, la derivazione husserliana del loro pensiero fu contestata sia in G. DAHM, *Der Methodestreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 57 Band., 1938, 225 ss., sia in SCHAFFSTEIN, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystem*, in *ZStW*, 57 Band., 1938, 295 ss. Le connessioni tra pensiero husserliano-reinachiano e dottrine penali nazional-socialiste andrebbero meglio approfondite, poiché né Husserl né Reinach sembrano in realtà sostenere tesi di natura irrazionalistica o comunque “alogica”. Cfr. O.G. LODDO, *Reinach*, in *AphEx* n. 20, 2019, online.

³³ Cfr. P. NUVOLONE, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1966, 13, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1978, 137. Di una «confusione tra giudice e legislatore pericolosa nell'ambito di un regime autoritario» si fa menzione in G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, cit., 328. V. anche la recensione di Antolisei al testo di F. SCHAFFSTEIN, *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hamburg, 1934, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 816.

³⁴ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 70 (corsivi nostri).

³⁵ G. BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, Edizioni Scientifiche dell'Università di Trieste, 1943, oggi in G. BETTIOL, *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, 602 ss.

gli interessi di categorie contrapposte, a equilibrare interessi di classe o a tradurre in termini possibilmente chiari le esigenze oscure e spesso irrazionali dell'anima del popolo: concezioni che possono portare all'abrogazione del principio di legalità e alla conseguente estensione analogica delle norme penali incriminatrici, mentre noi riteniamo che il principio *nullum crimen sine lege* debba rimanere indiscusso perché esso rappresenta una delle conquiste più importanti che l'umanità sia riuscita a fissare nel lento e faticoso cammino sulla via del progresso civile: è un principio che indubbiamente non ha una importanza minore di quello per cui si può essere chiamati penalmente a rispondere solo per *fatto proprio*³⁶.

All'epoca, le preoccupazioni del penalista friulano si rivolgono non solo alla legalità penale in generale, ma anche e soprattutto al problematico tema delle misure di sicurezza³⁷, verso le quali Bettiol manifesta da sempre un atteggiamento notevolmente critico, per la loro continua tensione rispetto ai principi dello Stato di diritto³⁸.

³⁶ G. BETTIOL, *ult. op. cit.*, 603-604; cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 70. La critica bettioliana alle nuove forme di *aequitas* penale si accompagna al richiamo della fondamentale opera di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942. È significativo richiamare altresì l'amaro bilancio di Bettiol sul principio di legalità, nella prefazione all'undicesima e (sua) ultima edizione del *Diritto penale* (1982): «Non c'è altro da sperare. Le garanzie formali di legittimità sono ormai superate e il *nullum crimen sine lege* non conta niente o poco come da un valoroso giovane – il Ronco – abbiamo appreso in un libro sulla fattispecie che fa meditare».

³⁷ Cfr. G. BETTIOL, *Nel decennale della Corte Costituzionale*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, Milano, 1967, vol. IV, oggi in *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980, 1 ss., spec. 8 ss.

³⁸ «L'esperienza ci dice che il delinquente teme più il giudizio di pericolosità che quello di colpevolezza. L'uno porta a un giudizio di certezza, l'altro a un giudizio di probabilità. E i giudizi di probabilità devono essere tenuti lontani dal diritto penale che gioca con la libertà personale. Ed invero, le misure di sicurezza sono indeterminate nel tempo, possono venir meno solo dopo un giudizio negativo circa il riesame di pericolosità dell'internato, nella loro esecuzione (almeno in Italia) non si distinguono affatto dalle pene. Sono parenti prossime delle misure di polizia, eppure il chiasso intorno alle stesse non è venuto meno. Sono considerate la più alta espressione del diritto penale mentre sono la sua tomba. E pare strano che in Italia il sistema del doppio binario [...] non sia stato attaccato da nessuno, ma anzi si postulasse la sostituibilità tra pene e misura per un monismo penalistico oscuro e con-

Peraltro, anche sul versante delle misure di prevenzione, un tempo relegate ad ipotesi eccezionali ma poi estese a dismisura dal legislatore dell'emergenza, Bettiol avrà il tempo di prendere una ferma posizione critica tre anni prima di morire, nel celebre scritto *Verso un nuovo romanticismo giuridico* (1979), così affermando: «Non si possono creare fattispecie delittuose centrate sul sospetto, non si possono in nome di presunzioni predisporre misure *ante delictum*, non si può operare con il criterio del Tipo preventivo d'autore sovvertendo un secolo di pazienti lavori e intaccando i principi di uno Stato di diritto [...]. Né vale – a mio avviso – fare ricorso a misure *ante delictum* da applicarsi possibilmente dal giudice penale malgrado siano provvedimenti di polizia [...]. La libertà individuale anche dell'uomo ozioso, del vagabondo abituale, di quello dedito abitualmente e notoriamente a traffici illeciti, di coloro che siano proclivi a delinquere, degli sfruttatori, degli amorali ecc. non può, in una Costituzione che tassativamente impone fatti e accertamenti precisi e non puramente probabili, essere assimilabile alla pericolosità che postula una misura di sicurezza dopo che reato e pericolosità siano stati accertati giurisdizionalmente. La *ratio* della norma che prevede le misure *ante delictum* non è legata ad un reato, ma solo ad un modo di essere della persona incline al reato. [...] La tassatività e la certezza del diritto sarebbero irrimediabilmente compromesse con il graduale comparire di tipologie personalistiche che devono ritenersi superate [...]. In conclusione, le misure *ante delictum* sono incostituzionali e sopportabili solo in tempi di emergenza in nome di una *necessitas quae legem non habet*»³⁹.

Infine, sempre nelle parole di Bettiol sul “nuovo romanticismo giuridico”: «Non si possono obliterare i filamenti logici che legano i provvedimenti di polizia *ante delictum* alle misure di sicurezza *post delictum* e queste al concetto di sanzione ove dominatrice opera la pena. Potremo anche individuare delle fratture, delle impossibilità di gettare dei ponti tra l'uno e l'altro di questi provvedimenti, ma il ten-

traddittorio senza illuminazioni di chiarezza che solo lo Stato di diritto può a noi dare» (G. BETTIOL, *Scritti giuridici. Le tre ultime lezioni brasiliane*, cit., 9).

³⁹ G. BETTIOL, *Verso un nuovo romanticismo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, oggi in *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980, 245 ss.

tativo razionale-sistematico di vederli unitariamente deve essere fatto. Il primato della logica che detta leggi del pensiero deve essere rispettato qualora si voglia lavorare in termini scientifici»⁴⁰.

Oltre alle predette considerazioni in punto di legalità penale e divisione dei poteri, il “cuore pulsante” della prolusione cagliaritano del 1936 è la regola dell’*in dubio pro reo*, la quale, come noto, sarebbe stata costituzionalizzata solamente nel 1948, ma che Bettiol già valorizza come principio generale di civiltà giuridica: qui l’Autore – all’epoca, ricordiamo, nemmeno trentenne – mostra un coraggioso rigore intellettuale poiché, in pieno ventennio fascista, stigmatizza la deriva inquisitoria impressa al procedimento penale dal codice di rito del 1930⁴¹.

Anche sul punto, peraltro, Bettiol mette in luce il paradosso di chi riteneva che, nello Stato autoritario, la presunzione di innocenza dovesse dirsi in qualche modo affievolita; semmai – egli replica – è vero il contrario: «perché la sanzione penale possa essere applicata, è necessario che i fatti i quali danno origine alla pretesa punitiva siano positivamente accertati in quanto la condanna di un innocente non ridonda a beneficio di uno Stato autoritario più di quanto ridondi a vantaggio di uno Stato a regime liberale. E che la regola *in dubio pro reo* non abbia a che vedere con determinati presupposti di carattere

⁴⁰ *Ibidem*, 248. Nella *Prefazione* alla II edizione del *Diritto penale* (Palermo, 1950), vale a dire la prima edizione dopo l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, Bettiol ribadirà l’importanza di distinguere la funzione della pena dalla funzione delle misure di sicurezza. Sulla profetica critica bettioliana alle misure di prevenzione, v. S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione e il degrado delle garanzie annunciate da Giuseppe Bettiol*, in ID. (a cura di), *Dallo Stato costituzionale democratico di diritto allo Stato di polizia?*, cit., 117 ss.

⁴¹ G. BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»*, cit., 308-310: «Se è innegabile sul terreno del diritto penale materiale la trasformazione dei rapporti tra lo Stato e l’individuo, altrettanto si deve dire per quanto riguarda il diritto processuale penale. La nuova legislazione processuale penale riflette il mutato clima politico per cui le norme processuali vanno considerate principalmente come norme strumentali per la realizzazione della pretesa punitiva dello Stato nei confronti del reo. È l’intima struttura del processo penale che muta, per cui si va gradatamente verso forme di carattere sempre più inquisitorio nelle quali la posizione dell’imputato verso gli aumentati poteri del giudice viene a perdere parte di quelle garanzie che il liberalismo gli aveva riconosciuto».

⁴² G. BETTIOL, *ult. op. cit.*, 311.

politico lo prova anche il fatto che essa era accolta dalle legislazioni anteriori allo scoppiare della rivoluzione francese e quindi certamente non impregnate di spirito liberale»⁴².

3. Come noto, Bettiol eredita dal maestro Giacomo Delitala⁴³ – che a sua volta aveva recepito sul punto la dottrina di Ernst Beling⁴⁴ – la concezione *analitica* del reato⁴⁵ e, in particolare, la teoria tripar-

⁴³ G. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, recentemente ripubblicato in ristampa anastatica a cura di Gian Paolo Demuro nella *Collana dell'Archivio Giuridico Sassarese “Maestri sardi del Diritto”*, diretta da Giovanni Maria Uda, con presentazione dell'opera a cura di Emilio Dolcini. Nella *Prefazione* alla prima edizione del *Diritto penale* del 1945, Bettiol dirà che «l'opera di Giacomo Delitala sul “fatto” nella teoria generale del reato ha aperto veramente nuove vie all'indagine» (G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., *Prefazione*, 8). Quanto alle opere coeve alla ricerca bettioliana, è altresì ovvio il richiamo a E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato. Contributo alla teoria dell'atto punibile*, Pisa, 1923, *passim*; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, *passim*; nonché il monumentale studio di A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, *passim*, pubblicato per Priulla nella collana diretta da Bettiol; C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, *passim*.

⁴⁴ In G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 132 ss., in realtà, l'Autore distingue in parte l'impostazione di Delitala da quella di Beling: quest'ultimo avrebbe incentrato la sua tripartizione sulla nozione astratta di *Tatbestand* e, poi, di *Leitbild* (quadro dominante o quadro direttivo: cfr. A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, 452 ss., 461 ss., anche in relazione alla critica bettioliana); Delitala, invece, avrebbe propugnato una tripartizione più “realistica”, fondata sul *fatto concreto*, prima ancora che sul *fatto tipico*. Cfr. anche G. BETTIOL, *La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1982, n. 4, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, I, 91 ss.; ID., *Oggettivismo e soggettivismo nell'ambito della nozione del reato*, in *Studi in onore di A.C. Iemolo*, 1962, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, 986; M. RONCO, *L'attualità di Giuseppe Bettiol*, cit., 1167 ss.

⁴⁵ Per Bettiol, tuttavia, i prodromi della concezione analitica del reato dovrebbero rinvenirsi già nella Scuola Classica e, in particolare, nella dicotomia tra *forza fisica* e *forza morale* presente in Carrara (G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 20; ID., *Oggettivismo e soggettivismo*, cit., 990-991, in cui si afferma che la suddivisione del reato in “forza fisica” e “forza morale” rischia di trascurare il vero fulcro dell'illecito penale, vale a dire l'antigiuridicità materiale, che non è una pura dattità naturalistica, bensì assiologico-valutativa). Cfr. anche F. ANTOLISEI, *L'analisi del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, oggi in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, cit., 61. Sulla (parziale) critica al naturalismo di Beling e ai suoi eccessi di analisi, G. BETTIOL, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, cit., 468. V. anche ID., *Oggettivismo e soggettivismo*, cit., 986 ss.

tita che suddivide l'illecito penale nei tre elementi della tipicità, anti-giuridicità e colpevolezza⁴⁶; sul punto, la produzione scientifica di Bettiol è disseminata di riferimenti alla necessità di *analizzare* e suddividere il reato in più versanti separati, contro la concezione unitaria e *sintetica* tipica, ad esempio, dei giuristi nazional-socialisti⁴⁷. Se quest'ultima era il frutto di una forma "neo-romantica" di intuizionismo giuridico – o persino di irrazionalismo – e finiva per annegare il fatto di reato nel tipo d'autore⁴⁸, la teoria analitico-tripartita consentiva, invece, di tenere fermo l'argine tra *reo* e *reato*, e ciò sia in una prospettiva autenticamente liberale, sia nell'ambito di un ordinamento autoritario.

Al contempo, tuttavia, «quando la sottile indagine giuridica e quindi normativa aveva sezionato il reato nei suoi vari elementi e spinta l'indagine logico-formale sino a conseguenze assurde, fu proprio in base a dei criteri naturalistici che si affermò l'inutilità di tali procedimenti e la necessità di considerare il reato nella realtà, ove esso si presenta in veste unitaria»⁴⁹.

⁴⁶ Sulla tripartizione come eredità delitaliana, come noto, è fondamentale lo scritto di G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., 1190 ss.; cfr. anche H.-H. JESCHECK, *Giuseppe Bettiol*, cit., 17 ss. Sulla tripartizione in Bettiol, cfr. l'ampia trattazione in A. VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE, *Primato della persona e realismo metafisico*, cit., 233 ss.

⁴⁷ G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, cit., 388 ss.; cfr. anche ID., *Bene giuridico e reato*, cit., 319. Cfr. anche ID., *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 128 ss.; ID., *Sul reato proprio*, cit., 4 ss. (su buona "astrazione" e cattivo "astrattismo"); A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1961, 12 ss.; ID., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 41 ss.; K. MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlin, 1975, *passim*; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., 1201 ss., 1206 ss.

⁴⁸ Fra tutti, G. DAHM, F. SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933, *passim*. Sul punto, cfr. anche G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, cit., 6 ss.; ID., *Azione e colpevolezza nelle teorie dei "tipi" di autore*, cit., 535 ss., con richiamo *inter alios* di BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, I Teil, Berlin, 1939, *passim*; nonché G. BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei "tipi" di autore*, cit., 542 ss.

⁴⁹ G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, cit., 391. Per la critica alle "deformazioni" dell'azione operate dal naturalismo penale, cfr. G. BETTIOL, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, cit., 469 ss. Per gli eccessi di "analiticità concettuale", tipici del formalismo giuridico-penale, G. BETTIOL, *Ogget-*

A fronte di ciò – mettendo a frutto, anche in questo, l'impostazione scolastica trasmessagli da Olgiati – Bettiol, pur criticando aspramente le teorie unitarie della scuola di Kiel, cerca di smitizzare la rigida contrapposizione tra “analisti” e “unitaristi” del reato, segnalando che «è un bisogno della nostra mente quello di scendere all'analisi dei concetti prima di giungere alla sintesi»⁵⁰. Per tale ragione, *analisi* e *sintesi* sono entrambe momenti imprescindibili della stessa disamina del reato; nondimeno, precisa Bettiol, è pur sempre necessario ribadire la priorità logico-giuridica dell'analisi rispetto alla sintesi⁵¹, contro quelle teorie – per l'appunto, nazional-socialiste – per le quali il crimine doveva anzitutto osservarsi – o meglio *intuirsi*

tivismo e soggettivismo nell'ambito della nozione del reato, cit., 986, con particolare riferimento alla dottrina “tardiva” del *Leitbild* belinghiano (*Studi in onore di R. Frank*, 1930), ritenuta da Bettiol una “involuzione astrattizzante” rispetto al concetto di *Tatbestand* (*Die Lehre vom Verbrechen*, 1906) importato in Italia da Delitala; inoltre, in G. BETTIOL, *ult. op. cit.*, 990, si sfata il mito per il quale le impostazioni unitarie sarebbero tutte irrazionali o irrazionalistiche.

⁵⁰ G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, cit., 391 ss., spec. 393: «Se è vero che il metodo analitico, quando è male applicato, può dare dei cattivi risultati, perché può far perdere la sensazione del tutto nel quale ogni singolo elemento si inserisce e ne viene a far parte, è altrettanto vero che il metodo della considerazione unitaria, se dovesse venire rigorosamente applicato, porterebbe a risultati poco rassicuranti, specie quando si rivolge l'attenzione ad argomenti che presentano confini ben delimitati: tale sarebbe – a nostro avviso – lo studio del reo e quello del reato».

⁵¹ Sulla proposta di una lettura sintetica del reato, *precedente* all'analisi, cfr. F. ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, Milano, 1940, 149, citato in G. BETTIOL, *Sistema e valori del diritto penale*, cit., 494-495: «All'analisi del reato deve quindi – per l'Antolisei – precedere la sintesi, sebbene l'insigne autore non specifichi come il reato possa essere sinteticamente appreso: se si abbia a che fare con una *immediata apprensione intuitiva* o se si tratti di una *sintesi anticipata* per ragioni pratiche alla quale è preceduta l'analisi. Se fosse vera la prima alternativa, anche l'Antolisei sarebbe nella corrente degli irrazionalisti, mentre se è vera la seconda non si può negare la razionalità del suo sistema. A noi sembra che al suo pensiero debba essere data quest'ultima interpretazione, anche perché l'Antolisei non nega la necessità del sistema, ma solo viene a semplificare un sistema che gli sembrava troppo analitico. Il suo non è il metodo della considerazione unitaria del reato basato su premesse emotive, ma è pur sempre una dicotomia (elemento oggettivo – elemento soggettivo) il tradizionale metodo logico-sistematico, sia pure temperato dal riconoscimento di un fattore irrazionale e dalla necessità che il sistema sia *realistico*, orientato cioè verso i concreti valori della vita».

– come un tutto integrale, espressivo della personalità disobbediente del suo autore: non già, ad esempio, il *furto* o la *truffa*, con tutti i loro elementi essenziali di natura oggettiva e soggettiva (sottrazione, impossessamento e fine di profitto; artifici e raggiri, induzione in errore, atto di disposizione patrimoniale, profitto e danno con relativo dolo generico), bensì le figure personologiche del *ladro* o del *truffatore*⁵².

A ben vedere, l'exasperazione dell'unità del reato era frutto di un pensiero intuitivo – o persino irrazionalistico – di tipo diretto e immediato, *non mediato* cioè dallo strumento intellettuale del concetto; le teorie analitiche, di contro, esprimevano ed esprimono tutt'oggi l'esigenza che il delitto venga compreso anzitutto dall'*intelletto*, ossia da una forma di sapere razionale e discorsivo, in quanto – per l'appunto – mediato dal concetto e dal linguaggio.

Peraltro, la tripartizione del reato viene intesa da Bettiol non già come dogma assoluto e per così dire “ontologico”, bensì come un indirizzo puramente *programmatico*⁵³: infatti, l'esistenza degli elementi normativi del fatto⁵⁴ – comunque visti dall'Autore con una certa dif-

⁵² Come noto, sul tipo d'autore è celebre la monografia dell'allievo di Bettiol, A.A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore. Parte I – La tipologia soggettiva della legislazione italiana. Parte II - Tipologia soggettiva e politica criminale moderna*, Padova, 1967, *passim* (spec. 484-489 sulla *Gesinnung*); cfr. anche ID., voce *Tendenza a delinquere*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 86 ss. Sulla figura di Alessandro Calvi (1934-2010), cfr. il recente scritto di E.M. AMBROSETTI, *Dogmatica e politica criminale: attualità del pensiero di Alessandro Alberto Calvi*, in *Ind. pen.*, 2023, 2, 3 ss. Sui rapporti tra recidiva e “colpevolezza per la condotta di vita”, con citazioni da Bettiol, Alessandro Calvi e Giuseppe Zuccalà, v. E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, 241, n. 18. Anche la monografia dell'allievo Giuseppe ZUCCALÀ (1924-2016), *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, *passim*, spec. 6 ss., 35 ss., 208 ss., 248 ss., affronterà ampiamente i rapporti tra un diritto penale del bene giuridico e un diritto penale dell'autore e della pura *Gesinnung*. Cfr., infine, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica. 1961-1983. Contro dogmi ed empirismi*, II ed. con prefazione e appendice di Th. Würtenberger, Milano, 1983, 137 ss.

⁵³ In G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 138.

⁵⁴ Sul punto, H. PLATE, *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker: seine Lehren zur Begriffs und Systembildung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 28 ss.; A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand*, cit., 450 ss., 461 ss.; R. ALAGNA, *Tipicità e*

fidenza, quantomeno fino agli anni '40, poiché a suo dire rispondenti a una «concezione autoritaria del diritto penale»⁵⁵ – e degli elementi soggettivi della antigiuridicità⁵⁶, prodromo del successivo finalismo welzeliano⁵⁷, dimostra come la suddivisione fra i tre versanti del reato non implichi altrettanti “compartimenti stagni” bensì, in certa misura, *vasi* (teorici) *comunicanti*.

«La contrapposizione tra elementi *naturalistici* ed elementi *normativi* della fattispecie su cui tanto si è scritto» – avverte Bettiol – «non ha ragion d'essere, perché ogni momento della fattispecie

riformulazione del reato, Bologna, 2007, 205; A. NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo novecento*, Torino, 2019, 30 ss., in merito al pensiero di Max Ernst Mayer (1875-1923), allievo di Windelband e teorizzatore degli elementi normativi dell'antigiuridicità.

⁵⁵ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 150-151. Analogamente in G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, cit., 395, in cui la presenza di elementi normativi della fattispecie viene ricollegata a un *criterio di giustizia sostanziale*, tipico di ordinamenti autoritari. Per una critica agli “elementi normativi del fatto”, cfr. G. DELITALA, *Il “fatto”*, cit., 119 ss., nonché 34 ss. La critica degli elementi normativi del fatto, ispirata a Bettiol dal suo maestro Delitala, dovrebbe distinguere il teleologismo bettioliano da quello di matrice neokantiana: per quest'ultimo, infatti, proprio la scoperta degli elementi normativi della fattispecie, nonché la stessa concezione normativa della colpevolezza, rappresentavano uno snodo fondamentale per il superamento delle dottrine naturalistico-oggettive (cfr. anche A. BARATTA, *Positivism giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 61 ss., 83 ss., con rinvio a Thierfelder, *Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage*, Tübingen, 1934 in merito al «confluire dell'indirizzo “normativistico” in quello teleologico»). Sulla colpevolezza normativa come prodromo della teoria finalistica welzeliana, A. BARATTA, *ult. op. cit.*, 88 ss., con rinvio a M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950, 69.

⁵⁶ A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand*, cit., 450 ss. (anche con riferimento al passaggio dagli elementi subbiettivi dell'antigiuridicità agli elementi subbiettivi dell'illecito), 461 ss. Cfr. A. BARATTA, *Positivism giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 76 ss.; A. MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960, 83 ss.; A. NISCO, *op. cit.*, 63 ss. (con particolare riferimento al pensiero di Hegler e Mayer). Per una critica agli “elementi soggettivi del fatto”, cfr. G. DELITALA, *Il “fatto”*, cit., 125 ss. In merito ai rapporti tra momento oggettivo e momento soggettivo nell'antigiuridicità, cfr. A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, *passim*, spec. 14 ss., 73 ss. (opera pubblicata nella collana diretta da Giuseppe Bettiol, per i tipi di Priulla editore).

⁵⁷ Cfr. A. BARATTA, *Positivism giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 89.

(quando questa sia stata fissata) è normativo nel senso che è sempre frutto di una valutazione giudiziale e non di un semplice accertamento sulla base di una legge naturale. [...] E se ciò è vero, cade anche la tradizionale affermazione che la presenza di *elementi normativi* in una fattispecie faccia venir meno la distinzione tra tipicità e antigiuridicità risolvendosi il primo giudizio di valutazione nel secondo. Ciò è dovuto all'equivoco di una identificazione tra *fatto materiale* e *fattispecie*. La fattispecie è nel giudizio, il fatto nella esperienza sensibile: il giudizio di tipicità (logicamente il *prius* in tutto) serve a separare ciò che interessa da ciò che non interessa il magistero punitivo, ma non ancora a determinare il carattere lesivo del fatto compiuto anche là dove la dottrina tradizionale individuava i famosi “elementi normativi del fatto”»⁵⁸.

La vera innovazione che Bettiol intende introdurre rispetto al paradigma belinghiano-delitaliano è, come noto, il concetto di *antigiuridicità materiale*⁵⁹, contrapposta all'antigiuridicità puramente formale postulata dal suo maestro dell'Università Cattolica⁶⁰: qui subentra, per il penalista friulano, la centralità del concetto di *bene giuridico* nell'economia del fatto penalmente rilevante, nonché la celebre prospettiva *teleologica* dei “valori” propugnata da Bettiol sin

⁵⁸ G. BETTIOL, *Oggettivismo e soggettivismo*, cit., 992-993. Analogamente in M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 64.

⁵⁹ Cfr. A. VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE, *Primato della persona e realismo metafisico*, cit., 238 ss. Per una parziale critica alla tesi di Bettiol sulla antigiuridicità materiale, cfr. L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, 1954, 115 ss. Sull'antigiuridicità in generale, nelle opere coeve al Bettiol, B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità, passim*; A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, cit., *passim*, spec. 32 ss., 136 ss. (sull'antigiuridicità materiale), R. DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 542 ss., nonché S. MESSINA, *L'antigiuridicità nella teoria del reato*, Spoleto, 1942. Cfr. anche Art. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano, 1913, 476 ss.

⁶⁰ In G. DELITALA, *Il “fatto”*, cit., 16 ss., 26 ss., spec. 28, l'Autore aveva criticato la tesi dell'antigiuridicità come lesione del bene giuridico, identificando la *Rechtswidrigkeit* con la lesione del diritto oggettivo. In Bettiol, ovviamente, l'antigiuridicità materiale è da intendersi come *anche* – e non *solo* – materiale, nel senso che la stessa postula, anzitutto, un'antigiuridicità formale (cioè “legale”), senza la quale verrebbe contraddetto lo stesso principio di legalità. Per una critica al concetto di antigiuridicità meramente formale, cfr. F. ANTOLISEI, *L'analisi del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, 539 ss.

dagli esordi⁶¹, in costante contrappunto con la dottrina tedesca del tempo di matrice sia *neo-kantiana* sia *neo-hegeliana*⁶², attraversata dal rapido «passaggio da una concezione formale avalutativa ad una concezione materiale e normativa della fattispecie penale»⁶³.

L'importanza del bene giuridico nella ricostruzione teleologica del reato, peraltro, non sarà solo un tema strettamente bettioliano, ma sarà oggetto di alcune ricerche condotte dai suoi allievi negli anni '60 e '70 del secolo scorso: si pensi allo studio su *La tutela penale della condanna civile* (1960) di Alfredo MOLARI (1928-2022), tema di parte speciale apparentemente marginale – sostanzialmente, l'analisi del delitto *ex art.* 388 c.p. – il quale, tuttavia, consente al suo autore di svolgere numerosi approfondimenti di parte generale sull'antigiu-

⁶¹ Cfr. A. PAGLIARO, *Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 31 ss. In M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, I, Milano, 2024, 442 ss., vengono segnalati tre profili decisivi del pensiero bettioliano, in contrasto con il tecnicismo e il positivismo agnostico: «La scoperta dell'importanza della politica nella questione penale, il ruolo decisivo della filosofia e dei valori, e alla stregua di ciò l'umanizzazione del diritto». V. anche A. VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE, *Primato della persona e realismo metafisico*, cit., 111 ss.

⁶² Si pensi, fra tutti, allo studio “teleologico” di K. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, Leipzig, 1927, *passim*, che poi – come noto – rappresenterà la fucina in cui nacque la dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento di Claus Roxin e dei suoi seguaci.

⁶³ A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 61; nonché 91, ove si mette in luce «il parallelismo che lega la direzione della dottrina materiale dell'antigiuridicità e quella della dottrina normativa della colpevolezza (della quale la teoria finalistica della colpevolezza è la prosecuzione più radicale), in una comune tendenza verso il “superamento del dato legale oggettivo attraverso una valutazione che lo integra e lo supera”» (con rinvio a M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica*, cit., 68, n. 5). Sulle critiche “teleologiche” al sistema belinghiano, si rinvia ad A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand*, cit., 461 ss., nonché H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1957, *passim*; G. RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, in *Festgabe für Reinhard von Frank*, 1930, rist. 1969, 159 ss. Cfr. anche P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 38 ss.; A. NISCO, *op. cit.*, 53 ss. Teleologismo e concezioni normative furono a lungo alleati: si pensi allo studio teleologico del bene giuridico e alla concezione normativa della colpevolezza, connessa al problema della inesigibilità (cfr. l'opera coeva a Bettiol di L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, 1948, *passim*; nonché A. NISCO, *op. cit.*, 71 ss., 77 ss.).

ridicità e la colpevolezza⁶⁴ e, in particolar modo, sui rapporti tra bene protetto e *ratio* di politica criminale⁶⁵; allo studio di Giuseppe ZUCCALÀ (1924-2016) sulla “fedeltà” come bene giuridico tutelato dal diritto penale, dell’anno 1961⁶⁶; al *Saggio sull’oggetto giuridico del reato* (1978) di Giorgio GREGORI⁶⁷; allo studio sul bene giuridico dell’onore nei «diversi tipi di ordinamento» (1979) di Emanuele FRAGASSO jr.⁶⁸; e infine alla monografia di Loretta DURIGATO, *Rilievo sul reato plurioffensivo* del 1972⁶⁹.

4. Negli anni '30 e '40 del secolo scorso, la produzione scientifica di Bettiol è dedicata, in gran parte, allo studio e alla critica delle correnti di pensiero che, per vari decenni, erano state dominanti in Germania e in Italia, ossia la c.d. “giurisprudenza dei concetti” e la c.d. “giurisprudenza degli interessi”.

A giudizio dell’Autore, la *giurisprudenza dei concetti* aveva il difetto di esasperare oltremodo l’antigiuridicità in senso logico-formale⁷⁰, con il rischio di isolare la figura del reato dalla realtà sociale di riferimento: «Il diritto non è solo sistema», replica Bettiol, «non è

⁶⁴ A. MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, cit., *passim*, spec. 77 ss., 86 ss.

⁶⁵ *Ibidem*, 174 ss. 250-251, 307 ss.

⁶⁶ G. ZUCCALÀ, *L’infedeltà nel diritto penale*, cit., *passim*.

⁶⁷ G. GREGORI, *Saggio sull’oggetto giuridico del reato*, Padova, 1978, *passim*.

⁶⁸ E. FRAGASSO, *La diffamazione in relazione ai diversi tipi di ordinamento*, in *Tutela dell’onore e mezzi di comunicazione di massa*, Atti del Convegno giuridico “Informazione Diffamazione Risarcimento” promosso dal Centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei, Milano, 1979, 79 ss. Nello stesso volume e in *subiecta materia*, si segnala il saggio dell’allievo P. LONGO, *La valutazione del danno nel reato di diffamazione*, *ibidem*, 90 ss.

⁶⁹ L. DURIGATO, *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Padova, 1972, *passim*.

⁷⁰ Cfr. T. WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965, 17 ss.; sulla genesi della “giurisprudenza dei concetti” a partire da un approccio naturalistico al diritto, cfr. G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 58-59. Sul concettualismo di Francesco Carnelutti, v. ID., *Il positivismo di Francesco Carnelutti*, in *Arch. pen.*, 1948, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, 730 ss., nonché ID., *Oggettivismo e soggettivismo*, cit., 986. Sulla crisi del positivismo e del formalismo giuridico, con riferimento agli effetti nella materia penale, cfr. A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., *passim*.

solo forma, non è solo ordine estrinseco, perché esso ha un ordine ed una finalità anche in relazione al contenuto. [...] Si corre poi il pericolo di scambiare le categorie che, secondo alcuni, rendono possibile l'esperienza giuridica, con l'oggetto dell'esperienza stessa: e a tanto si arriva quando le esigenze della logica formale vengono a svuotare la formula giuridica di ogni dato di esperienza»⁷¹.

Al contempo, la *giurisprudenza degli interessi*⁷² – pur nella doverosa critica alla *Begriffsjurisprudenz* – finiva per approdare a forme di utilitarismo e di materialismo penali⁷³, postulando che l'esperienza giuridica si riduca solo e sempre a mero scontro di interessi, bisognosi in ogni momento di essere bilanciati fra loro in senso quasi “economico”.

A fronte delle aporie e dei limiti caratterizzanti la *Begriffsjurisprudenz* e la *Interessenjurisprudenz*, Bettiol propone una nuova forma di *giurisprudenza dei valori*⁷⁴ come una sorta di terza via teleo-

⁷¹ In G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 34. È interessante osservare come Bettiol riconduca il tecnicismo giuridico di Arturo Rocco, Vincenzo Manzini, Eduardo Massari e Ottorino Vannini a una forma “moderata” di concettualismo, nella misura in cui gli stessi, pur ereditando dalla “giurisprudenza dei concetti” il giusto «slancio verso il sistema», mantengono pur sempre fermo un ancoraggio alla realtà, soprattutto attraverso la nozione sostanziale di “bene giuridico” (*ibidem*, 35).

⁷² Cfr. K. ENGISCH, *Interessenjurisprudenz und Strafrecht*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, vol. 25, no. 1, 1934, 65-86; G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, cit., 388; ID., *Sui recenti orientamenti metodologici*, cit., 482 ss.

⁷³ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 39; ID., *Sistema e valori del diritto penale*, cit., 499. Contro l'utilitarismo penale, frutto perlopiù del contrattualismo politico, cfr. ID., *Il problema penale*, Trieste, 1945, 16-17, 67; nonché ID., *Sistema e valori del diritto penale*, cit., 497. V. anche A. VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE, *Teleologismo penale, metafisica e diritto naturale. Un'analisi comparata dei presupposti filosofici della scienza penale di Welzel e Bettiol*, in *Leg. pen.*, 18 luglio 2023, 2.

⁷⁴ Sul diritto come “valore” in Bettiol, S. RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”. Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, 2005, 23 ss. Sugli indirizzi teleologici di ispirazione kantiana, R. TREVES, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1933, 545 ss.; F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, cit., 410 ss.; L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, 62 ss., 77 ss.; K. LARENZ, *Rechts und*

logica, parzialmente ispirata alle riflessioni dei neokantiani della c.d. “Scuola sud-occidentale” o “Scuola di Baden”⁷⁵ e, in parte, al teleologismo razionale di Erich SCHWINGE (1903-1994)⁷⁶.

Staatphilosophie der Gegenwart, Berlin, 1931, 35 ss.; ID., *Methodenlehre der Wissenschaft*, tr. it. *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, 132 ss.

⁷⁵ Cfr. G. BETTIOL, *Sistema e valori del diritto penale*, cit., 491 ss. e 493: «È stato affermato come una concezione teleologica del diritto penale non possa partire da premesse kantiane, dato che la teleologia guarda al contenuto (bene giuridico) del reato. A parte, però, la questione circa la necessaria dipendenza della teleologia da premesse gnoseologiche kantiane, bisogna riconoscere che storicamente la corrente metodologica è proprio un portato della scuola sud-occidentale. Basti pensare al classico lavoro dello Schwinge [*Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Bonn, 1930]. Solo i neokantiani alla Kelsen che hanno ridotto il contenuto del diritto alla sua forma si trovano in un contrasto irriducibile con coloro che nel campo penale hanno fatto del bene giuridico la pietra angolare del sistema». Sui rapporti tra neokantismo e scienza penale, si rinvia all'interessante opera di A. NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale*, cit., 2019, *passim*, spec. 146 ss., 151 ss., 204-223; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, cit., Milano, 2004, 24 ss.; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 10, n. 3 e 14, n. 7. Cfr. anche F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 28 ss.; F. FORZATI, *L'illecito personologico fra destrutturazione del Tatstrafrecht e affermazione del Täterprinzip. Soggettivizzazione del reato e crisi della materialità penale nel XIX e XX secolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2013 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, 1992, Napoli, 68 ss., 77 ss.; M. PORZIO, *Problemi metodologici nella interpretazione del diritto penale*, Napoli, 1961, spec. 59-94 T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, Padova, 2013, *passim*; nonché M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 430 ss. (con numerosi riferimenti bibliografici) e, più risalente ma tutt'oggi fondamentale, A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., *passim*, spec. 48 ss. e 95 ss.

⁷⁶ Cfr. G. BETTIOL, *Sui recenti orientamenti metodologici*, cit., 479 ss., in cui Bettiol riconosce a Schwinge il merito di avere «contribuito a una vivificazione della dogmatica giuridica in un momento di esasperante positivismo logicizzante». Segnaliamo anche l'eco del penalista Max GRÜNHUT (1893-1964) il quale, ispirandosi al neokantismo della Scuola del Baden, aveva affermato che «la valutazione del comportamento umano attraverso il riferimento ai valori espressi nelle formali determinazioni legislative è un necessario completamento della sua spiegazione empirico-causale» (M. GRÜNHUT, *Zur Frankfurter Tagung der I.K.V.*, in *ZStW*, 52, 1932, 776). Sul peculiare teleologismo penale di Grünhut come superamento sia del positivismo formalistico, sia del naturalismo lisztiano, cfr. A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 108 ss.

Nella prolusione patavina del 1943, il progetto teleologico bettioliano viene così descritto: «Ormai la *teleologia* [...] ha fatto sentire in questi ultimi tempi il suo potente influsso con il richiamo ai valori tutelati e quindi alla realtà etico-sociale. Ed il criterio teleologico poi si presenta come un superamento tanto della pura logica dell'intelletto quanto di quella dell'interesse, perché indaga sulla "funzione" degli istituti penalistici ricollegandoli ai "valori" tutelati, a quei valori caratteristici e precipui che danno tono e rilievo al diritto penale»⁷⁷.

A giudizio di Bettiol, la crisi del metodo strettamente logico-formale dovrebbe, fra l'altro, imputarsi ad una malintesa relazione tra *diritto e politica*⁷⁸: «La crisi, invero, cominciò a manifestarsi quando si ripresero in esame i rapporti tra diritto e politica e quando ci si accorse che un sistema di diritto pubblico (particolarmente costituzionale) dal quale ogni valutazione politica fosse bandita non poteva considerarsi adeguato alla ricca realtà politica del momento storico. Dal campo del diritto pubblico a quello del diritto penale il passo è breve, specie quando si consideri che il diritto penale è per primo chiamato a tutelare il nuovo ordine di cose instaurato da una rivoluzione. [...] La crisi è quindi scoppiata sul terreno metodologico nel tentativo di riformare i criteri necessari alla formazione dei concetti giuridici onde imporre agli stessi un senso più aderente alla realtà sociale e politica del momento»⁷⁹.

⁷⁷ G. BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, cit., 604.

⁷⁸ Sul punto, cfr. la prolusione napoletana di B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano*, cit., 8-13; T. DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, cit., 161 ss.; G. BETTIOL, *La riforma del codice penale italiano*, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, 1013 ss. Nonché la recensione (critica) di Antolisei al testo di F. SCHAFFSTEIN, *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hamburg, 1934, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 815. Cfr., fra gli studi di scuola padovana, anche la monografia dell'allieva L. DURIGATO, *L'art. 294 c.p.: un'ipotesi di tutela del diritto politico*, Padova, 1983, *passim*, nonché l'opera S. PANAGIA, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova, 1980, 87 ss.

⁷⁹ G. BETTIOL, *Sui recenti orientamenti penalistici in Italia*, cit., 594. Cfr. la critica di Marcello Gallo alla giurisprudenza dei concetti: «La costruzione di un concetto unitario di più fatti giuridici può avvenire soltanto attraverso un procedimento induttivo, rigorosamente controllato. La tentazione di sostituire all'induzione la deduzione, di ricavare, cioè, da un concetto una norma o un pezzo di norma, costituisce il peccato capitale che tante critiche ha valse alla *Begriffsjurisprudenz*» (M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., 15).

Se, dunque, il trapasso dalla giurisprudenza dei concetti a quella degli interessi sembrava uno snodo necessario, al fine di superare le aporie del concettualismo formale e di dare finalmente ingresso al teleologismo nella dottrina giuridica⁸⁰, Bettiol non ritiene, per ciò solo, di aderire all'indirizzo della *Interessenjurisprudenz*⁸¹, accusata di esasperare – perlopiù in chiave utilitaristica e materialistica⁸² – l'elemento del conflitto di pretese e di interessi, fattore sì presente nell'esperienza giuridica ma non quale dato essenziale, fondativo e imprescindibile⁸³. Afferma, sul punto, l'Autore: «La giurisprudenza degli interessi, sebbene sia partita dal presupposto che il giudice debba pur sempre obbedienza al legislatore per seguire i criteri che hanno informato l'opera di questi, viene in ultima analisi a incrociarsi con le correnti del *diritto libero*, perché non sa offrire un criterio saldo per procedere alla valutazione e al bilanciamento degli interessi contrastanti, quando il criterio di misura del valore sembra non si lasci desumere dalla norma giuridica»⁸⁴.

⁸⁰ A. BARATTA, *Positivismo giuridico*, cit., 94; H. STOLL, *Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz*, in *Festgabe für P. Heck, M. Rümelin*, A.B. Schmidt, Tübingen, 1931, *passim*.

⁸¹ Per la tesi secondo la quale l'indirizzo teleologico di Bettiol non sarebbe altro che una “variante” della giurisprudenza degli interessi, cfr. B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, 15 ss.

⁸² A. PAGLIARO, *Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, cit., 32 ss. Si veda anche analoga critica nello studio dell'allievo di Bettiol, S. SICILIANO, *L'omicidio: studio su un'indagine criminologica condotta in Danimarca*, Padova, 1965, 55-56.

⁸³ Cfr. G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 60 ss., in cui l'Autore pondera altresì dialetticamente “pregi” e “difetti” sia della giurisprudenza dei concetti, sia della giurisprudenza degli interessi. Tra *Begriffsjurisprudenz* e *Interessenjurisprudenz*, tuttavia, Bettiol ritiene che la prima sia, «in linea di principio, [...] quella che storicamente più si adatta alle esigenze del nostro sistema legislativo». Cfr. anche B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, cit., 14. Sul collegamento tra giurisprudenza degli interessi e pensiero teleologico del “secondo Jhering”, M.G. LOSANO, *Introduzione a R. von JHERING, Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, LXIV ss.

⁸⁴ G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, cit., 336. Sul “diritto libero”, cfr. anche ID., *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 77-78: «Non bisogna, però, credere che in questo processo il giudice sia lasciato completamente libero nell'ambito del nostro ordinamento giuridico [...]. La teleologia del giudice non è lasciata libera a se stessa, ma è frenata da opportune disposizioni, e così viene posto un ostacolo all'ir-

Come mostra Bettiol anche nel *Diritto penale* del 1945, la giurisprudenza degli interessi era nata, nel diritto civile, con particolare riferimento alla necessità di un bilanciamento tra le pretese del creditore e le obbligazioni del debitore: in ciò, la *Interessenjurisprudenz* riteneva che tale dialettica non potesse essere risolta sul piano puramente formale e astratto – come pretendevano, invece, i “concettualisti” – ma solo analizzando, materialmente e caso per caso, la concreta relazione tra il singolo creditore e il singolo debitore⁸⁵.

Se tale impostazione poteva avere un certo accoglimento all’interno del diritto privato delle *obbligazioni*⁸⁶, essa non può essere importata di peso nella materia criminale⁸⁷, sia perché la gran parte dei

rompere della giurisprudenza del diritto “libero”, di quella concezione per la quale, quando il giudice non sembra più guidato dal legislatore, si ritiene che possa fare diretto e immediato appello alle fonti sostanziali del diritto penale o alla propria coscienza giuridica. L’attività del giudice non si presenta, quindi, come un’attività creativa, originaria anche ammettendo che essa sia influenzata da elementi emozionali»; nonché K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1960, 59 ss.; G. BETTIOL, *Sulla consuetudine penale*, in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, 896; A. BARATTA, *Positivismismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 39. Cfr. anche, in chiave critica, B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano*, cit., 18 ss. Sul collegamento tra giurisprudenza degli interessi e pensiero teleologico del “secondo Jhering”, M.G. LOSANO, *Introduzione a R. von JHERING, Lo scopo nel diritto*, cit., LXIV ss.

⁸⁵ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 38; Bettiol collega alla giurisprudenza degli interessi il pensiero penalistico di Leopold ZIMMERL (1899-1945), autore di *Aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen, 1930, e di *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda*, Berlin, 1931, nonché – ma con alcuni caveat – la dottrina penale della Scuola Positiva. Zimmerl è altresì citato in G. BETTIOL, *Sui recenti orientamenti metodologici*, cit., 479 ss., quale fautore di un diritto penale metodologicamente incentrato sulla prospettiva *de lege ferenda* e finalizzato a conciliare “concetti” e “interessi”; cfr. anche lo studio dell’allievo A.A. CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970, 88.

⁸⁶ Cfr. G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 62. In D. PASINI, *Saggio sul Jhering*, Milano, 1959, 77-78, si ipotizza che le antiche radici della giurisprudenza degli interessi risalirebbero all’idea dello scopo (*Zweckgedanke*) sviluppata in R. von JHERING, *Der Zweck im Recht* (I ed. 1877), tr. it. *Lo scopo nel diritto* a cura di Mario G. Losano, Torino, 1972, in contrasto con gli eccessi di formalismo tipici dell’ultima Scuola storica. Cfr. anche A. PAGLIARO, *Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, cit., 32.

⁸⁷ Una parallela e ricorrente critica di Bettiol è quella contro la tesi pancivileistica della importazione, nella materia penale, di concetti tipici del diritto civile come, ad esempio, la “legittimazione”, tesi espressa soprattutto in F. CARNELUTTI,

concetti penali non postula un conflitto di interessi da bilanciare – tantomeno in sede interpretativa o applicativa, ma semmai solo in quella legislativa –, sia perché tale bilanciamento richiede pur sempre criteri assiologico-valutativi che la *Interessenjurisprudenz* non si è mai peritata di delucidare e, probabilmente, non sarebbe mai stata in grado di esplicitare, per l'assenza – nella stessa – di una vera “bus-sola assiologica” che andasse oltre il mero utilitarismo e materialialismo dell'ofelimità marginale⁸⁸.

Quanto al primo aspetto, Bettiol osserva che non sempre le norme – anche quelle penali – hanno l'immediato fine di dirimere conflitti, in una sorta di visione *teratologica* o patologica del diritto, ben potendo le stesse avere una funzione, per così dire, fisiologica e propulsiva⁸⁹. D'altro canto, «voler considerare sempre il diritto sotto il profilo del conflitto di interessi significa offrire del diritto una visione ristretta, utilitaristica, edonistica e in stretto legame con l'individualismo delle tramontate legislazioni, non una visione nella quale il diritto si mostri quale supremo regolatore di tutta la vita della nazione, che non è solo la risultante di interessi economici contrastanti tra di loro, ma è permeata di valori e di idealità religiose, etiche, politiche le quali non possono ridursi al *denominatore* di interesse, ma sono piuttosto criteri superiori di *valutazione* degli interessi individuali e sociali. [...] Ciò particolarmente deve essere affermato per il diritto penale, il quale non è solo uno *strumento tecnico* al servizio di un criterio di profilassi sociale come vorrebbero i positivisti, ma è *assertore e vindice di un supremo criterio di eticità* che considera l'uomo come un essere libero, come una persona che a cagione di una colpa si *merita* una pena»⁹⁰.

Teoria generale del reato, Padova, 1933, *passim*; cfr. sul punto la prolusione patavina del 1943: G. BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, cit., 604 ss. (con rinvio anche alle coeve opere di G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942; A. MORO, *La subiettivazione della norma penale*, Bari, 1942; L. SCARANO, *I rapporti di diritto penale*, Milano, 1942; A. REGINA, *La norma penale e la tutela degli interessi privati*, Bari, 1942). Cfr. anche G. BETTIOL, *Il positivismo di Francesco Carnelutti*, cit., 730 ss.

⁸⁸ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 39-40.

⁸⁹ G. BETTIOL, *Sui recenti orientamenti metodologici*, cit., 482.

⁹⁰ *Ibidem*, 482-483; a pag. 484 Bettiol osserva come anche i “nuovi” orientamenti penalistici della Germania nazional-socialista facciano riferimento all'impor-

Inoltre, come osservato sin dal *Diritto penale* del 1945, pur quando si riconoscesse che il conflitto tra interessi o tra pretese costituisca un momento fondamentale dell'esperienza penalistica, risulterebbe comunque criticabile la pretesa di affidare *capillarmente* al giurista stesso o al magistrato giudicante – e non già, invece, al legislatore positivo – il compito di sanare immediatamente le possibili contraddizioni in seno al diritto positivo: «C'è anzitutto da avvertire come, in tal modo, il giurista venga a prendere il posto del legislatore. Se è vero che spesso è necessario che il penalista debba occuparsi di problemi *de lege ferenda*, [...] è altrettanto vero che primo compito del giurista è la conoscenza del diritto penale vigente, sia esso perfetto o si presenti con lacune, manchevolezze contraddizioni. Credere alla possibilità di un codice privo di contraddizioni è un'utopia, non perché il diritto (come l'Antolisei vorrebbe⁹¹) sia per natura sua *alogico*⁹² (ciò che nella sostanza non può essere, perché il diritto è pur sempre ordinamento di ragione), ma perché esso deve scendere a patti con la realtà sociale, deve mercanteggiare opposte tendenze, cercare di uscire con delle transazioni da situazioni storiche spesso molto delicate. E così avviene come in seno ad una legislazione si trovino delle disposizioni che cozzano tra di loro senza

tanza di un principio *etico* sottostante alla materia del delitto; ma si tratta – obietta l'Autore – di una *pseudo-etica* di matrice naturalistica, materialistica, edonistica e dunque irrazionale, nulla a che vedere con l'etica al contempo razionale e spirituale di matrice cattolica alla quale egli aderisce.

⁹¹ In G. BETTIOL, *Sui recenti orientamenti metodologici*, cit., 485-487, Bettiol interpreta in maniera moderata la tesi antoliseiana del “diritto alogico”, mostrando come non si tratti affatto di una forma di irrazionalismo, ma solo di un atteggiamento problematico rispetto agli eccessi di logicismo formale. Ciò che Bettiol non condivide di Antolisei è un'eccessiva accentuazione dell'aspetto *politico* del diritto, senza tuttavia imputargli una concezione irrazionale della materia penale.

⁹² In G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 40 ss., l'Autore precisa che la via di uscita alle aporie della giurisprudenza dei concetti e della giurisprudenza degli interessi non può essere l'approdo all'irrazionalismo giuridico, tipico di una certa contemporaneità, e illustra le ragioni di una tale esclusione. Ancora attuali appaiono le critiche bettioliane a un certo emotivismo o “esistenzialismo” tipico del diritto penale alogico o irrazionale. Cfr. anche G. BETTIOL, *Scritti giuridici. Le tre ultime lezioni brasiliane*, cit., 7; ID., *Sui recenti orientamenti metodologici*, cit., 484 ss.; *funditus* in ID., *Il problema penale*, cit., 22 ss.

Sui rapporti tra esistenzialismo filosofico e diritto penale, cfr. G. BETTIOL,

che sia possibile una composizione nel quadro di un sistema pacificatore»⁹³.

In definitiva, nella disputa tra giurisprudenza dei *concetti* e giurisprudenza degli *interessi*, Bettiol rimprovera alla prima un eccesso di “formalismo astratto” e una inaccettabile lontananza dalla concretezza del reale; nondimeno, imputa alla seconda una esasperata concretezza e dialetticità storica, come tale priva di “sistema”, nonché una potenziale deriva utilitaristica e materialistica. Nel primo caso, il diritto penale verrebbe “ingessato” all’interno di categorie logiche prive di contenuto; nel secondo, enfatizzando oltremodo il dato degli interessi e del loro conflitto, si rischierebbe di smarrire la stabilità dei concetti e dei principi generali, pur sempre necessari alla costruzione di un sistema penale.

Tra l’astrattezza di una logica puramente formale e – all’opposto – il rischio di un irrazionalismo empiristico, di un diritto penale alogico o puramente “storicistico”, il penalista friulano intende dunque proporre una sorta di *terza via* metodologica ed epistemologica, ossia quella del c.d. “concetto concreto”⁹⁴ o della “logica concreta”, la quale, «mentre rispetta tutte le esigenze della logica tradizionale, ar-

Scritti giuridici. Le tre ultime lezioni brasiliane, cit., 17; ID., *Dal positivismo giuridico alle nuove concezioni del diritto*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, 859; ID., *Indirizzi metodici nella scienza del diritto penale*, in *Giur. it.*, 1947, disp. 9, parte IV, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, 720 ss. T. WÜRTEMBERGER, *op. cit.*, 34 ss.; S. PANAGIA, *Per la morte di Giuseppe Bettiol*, in *Rass. giust. mil.*, 1982, 555; F. PALAZZO, *Bettiol, Giuseppe. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto* (2012), in www.treccani.it.

In merito alla dialettica tra concettualismo e irrazionalismo, G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, cit., 2; sul carattere parzialmente “alogico” del diritto penale, F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, n. 2, oggi in *Scritti di diritto penale*, cit., 16 ss. Infine, G. BETTIOL, *Verso un nuovo romanticismo giuridico*, cit., 243 ss.; G. BETTIOL, *Sui recenti orientamenti penalistici in Italia*, cit., 594 ss. Cfr. anche A. VERNACOTOLA GUALTIERI D’OCRE, *Primato della persona e realismo metafisico*, cit., 26.

⁹³ In G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 40.

⁹⁴ Cfr. M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 9 ss. Alla dialettica giuridica tra *astratto* e *concreto* verrà dedicata una singolare monografia di Luciano Pettoello Mantovani, dalla lettura non sempre facile (L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica*, Palermo, 1961; ID., *Il valore problematico della scienza penalistica*, cit., 1983).

ricchisce questa di tutti i valori propri dell'oggetto dell'indagine giuridica. È una logica» – soggiunge l'Autore – «che non si muove alla periferia delle cose, ma penetra nel cuore delle stesse [...] In una concezione teleologica del diritto penale, non si può prescindere dal "concetto", e quindi dalla logica. [...] Ma la logica di cui questo metodo si serve è una teleologica, una logica contenutistica, una *logica concreta*, tutta aderente alla realtà morale e sociale del diritto penale, la quale non spazia quindi nei regni dell'astrazione generalizzatrice, ma si tiene legata ai *giudizi di valore* che possono venir formulati intorno alle nozioni dei singoli reati»⁹⁵.

5. A fronte dell'articolata critica alla giurisprudenza dei concetti da un lato, e alla giurisprudenza degli interessi dall'altro, Bettiol propugna dunque, fin dagli anni '30, una *interpretazione teleologica*⁹⁶

⁹⁵ G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 19 ss., 28, 69. Cfr. ID., *Sui recenti orientamenti metodologici*, cit., 480; ID., *Indirizzi metodici*, cit., 721; ID., *Sistema e valori del diritto penale*, cit., 491 ss.: «Il sistema può essere di *logica formale* come nelle deduzioni da concetti precedenti e nelle *classificazioni* per genere e specie degli stessi; o può essere frutto di una attività *logica concreta* nell'ipotesi di una distinzione concettuale per *categorie* o per *materia* o in quella operata sulla base di un criterio *teleologico*» (corsivi originali). Cfr. anche A. VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE, *Sui fondamenti del pensiero giuspenalistico di Giuseppe Bettiol*, in S. RIONDATO (a cura di), *Dallo Stato costituzionale democratico di diritto allo Stato di polizia?*, cit., 197 ss.; A. VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE, *Teoria del reato e scienza penale nella dottrina di Giuseppe Bettiol*, cit., 351 ss., spec. 376 ss.

⁹⁶ Sui rapporti tra teleologismo bettioliano e finalismo welzeliano, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato*, cit., 16 ss. (nonché ID., *Il valore problematico*, cit., 53 ss.); G. DANNERT, *Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik*, in *Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien*, Band 47, Göttingen, 1963, 65 ss. (recensito da Porzio in *Arch. pen.*, 1964, I, 44); A. PAGLIARO, *Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, cit., 31 ss.; e, di recente, l'ampio saggio di A. VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE, *Teleologismo penale, metafisica e diritto naturale*, cit., *passim*, spec. 16 e ss., ove si evidenzia come, mentre in Welzel il dato primigenio è la natura finalistica dell'azione (e, dunque, i rapporti tra colpevolezza e fatto tipico), in Bettiol assuma maggiore centralità il fine inteso come valore e, dunque, come bene giuridico oggettivo (cfr. l'antigiuridicità in senso materiale); G. RODRIGUEZ MOURULLO, *El teleologismo valorativo de Bettiol y el finalismo de Welzel*, in *Boletín de la Universidad Compostelana*, 1965-66; nonché ci sia consentito il rinvio a G. CIVELLO, *Le radici giusnaturalistiche del pensiero welzeliano. La dissertazione Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs del 1728*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 79-98. In G. BETTIOL, *Rilievi*

espressiva di una giurisprudenza dei *valori*: «Sarà questa interpretazione teleologica o finalistica che potrà permettere nel campo penale un superamento del formalismo logico, piuttosto che l'interpretazione secondo i canoni della giurisprudenza degli interessi, perché questa – sebbene abbia punti di contatto con la prima – viene in certo qual modo a limitare la funzione del diritto, a materializzare il concetto di bene giuridico e ad aprire in ultima analisi la strada alle correnti del diritto libero»⁹⁷.

Nello scritto *Sul metodo della considerazione unitaria del reato* del 1938, Bettiol esprime molto chiaramente il proprio pensiero: «La mentalità liberale si è quindi riflessa in certe degenerazioni del metodo logico-formale, non nel metodo stesso quando esso sia *corretto da un'impostazione teleologica dei concetti*»⁹⁸; ancora, nella *Prefazione al Diritto penale* del 1945 si leggerà: «È per questo motivo che ho cercato di dare una impostazione teleologica ai concetti penali onde ancorarli alla realtà della vita dopo di averli tolti dall'*aer perso* di una scialba considerazione formalistica»⁹⁹.

È proprio la tensione teleologica del diritto penale verso la tutela dei valori/beni giuridici a rendere centrale l'antigiuridicità – *materiale*, si intende in Bettiol – rispetto al fatto tipico e alla colpevo-

metodologici sul concetto di azione, cit., 473, seppur sinteticamente, l'Autore tratteggia i suoi rapporti di condivisione e di dissenso rispetto alla concezione welzeliana dell'azione penalmente rilevante: «Il Welzel, invero, ha avvertito come sulla base della concezione naturalistica non si possano interpretare molte fattispecie delittuose nelle quali il lato esterno dell'azione – diretto alla causazione di un evento – può esser inteso solo in relazione a un determinato fine che l'agente si era prefisso di realizzare. Sarebbero questi i casi a proposito dei quali noi parliamo della presenza di un dolo specifico nella mente dell'autore, mancando il reato non può sorgere nemmeno nella forma del reato colposo. Constatazione, questa, che porta il Welzel a identificare il dolo con l'antigiuridicità, mentre si tratta solo di una subordinazione della illiceità alla colpevolezza o meglio di una impossibilità di separare tra di loro i due elementi del reato». Su Welzel, cfr. anche le riflessioni critiche di A. MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, cit., 79 ss., nonché di G. ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., 248 ss.

⁹⁷ G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, cit., 342.

⁹⁸ G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, cit., 394 (cor-sivi nostri).

⁹⁹ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., *Prefazione*, 8.

lezza¹⁰⁰: infatti, «tanto il fatto materiale quanto la colpevolezza sono orientati verso il valore e quindi verso quell'elemento del reato che del valore tutelato costituisce la negazione, vale a dire l'*antigiuridicità*»¹⁰¹.

Qui emerge un'importante affermazione di principio: l'antigiuridicità è il vero fulcro del reato dal punto di vista del valore/disvalore del fatto; e la *Rechtswidrigkeit* va intesa, per Bettiol, in senso materiale, come contrarietà del fatto rispetto al valore/bene giuri-

¹⁰⁰ Sul primato dell'antigiuridicità (in senso materiale) nel pensiero del giovane Bettiol, v. A. VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE, *Primato della persona e realismo metafisico*, cit., 20 ss. Sulla successiva "conversione" verso il primato della colpevolezza, cfr. E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., 281, n. 94; ID., *Dogmatica e politica criminale*, cit., 9: «Non è casuale che Bettiol scelga per la sua lezione di congedo tenuta il 6 maggio 1982 nell'Università degli Studi di Padova il medesimo tema individuato, nell'ormai lontano 1943, per la sua prolusione patavina: *Colpevolezza normativa e pena retributiva*. Proprio rileggendo la lezione di congedo, emerge chiaramente – nella visione penalistica di Bettiol – il primato della colpevolezza. La storia della dogmatica penalistica del Novecento sarebbe suddivisibile in tre distinte fasi: nella prima emerge il primato della tipicità nella prospettiva indicata da Beling, che puntava sul momento garantistico formale del diritto penale. Ne è poi seguita un'altra in cui è stato valorizzato un ruolo primario dell'antigiuridicità. Infine, superate queste due fasi, è giunto il momento – ad avviso di Bettiol – di riconoscere il primato della colpevolezza nel diritto penale contemporaneo» (con rinvio a specifici passi bettioliani). Sul punto, si veda anche S. RIONDATO, *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit., 68 ss., 74 ss., 106 ss., 110 ss., 134 ss., nonché lo stesso G. BETTIOL, *Stato di diritto e "Gesinnungsstrafrecht"*, in *Ind. pen.*, 1973, oggi in *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980, 139: «Se è vero che trent'anni or sono nel nostro "Diritto penale" (1945) abbiamo parlato di un *primato dell'antigiuridicità* [...] perché allora certe determinanti aberranti tendenze portavano al diritto penale della volontà con il relativo aberrante giudizio di colpevolezza, ma oggi la situazione è cambiata nel senso che l'ambiente culturale ha subito una *profonda trasformazione* sotto l'influsso della filosofia personalistica. Noi non neghiamo il bene giuridico, non neghiamo una interpretazione teleologica della norma slegata dalla *ratio*, ma se di un primato si deve parlare questo riguarda la colpevolezza nei limiti dell'atteggiamento interiore del soggetto agente. Ciò è richiesto dalla nuova Costituzione italiana che trova la sua più alta espressione nel riconoscimento che la "*responsabilità penale è personale*"» (corsivi originali).

¹⁰¹ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 137; cfr. 237: «In una concezione teleologica del diritto penale è pur sempre la lesione del bene giuridico che assume la prevalenza e la funzione di criterio direttivo, perché anche la colpevolezza assume un contenuto e un significato solo in quanto sia posta in contatto con il mondo dei valori tutelati».

dico¹⁰², in quanto un'antigiuridicità puramente formale non sarebbe altro che un inutile "duplicato" della tipicità¹⁰³.

Ciò non toglie che, *prima* di tale piano assiologico, si possa comunque apprezzare l'esistenza di un fatto materiale naturalisticamente inteso, non ancora penalmente rilevante, ma pur sempre autonomo dal punto di vista della realtà oggettiva. Argomentando diversamente, ove cioè fatto e antigiuridicità fossero contratti in un'unica entità strutturale, si verificherebbe un'inammissibile *crasi*¹⁰⁴, un cortocircuito dogmatico: non si riuscirebbe, infatti, a distinguere la *valutazione* rispetto all'*oggetto* della stessa¹⁰⁵.

¹⁰² Anche quello del bene giuridico è un punto di parziale dissenso di Bettiol rispetto alla scuola neokantiana di Honig, Grünhut, Hegler, Schwinge, Zimmerl, Radbruch e il giovane Wolf, che del *Rechthsgut* aveva dato una rilettura puramente metodologica, «un mero principio per la costruzione giuridica» (A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 70). Sul bene giuridico in Bettiol, cfr. A. VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE, *Primato della persona e realismo metafisico*, cit., 252 ss. Su bene giuridico e indirizzo teleologico, con particolare riferimento al pensiero di Mezger, cfr. A. NISCO, *op. cit.*, 59 ss.; in generale, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., 1190 ss., 1207 ss.

¹⁰³ G. BETTIOL, *Oggettivismo e soggettivismo*, cit., 988-989; A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, cit., 127 ss. (con numerosi rinvii bibliografici coevi). Così in effetti avviene – sebbene in modo non esplicito – in G. DELITALA, *Il "fatto"*, cit., 31, laddove l'antigiuridicità viene considerata come relazione di contraddizione tra il fatto e la norma, e la colpevolezza viene intesa come il compimento di una «condotta diversa da quella voluta dalla legge» (*ibidem*, 85), e cioè ancora una volta come categoria di pura *relazione*. Anche in M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., 69 ss., 109 ss. si mette in luce il rischio di identificare la colpevolezza normativa con il puro torto antigiuridico (con particolare riferimento al pensiero kelseniano); come noto, la tesi dell'Autore è quella per la quale l'antigiuridicità riguarda la violazione del *dovere* oggettivo, mentre la colpevolezza (antidoverosità) è violazione di un *obbligo* che si sarebbe *potuto* adempiere (*ibidem*, 75, 140-144). Sulla "colpevolezza normativa" in Delitala, cfr. M. GALLO, *ult. op. cit.*, 81.

¹⁰⁴ Come evidenziato in A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 61 ss., spec. 62, n. 56, la "crasi" tra fatto e antigiuridicità si era, ad esempio, verificata nel pensiero di Arthuf Baumgarten, «risolv[endo] l'antigiuridicità nella fattispecie», nonché in quello di Edmund Mezger, in tal caso «risolv[endo] la fattispecie nell'antigiuridicità».

¹⁰⁵ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 148; ID., *Oggettivismo e soggettivismo*, cit., 992. Cfr. M. RONCO, *L'attualità di Giuseppe Bettiol*, cit., 1170: «La nozione di antigiuridicità oggettiva come espressione della lesione di un bene protetto non può essere assorbita dalla nozione di colpevolezza come violazione di

La costruzione teleologica del reato seguirebbe così, nel pensiero di Bettiol, una sorta di parallelo concettuale così ricostruibile: l'*antigiuridicità* sarebbe la distonia oggettiva del fatto illecito rispetto ai valori dell'ordinamento; la *colpevolezza* sarebbe integrata dalla tensione finalistico-soggettiva dell'azione o dell'omissione verso il fatto materialmente antigiuridico¹⁰⁶.

L'inclinazione strutturale verso un *telos* non produce nel pensiero bettioliano solo conseguenze "statiche", in merito a ciò che è la norma penale nella sua vigenza e nel suo significato astratto, ma anche "dinamiche", nel senso di guidare l'interpretazione e applicazione della disposizione ai casi concreti¹⁰⁷: se, infatti, per gli indirizzi concettualistici, interpretare vorrebbe dire solo *sussumere* sillogisticamente il fatto all'interno della fattispecie incriminatrice, per Bettiol l'elemento finalistico-teleologico impregna anche il momento ermeneutico, *polarizzando* lo stesso – per usare un verbo a lui caro – verso gli scopi della norma: infatti, per interpretare e applicare la legge penale è necessario comprendere il «“volere” racchiuso nel cuore della norma, [e] non si coglie il volere stesso sul filo di un procedimento logico-formale, perché il “volere” della norma presenta una direzione finalistica in quanto tutela di un “valore”. Anche la logica dell'interprete deve essere indirizzata verso questo valore che dà tono e caratteristica al volere della norma, deve essere quindi una logica finalistica, una teleo-logica»¹⁰⁸.

Per cogliere meglio il carattere teleologico dei concetti penali nel pensiero di Bettiol, è necessario fare riferimento al *valore so-*

un obbligo imposto da una norma di legge. Ciò perché il diritto, anche in una concezione autoritaria dello Stato che, tuttavia, rifiuti l'indebito assorbimento dell'individuo nell'ordito dello Stato, “è per natura sua regola dell'attività dei singoli e norma dell'operare degli organi statuali”, onde “non si può negare l'esistenza di sfere di libera attività per la tutela dei reciproci interessi”» (con citazioni tratte da G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, cit., 321).

¹⁰⁶ Come già anticipato, se nel “primo Bettiol” il punto centrale della teoria del reato sempra essere quello della antigiuridicità in senso materiale, ossia la lesione o messa in pericolo del bene/valore sociale, nel “secondo Bettiol” emergerà a centralità della colpevolezza e, soprattutto, della *Gesinnung*.

¹⁰⁷ S. RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”*, cit., 96 ss.

¹⁰⁸ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 77; cfr. anche G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 23.

*ziale*¹⁰⁹ alla cui protezione tende il diritto criminale: tale valore¹¹⁰ viene sostanzialmente identificato nel *bene giuridico*¹¹¹, non già inteso in senso puramente logico-formale (come voleva la giurisprudenza dei concetti), né in senso naturalistico-materiale o utilitaristico¹¹² (come proponeva la *dottrina dello scopo* di Franz von Liszt¹¹³ di ascendenza sociologico-jheringiana¹¹⁴, e come sosteneva la giurispru-

¹⁰⁹ In chiave critica, sul pensiero bettioliano, A. DE MARSICO, *I problemi penali nel teleologismo del Bettiol*, in *Arch. pen.*, 1946, II, 541 ss., 545 ss.

¹¹⁰ Cfr. G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 19-20: «Il valore altro non è se non il riflesso di una posizione dell'individuo rispetto alle cose del mondo esterno. Il valore – come tale – senza l'uomo non esiste: l'idea del vero, del buono, del bello non esistono in una specie di mondo platonico; ma sono immanenti alle cose stesse in quanto queste entrano in contatto con l'uomo». V. anche ID., *Oggettivismo e soggettivismo*, cit., 988.

¹¹¹ In G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 47: «Questo valore può anche essere chiamato “bene giuridico”»; *ibidem*, 80: «Il bene giuridico è un concetto teleologico, esso si identifica con lo scopo che il legislatore intende di raggiungere. [...] A nulla serve un concetto giuridico che sia stato formulato senza tener presente lo scopo al quale esso deve servire: la tutela di un bene giuridico, di un valore sociale» (corsi nostri). Sui rapporti tra valore e bene giuridico, G. BETTIOL, *Sistema e valori*, cit., 491-503; ID., *Il problema penale*, cit., 67. Sul bene giuridico (anche) nel pensiero di Bettiol, cfr. F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, oggi in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 97 ss.; in precedenza, ID., *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, *passim*.

¹¹² M. RONCO, *L'attualità di Giuseppe Bettiol*, cit., 1169. Per la critica ad una concezione puramente naturalistica del bene giuridico, G. BETTIOL, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, cit., 470.

¹¹³ F. von LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, con l'ampia e significativa introduzione di Alessandro Alberto Calvi. Sulla matrice *evoluzionistica* del pensiero giuridico di von Liszt, proveniente dal suo maestro Adolf Merkel (1836-1896), cfr. A.A. CALVI, *Introduzione a F. von Liszt, La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., XVI-XVII, XXVIII (ove il pensiero di von Liszt è definito come «un positivismo fermatosi a metà strada»), nonché Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, 350; anche tale matrice risulta, in effetti, incompatibile con il realismo etico-giuridico di Bettiol.

¹¹⁴ Cfr. R. von JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., opera citata sin dalle prime pagine di F. von LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., 8. Sull'opera di Jhering come antico capostipite della dottrina lisztiana dello scopo e persino del teleologismo neo-kantiano, cfr. A. BARATTA, *Positivismo giuridico*, cit., 93 ss.

denza degli interessi), bensì – dice Bettiol – come «*principio metafisico delle cose*, [...] l'universale in esse esistente ed operante, sotto forma di natura»¹¹⁵.

Secondo il penalista friulano, i valori non sarebbero un *quid* di estrinseco, sovrapposto o giustapposto ad una realtà c.d. “bruta”, come sostenevano i neo-kantiani *à la* Heinrich Rickert¹¹⁶: infatti, Bettiol nega fermamente «che i valori siano delle nozioni astratte e universali che il nostro spirito mette a contatto con il mondo empirico il quale prima di tale intervento ordinatore sarebbe un caos disordinato, ma crediamo che già nelle cose sussista un ordine intrinseco e quindi un valore che il nostro intelletto non crea ma ritrova. Il valore non è, perciò, una categoria astratta di un mondo irreali che avrebbe una esistenza propria, parallela a quella del mondo reale, con il quale ogni tanto verrebbe dalla nostra mente messo in relazione, ma è un rapporto tra l'ordine che sussiste nella realtà e l'uomo considerato nella sua essenza di animale ragionevole e nella sua personalità morale»¹¹⁷.

¹¹⁵ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 46 (corsivi originali); cfr. anche ID., *Sistema e valori*, cit., 498: «Il valore non è [...] una categoria astratta di un mondo irreali che avrebbe una esistenza propria, parallela a quella del mondo reale, con il quale ogni tanto verrebbe dalla nostra mente messo in relazione, ma è un rapporto tra l'ordine che sussiste nella realtà e l'uomo considerato nella sua essenza di animale ragionevole e nella sua personalità morale». Sul punto, M. RONCO, *La struttura del dolo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in ID., *Scritti patavini*, II, Torino, 2017, 1246 ss.

¹¹⁶ H. RICKERT, *Die Philosophie des Lebens*, II ed., Tübingen, 1922, 14, per cui il mondo oggettivo sarebbe «un caos di impressioni sensibili»; ID., *Naturwissenschaft und Kulturwissenschaft*, Tübingen, 1899; nonché l'allievo E. LASK, *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre*, Tübingen, 1911. Cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 45 e 47, con rinvio agli autori citati in H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, cit., 41 ss.

¹¹⁷ G. BETTIOL, *Sistema e valori nel diritto penale*, cit., 498. Per i rapporti tra Bettiol e neo-kantismo, cfr. L.L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica*, II ed., cit., 124 ss. In merito ai rapporti tra diritto e morale nel pensiero penalistico e gius-filosofico di Aldo Moro, anche nel “dialogo” con Bettiol, cfr. A. GARGANI, *Diritto penale e verità morale. Una teleologia della vita sociale* (a proposito delle “Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale” di Aldo Moro), in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXV, 2006, 997 ss., spec. 1000 ss.

Al contempo, tuttavia, l'Autore non aderisce nemmeno alla tesi di Hans Welzel – pur riconosciuto come un «valoroso giurista»¹¹⁸ – per la quale i valori sarebbero un'entità totalmente identificata e immedesimata con il reale¹¹⁹: ciò finirebbe per ipostatizzare i valori stessi, privandoli del loro intrinseco dinamismo e rendendoli inerti, reificati, quasi fossero “cose della quotidianità”.

Non condividendo, pertanto, né la visione neo-kantiana – ritenuta troppo deontologica e “platonizzante” – né quella welzeliana – troppo “ontologica”, Bettiol sostiene che i valori siano non già *le cose stesse*, bensì il loro principio immanente, la loro naturale *archè* ordinatoria (cioè la loro causa essenziale); e fondare la materia del delitto sul valore o *bene giuridico* rappresenterebbe, per il Nostro, la garanzia di un diritto penale oggettivo, contro le tendenze “soggettivizzanti” che intendevano il reato come violazione personale di un puro *dovere*. «Il dovere» – si legge sin dalla prima edizione del *Diritto penale* – «si specifica solo a contatto con gli interessi protetti e da questi acquista tono e rilievo. Esso è di per sé una categoria formale, anche nella sua forma concreta, che non può come tale servire per inquadrare il reato nelle sue realistiche condizioni. La subiettivazione del reato, se tende ad escludere la rilevanza del bene giuridico, non può costituire un progresso e deve per ciò essere decisamente rifiutata»¹²⁰.

¹¹⁸ Così definito in G. BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei “tipi” di autore*, cit., 535, in cui l'allora recente volume welzeliano *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, Berlin, 1940, viene definito come «uno dei più vivi e caratteristici contributi che la scienza abbia dato in questi ultimi anni al progresso della nostra disciplina, sia per la originalità delle idee come per la critica a tutto quel complesso di dottrine e concezioni scaturenti da premesse filosofiche neo-cantiane [sic]».

¹¹⁹ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 45-46, con rinvio a H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, cit., 57; v. anche F. OLGIATI, *Postilla a Welzel*, in *Jus*, 1952, 73.

¹²⁰ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 124 ss., e 128. Cfr. anche A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, cit., 42 ss. Sul tema della “fedeltà” nel diritto penale e, in particolare, sulla possibilità di concepire la fedeltà come bene giuridico o come puro dovere, verrà pubblicata la monografia di G. ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., *passim*, spec. 35 ss., 41 ss., 169, 208 ss., 242-247. Cfr. A. VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE, *Primato della persona e realismo metafisico*, cit., 239. Sulla sostituzione del bene giuridico con la “violazione di un dovere” nel pensiero

Ancora, ne *Il problema penale* dello stesso anno: «È bene che la nozione del reato non assuma, in base a preconcezioni politiche, un orientamento esclusivo, oggettivo o soggettivo che esso sia, ma si plachi nella considerazione che il bene giuridico è l'idea dalla quale deriva come riflesso quella della violazione di un dovere. Quest'ultima risponde pur sempre ad una concezione *eziologica* del diritto penale, la quale finisce sul terreno meccanico della realtà naturalistica, non nell'ambito di un mondo di valori. Il *telos* della norma viene ad acquistare il primo posto tra gli elementi che devono essere tenuti presenti per la determinazione dei concetti penalistici. In questo senso, si dice che il metodo da seguir è quello *teleologico*, un metodo, cioè, che non si preoccupa tanto della posizione della norma in seno al sistema in base a criteri classificatori, quanto di fissare il concetto individuale, tenendo presente la realtà cui tale concetto si riferisce; in una parola, il *valore*»¹²¹.

Parallelamente, dalla ricostruzione *valoriale* – e non puramente materiale – del bene giuridico deriva la necessità di concepire l'azione penalmente rilevante, *pietra angolare* del diritto penale¹²², in chiave altrettanto *teleologico-assiologica*, per superare gli eccessi di motorizzazione tipici delle concezioni naturalistiche dell'atto umano (à la von Liszt o Beling), senza tuttavia cadere negli eccessi opposti di un'azione puramente normativizzata (à la Binding¹²³), altrettanto astratta ed esangue¹²⁴.

totalitario di Schaffstein, cfr. anche G. BETTIOL, *Sistema e valori del diritto penale*, cit., 500.

¹²¹ G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 68 (corsivi nostri).

¹²² G. BETTIOL, *Indirizzi metodici*, cit., 726.

¹²³ Qui Bettiol rinvia a K. BINDING, *Die Normen*, II *Auf.*, 2 B., Leipzig, 1914, 82 ss., 93. Gli odierni orientamenti normativizzanti e funzionalistici potrebbero essere individuati, a titolo esemplificativo, nel pensiero di Claus Roxin e ancor più di Günther Jakobs.

¹²⁴ G. BETTIOL, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, cit., 470 ss. e 473 («Come la nozione naturalistica ha finito per ridurre l'azione stessa allo schema freddo della causalità meccanica, anche in normativisti finiscono per considerare l'azione alla stregua di uno schema ben lontano dalla ricca realtà sociale. *Schematismo naturalistico* da un lato, *schematismo legale* dall'altro: in ogni caso, una nozione geometrica che non serve sempre alla comprensione dei problemi del diritto penale») (corsivi originali).

A fronte di tali estremi opposti, Bettiol propone una sorta di ennesima “terza via”, vale a dire un’azione intesa, sì, come comportamento reale e dunque *naturale*, ma al contempo *socialmente curvato*, cioè filtrato attraverso il sistema di valori vigente in una società, in un determinato momento storico. «Quando si parla di criteri naturalistici», si legge nel saggio *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, «s’intende fare riferimento a una duplicità di criteri: ci sono quelli mutuati dalle scienze sperimentali che hanno servito per lungo tempo a spiegare la fisicità del reato, e quelli propri del mondo sociale nel quale il reato si muove alla pari di ogni altra manifestazione dell’uomo»¹²⁵. Come è evidente, Bettiol accede a questa seconda forma di “naturalismo”, in chiave strettamente morale e sociale, che egli ritiene anticipata dal giurista tedesco Eberhard Schmidt (1891-1977), il quale avrebbe così in parte neutralizzato le mende naturalistiche di Franz von Liszt, nelle edizioni novecentesche del celebre *Lehrbuch*¹²⁶.

In questo punto, tuttavia, non può non evidenziarsi una certa oscillazione bettioliana tra un valore inteso come «ordine immanente nella realtà delle cose»¹²⁷ e un valore la cui importanza «dipende dal significato e dal rilievo attribuito [ai valori: n.d.r.] dalle dominanti concezioni etico-economico-politiche e dalle loro indubbie affinità sostanziali»¹²⁸. Nel primo caso, si tratterebbe di un principio *naturale*

¹²⁵ G. BETTIOL, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, cit., 475-476. V. anche la citazione di De Marsico in G. BETTIOL, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, cit., 476: «Già il De Marsico ha avvertito che il diritto penale non assume l’azione “come concetto naturalistico, empirico, obiettivo, ma come concetto di valore”» (con rinvio ad A. DE MARSICO, *Diritto penale*, Napoli, 1937, 62).

¹²⁶ Bettiol qui cita, in particolare, la 26 *Aufl.* del 1932.

¹²⁷ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 50.

¹²⁸ *Ibidem*, 49; cfr. anche *ibidem*, 64, ove si richiamano «valori sociali determinanti [...] valori non fermi e cristallizzati, [...] ma valori che si agitano, vivono, si trasformano con il maturare della situazione storica nella quale un determinato popolo si trova» (corsi originali); *ibidem*, 79, in cui si parla di *coscienza sociale*. V. anche G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 28-29: «Non si può negare che ogni complesso legislativo penale è espressione di un dato ambiente politico. Quando si afferma che il diritto penale è una politica, si intende per l’appunto affermare che, senza la “comprensione” del momento politico e del *milieu* politico, nei quali la legislazione viene alla luce e opera, non si può affatto intendere la portata e l’intimo valore di essa».

oggettivo e pressoché assoluto¹²⁹, alla maniera dei tomisti e neo-tomisti quale era Olgiati; nel secondo caso, di un valore *sociale* in qualche modo relativo e transeunte («la morale stessa *crystallizzata in un suo momento*»¹³⁰, per usare le parole dell'Autore), più vicino al sociologismo di un Franz von Liszt e, poi, del penalismo criminologico. Sul punto, Bettiol formula un emblematico esempio di natura storica: «quando predominava l'idea religiosa nella società civile, i reati contro la religione occupavano per importanza il primo posto, mentre oggi con l'accentuarsi dell'idea statale sono i delitti contro la personalità dello Stato ad avere il sopravvento»¹³¹.

Inoltre, laddove il Nostro afferma che «l'ordine tra i concetti [del diritto penale] non è qualche cosa di meramente arbitrario, in quanto scaturisce dalla *natura delle cose*, dalla *natura dei valori* che il diritto penale tutela»¹³², sembra quasi che l'Autore impieghi *cose* e *valori* come sinonimi, una sorta di endiadi in qualche modo incerta, che ci fa sommestamente domandare per quale motivo Bettiol abbia

¹²⁹ G. BETTIOL, *Colpa morale e personalità*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, 867: «Le nostre ricerche, e così coloro che fanno della categoria del “valore” la ragione del diritto, non isolano il valore nel mondo delle idealità astratte o delle essenze platoniche, ma lo considerano come l'espressione dell'“entelechia” delle cose stesse».

¹³⁰ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 66 (corsi nostri), con rinvio al pensiero di Giuseppe Maggiore e di August Köhler. Non è un caso che il padovano Giuseppe Zuccalà dedichi poi un ampio studio monografico alla “infedeltà” nel diritto penale, tema chiaramente impregnato di aspetti etico-morali intrecciati con quelli giuridici (G. ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., *passim*, spec. 23 ss.; cfr. però pag. 27 in cui l'Autore sembra parzialmente discostarsi dall'impostazione del maestro, ammettendo “parti” del diritto penale sottratte all'interferenza con la morale o persino contrarie ai principi dell'etica). Cfr. anche la monografia dell'allieva L. DURIGATO, *Sul delitto di infedele patrocinio*, Padova, 1966, *passim*. D'altra parte, anche il tema dello stato di necessità, studiato dal padovano Alfredo Molari, è notoriamente impregnato di aspetti etico-morali (A. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, cit., *passim*).

¹³¹ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 49.

¹³² *Ibidem*, 53. Cfr. anche G. BETTIOL, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, cit., 476: «La realtà naturalistica del diritto è quindi la realtà sociale con tutti i valori che in un determinato momento storico determinano la sua struttura», affermazione che forse lascia ancora aperto il problema dei rapporti tra *natura* e *cultura*, tra natura e società.

voluto giustapporre due concetti quali “natura delle cose” e “natura dei valori”: come perfetti sinonimi, oppure come concetti differenti e complementari?¹³³.

Se si volesse rimanere coerenti all’impostazione tomistica e scolastica dell’Autore, si potrebbe dire che il problema categoriale sotteso al pensiero di Bettiol è che il concetto di *valore* – non a caso tratto dal mondo economico-commerciale, ignoto al tomismo e poi importato in ambito giuridico¹³⁴ – appartiene alle nozioni logico-ontologiche della “quantità” e della “qualità”; come tale, il valore è sempre un *accidente* – cioè un carattere – che pertiene ad una autonoma sostanza, e cioè necessita di una sostanza *diversa* dal valore, la quale funga da sostrato o da supporto. Per tale ragione, volendo assecondare l’impostazione realistica “classica” da sempre propugnata da Bettiol nella sequela di Francesco Olgiati, il valore rappresenta pur sempre una entità o categoria di “secondo livello”, la quale – al pari del *fine* e della *essenza* – postula l’ente-sostanza – come, ad esempio, l’uomo naturale – come entità o categoria di “primo livello” *più fondamentale e più fondativa*.

In relazione ai predetti interrogativi ontologico-deontologici sul concetto di “valore” – non sempre muniti di soluzione nel pensiero bettioliano – va infine evidenziato che, per Bettiol, i valori o beni giuridici possono essere individuati solo partendo da una sorvegliata analisi della fattispecie normativa e, anzitutto, della *littera legis*: ciò gli consente sempre di saldare l’antigiuridicità materiale ad una “previa” e irrinunciabile antigiuridicità formale, senza ammettere mai, in alcun modo, una offensività sostanziale capace – in ipotesi – di rende

¹³³ Si tratta di interrogativi – i rapporti tra essere e dover essere, tra fatto e valore, tra ontologia e deontologia – ai quali Luciano Pettoello Mantovani dedicherà *Il concetto ontologico del reato*, cit., del 1954 e *Il valore problematico della scienza penalistica*, cit., del 1961 (II ed. 1983).

¹³⁴ G. MAGGIORE, *Prolegomeni al concetto di colpevolezza*, Palermo, 1950, 24, nonché 32 (in cui si intende dimostrare che tutti gli indirizzi di pensiero moderni e contemporanei, fino al neo-kantismo, all’idealismo, all’hegelismo, alla fenomenologia, al positivismo, alla filosofia dei valori etc., sono figli delle dicotomie scolpite nella *Critica della ragion pura* di Immanuel Kant).

¹³⁵ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 80, con rinvio a P. NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942, 56.

punibile un fatto che, a monte, non sia stato anzitutto qualificato come formalmente tipico.

Sul punto, nell'opera su *Il possesso nel diritto penale* (1942), Pietro Nuvolone aveva obiettato un circolo vizioso, «perché prima si interpreta la norma per ricercarne lo scopo, e poi, trovato lo scopo, alla luce di questo si interpreta la norma»¹³⁵. A fronte di ciò, rievocando o anticipando sorprendentemente temi propri dell'*ermeneutica giuridica*, Bettiol replica che tale circolarità del ragionamento non rappresenta affatto un circolo vizioso o un “disvalore” dal punto di vista concettuale, bensì – sia permesso il gioco di parole – un *valore*: infatti, l'approssimazione al nucleo teleologico di una norma procede per cerchi concentrici e per progressivo avvicinamento: «Una interpretazione letterale, una presa sommaria di contatto con gli elementi della norma, è indispensabile per individuarne lo scopo, dopo l'accertamento del bene giuridico o del valore tutelato dalla norma. È solo da quel momento che ogni elemento della fattispecie si illumina di luce nuova ed acquista un significato definitivo»¹³⁶.

6. Nelle precedenti riflessioni, abbiamo cercato di tratteggiare le linee-guida del pensiero bettioliano, con particolare riferimento ai suoi scritti giovanili che dal 1930 approdano al 1945, anno de *Il problema penale* e della prima edizione di *Diritto penale. Parte generale*. Rimangono, in questa sede, necessariamente tra parentesi i due temi sui quali la ricerca di Bettiol si soffermerà tra il secondo conflitto mondiale e la morte, vale a dire il diritto penale della *Gesinnung* e il retribuzionismo, aspetti che esulano dall'economia del presente scritto.

Concludendo brevemente, è possibile affermare che un evidente pregio metodologico e scientifico della teoria penale del giovane – ma ormai già maturo e formato – Bettiol sembra consistere nella sua natura eminentemente *dialettica e problematica*, nel senso classico della capacità di cogliere l'identità nelle differenze e le differenze nell'apparente identità.

¹³⁶ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 80. È questo il motivo per il quale «l'interpretazione teleologica [in Bettiol: n.d.r.] ha pur sempre natura conoscitiva e non creativa» (M. RONCO, *L'attualità di Giuseppe Bettiol*, cit., 1171). Cfr. anche P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., 24 ss.

In effetti, ad uno sguardo panoramico sugli scritti degli anni '30 e '40, la continua, quasi spasmodica ricerca di una *terza via* dogmatica e metodologica rappresenta il tentativo di superare gli opposti orientamenti allora dominanti¹³⁷, così al fine di «uscire dalle secche del positivismo e [al contempo] dai pericoli del formalismo giuridico»¹³⁸, questi ultimi ricollegati dall'Autore anche all'indirizzo puramente tecnico-giuridico¹³⁹.

A fronte di un dibattito dottrinale in gran parte esausto e litigioso¹⁴⁰, in quanto spesso saturo di polemiche stereotipate e lontane dalla concretezza della realtà¹⁴¹, il penalista friulano non intende con

¹³⁷ Cfr. A. DE MARSICO, *I problemi penali nel teleologismo del Bettiol*, cit., 547, in cui l'Autore, dopo avere criticato anche duramente le posizioni espresse da Bettiol ne *Il problema penale* e nella prima edizione del *Diritto penale*, così afferma: «Il B. ha il merito grandissimo di richiamarci all'importanza decisiva degli scopi della norma (alla logica concreta del diritto penale), dei nessi fra vita sociale e diritto penale; di rafforzare le dighe contro la dispersione del diritto penale tanto nel naturalismo quanto nel sociologismo, ma al contempo stesso di assicurare la permeabilità del diritto penale dall'elemento sociale».

¹³⁸ G. BETTIOL, *Diritto penale, Parte generale*, IV ed., Palermo, 1958, *Prefazione*. Per il dibattito coevo al "primo Bettiol" sulle scuole penalistiche, cfr. E. MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930, *passim*, spec. 59 ss.; P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi*, cit., 38 ss.; ID., *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 225 ss.; G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.*, 1945, I, 28. In precedenza, O. VANNINI, *La scienza del diritto penale e la polemica fra le cosiddette scuole "classica, positiva, eclettica, giuridica"*, in *Riv. pen.*, 1917, 219. Cfr. la celebre sintesi di F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 7 ss.

¹³⁹ G. BETTIOL, *Indirizzi metodici*, cit., 719.

¹⁴⁰ Cfr. P. DORADO MONTERO, *Sulle lotte tra le scuole penali in Italia*, cit. in S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico*, cit., 579.

¹⁴¹ Sulla contrapposizione – ormai esausta – tra quella che egli chiama "scuola giuridica" e la "scuola positiva" e sulla necessità di superare la stessa, G. DELITALA, *Per la storia del diritto penale italiano*, in *Riv. fil. neo-scol.*, 1926, 4, 272-275; cfr. anche R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. pen.*, 1958, 173 ss. e, più di recente, A. GARGANI, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo (a proposito degli 'Scritti giuridici' di Giacomo Matteotti)*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXII, 2004, 551 e ss. Ampiamente, circa la natura spesso polemica e stereotipata del dibattito dottrinale dell'epoca, S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico*, cit., 575 ss.; cfr. anche M.N. MILETTI, «*Giuoco cinese*». *La dogmatica e i suoi critici nella penalistica italiana (1900-1950)*, in M. DO-

ciò abbracciare quel *positivismo criminologico* che riduceva sostanzialmente il diritto penale a una mistura di criminologia e di psichiatria forense, interpretando il reato come fatto naturale espressivo di una devianza biologico-genetica o sociale, ma non per questo è disposto a adottare quelle forme di *positivismo normativistico* o ipernormativistico che, all'opposto, guardavano al delitto come una pura entità legale e astratta¹⁴².

Per tale motivo, gli studi degli anni '30 e '40, pur trattando dei più svariati temi di parte generale e speciale, sembrano tutti attraversati dall'intenzione di valorizzare un'impostazione sistematica fedele al dato normativo, senza però dimenticare mai quel costante contatto con la realtà materiale, sociale, storica e culturale nella quale l'illecito penale è sempre inevitabilmente immerso, anche se mai "confuso".

Ne deriva una costruzione dogmatica che sarebbe ingeneroso chiamare "sincretistica" – poiché ad essa Bettiol intendeva imprimere il sigillo, estraneo sia ai positivisti sia ai normativisti, della sapienza del *realismo classico* –, ma che sottende il tentativo di coniugare, in qualche modo, i problemi e le soluzioni avanzate dalle differenti scuole penalistiche dell'epoca¹⁴³; ciò anche nella consapevolezza che il dibattito penalistico italiano, ormai incanalatosi da vari de-

NINI - L. GARLATI - M.N. MILETTI - R. ORLANDI (a cura di), *I cardini della modernità penale dai Codici Rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana*, Roma, 2024, 281 ss.

¹⁴² G. BETTIOL, *Diritto penale, Parte generale*, II ed., Palermo, 1950, *Prefazione*: «L'idea che il diritto penale risponda ad una concezione puramente platonica e quindi posta al di fuori del tempo e dello spazio è ancora viva nella mente di molti penalisti, mentre deve essere sottolineato il fatto che il diritto penale è uno degli aspetti della vita culturale e quindi della Storia di un popolo». Nella *Prefazione* alla III edizione (Palermo, 1955), la preoccupazione di Bettiol è quella di combattere allo stesso modo «*positivisti e pseudo-spiritualisti*».

¹⁴³ «Oggi possiamo ben ammettere che per troppo tempo una reciproca intolleranza dogmatica ha dominato quelle che tradizionalmente si chiamavano le due "scuole" rimaste su posizioni contrapposte, come se "natura" e "valore" fossero momenti o nozioni irriducibilmente contrastanti tra loro (il che può ammettersi solo in una concezione platonico-idealista delle cose) e fossero ambedue refrattarie a quel dubbio metodico che sta alla radice della scienza e della filosofia. Oggi ci troviamo di fronte ad una situazione nella quale ben può dirsi come ogni fanatismo sia venuto meno e così ogni dogmatismo "aprioristico"» (G. BETTIOL, *Colpa morale e personalità*, cit., 867).

cenni lungo dicotomie spesso sterili se non ideologiche, richiedeva nuova linfa e nuovi orizzonti di riflessione.

Come si legge nella *Prefazione* alla seconda edizione del *Diritto penale* (1950), «è mio dovere rendere grande testimonianza alla viva comprensione di De Marsico [...] e al giudizio del Nuvolone che ha intravvisto nelle pagine dell'opera il dramma tutto moderno tra *storicismo* e *giusnaturalismo*, termini però che non sono tra di loro contrapposti senza possibilità di sintesi unificatrice, ma che questa trovano nell'idea del "valore", ove armonicamente confluiscono storia e criterio di valutazione della stessa, come negli anni lontani e felici ho appreso alla scuola concreta e formativa di Francesco Olgiati»¹⁴⁴. In altri termini, per Bettiol, il concetto penalistico di *valore* – inteso come *realtà intellegibile*¹⁴⁵ non già separata bensì *incarnata ilemorficamente* nella stessa realtà materiale e sociale – avrebbe dovuto rappresentare la sintesi e, per così dire, il *ponte dogmatico* tra quel piano naturale-descrittivo (*Sein*) e quel piano assiologico-normativo (*Sollen*) che, invece, le contrapposte scuole di pensiero assumevano in maniera unilaterale e separata quale fulcro monolitico dell'esperienza penale.

Quanto alla tripartizione del reato, si è avuto modo di evidenziare come l'adesione bettioliana alla stessa non assuma mai caratteri dogmatici o di "integralismo concettuale": il penalista friulano è ormai ben consapevole della presenza di elementi normativi del fatto¹⁴⁶, nonché di elementi soggettivi del fatto e dell'antigiuridicità,

¹⁴⁴ G. BETTIOL, *Diritto penale, Parte generale*, II ed., Palermo, 1950, *Prefazione*. Cfr. P. NUVOLONE, *Natura e storia*, cit., 245; ID., *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982, 5 ss.

¹⁴⁵ G. BETTIOL, *Diritto penale, Parte generale*, II ed., Palermo, 1950, *Prefazione*.

¹⁴⁶ In merito agli aspetti assiologico-valutativi che, per Bettiol, attraversano tutti i versanti del reato, dal fatto-tipo, alla antigiuridicità e alla colpevolezza, cfr. la *Prefazione* alla quarta edizione del *Diritto penale* (Palermo, 1958). Per la critica ad una concezione puramente descrittiva e naturalistica del *Tatbestand* belinghiano, cfr. F. ANTOLISEI, *L'analisi del reato*, cit., 546 ss., con rinvio a K.A. HALL, *Die Lehre vom Corpus delicti*, Stuttgart, 1933, *passim*. Sull'intero argomento, oggi, cfr. A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand*, cit., *passim*, spec. 389 ss. (con specifico riferimento alla tipicità penale in Beling). In merito alla concezione belinghiana del fatto tipico, v. anche R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione*, cit., 199 ss., 205; in

e persino di elementi oggettivi che incidono sulla sussistenza della colpevolezza¹⁴⁷. «La categoria degli elementi soggettivi della antigiuridicità», conferma Bettiol, «esiste indubbiamente e ha giovato ad una migliore comprensione teleologica dei vari elementi del reato, ponendo questi su di un piano sostanziale. Il merito di Hegler e di Mezger è stato quello di avere, non negata la distinzione tra antigiuridicità e colpevolezza, ma di aver dimostrato come tale distinzione, rigidamente applicata, era contraria alle esigenze del diritto penale»¹⁴⁸.

Persino la causalità – ammette Bettiol –, concetto tradizionalmente inteso tra i più “oggettivi” e descrittivi del fatto-tipo, non appare del tutto scevra da profili valutativi e normativi¹⁴⁹, tema ben caro ai teorici tedeschi della *objektive Zurechnung des Erfolgs* con i quali Bettiol, tuttavia, non sembra essersi pienamente confrontato, pur avendo ben intuito la distinzione tra causalità materiale o naturalistica e causalità giuridica.

Non è dunque un “rompicapo dogmatico” o una *contradictio in adiecto* il rinvenimento di elementi eterogenei all’interno dei vari contenitori concettuali via via elaborati dalla scienza penale¹⁵⁰; o

A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, 176 ss., si evidenzia una influenza neokantiana sul pensiero dello stesso Beling.

¹⁴⁷ G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, cit., 994.

¹⁴⁸ Cfr. G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, cit., 398. Su Mezger, cfr. anche ID., *Oggettivismo e soggettivismo*, cit., 990.

¹⁴⁹ G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 55.

¹⁵⁰ A tal proposito, sul tentativo welzeliano di “inserire” il dolo all’interno del fatto-tipo, è interessante il passo bettioliano già sopra citato: «Il Welzel, invero, ha avvertito come sulla base della concezione naturalistica non si possano interpretare molte fattispecie delittuose nelle quali il lato esterno dell’azione – diretto alla causazione di un evento – può esser inteso solo in relazione a un determinato fine che l’agente si era prefisso di realizzare. [...]. Constatazione, questa, che porta il Welzel a identificare il dolo con l’antigiuridicità, mentre si tratta solo di una subordinazione della illiceità alla colpevolezza o meglio di una impossibilità di separare tra di loro i due elementi del reato» (G. BETTIOL, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, cit., 473). V. anche ID., *Oggettivismo e soggettivismo*, cit., 993: «Errano coloro che hanno voluto vedere negli *elementi soggettivi dell’illiceità* (tendenza, scopo, fine, etc.) un qualche cosa di eccezionale che veniva a compromettere la na-

quantomeno non lo è, se la tripartizione viene concepita non già come una sorta di tabella classificatoria fatta di tre colonne categoriali, bensì come espressione e compresenza di concetti tendenzialmente riconducibili alle predette quattro possibilità (oggettivo-descrittivo; oggettivo-valutativo; soggettivo-descrittivo e soggettivo-valutativo)¹⁵¹.

Vi sono poi ulteriori aspetti del “primo Bettiol” che meritano di essere sinteticamente sottolineati, sempre nell’ottica di scolpire la figura di uno studioso complessivamente *dialettico e problematico*; in particolare, come si è cercato di mostrare nel corso del presente scritto, l’Autore si impegna in più occasioni a dimostrare:

i) che è necessario rimanere fedeli a un diritto penale del fatto e oggettivo, valorizzando però al contempo gli elementi soggettivi e personali del reato. Infatti, il principio *cogitationis poenam nemo patitur* implica “solo” che non può esservi illecito penale *per il sol fatto* di un pensiero o di un’idea, ma non vuol certo dire che il reato sia privo di *cogitatio*. Prima, è necessario accertare un fatto storico estrinseco e oggettivo; poi, per imputarlo, ne si studia il legame intellettuale e volitivo rispetto al soggetto agente. In ciò, l’indirizzo bettioliano appare come sempre equilibrato: egli intende essere coe-

tura oggettiva del giudizio di anti giuridicità, come se la tradizionale e dogmatica contrapposizione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo del reato potesse rispecchiarsi fedelmente nella natura delle valutazioni necessarie a creare e a caratterizzare il reato».

¹⁵¹ Cfr. G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, cit., 394-395: «La *tipicità* serve allo scopo di designare i fatti che presentano un interesse per il giudice penale; l’*anti giuridicità* ha lo scopo di determinare quand’è che un fatto si presenta lesivo d’interessi tutelati, e come tale non può essere una nozione formale perché è orientata verso il concetto di bene giuridico che ha natura teleologica; la *colpevolezza* serve a stabilire quand’è che del fatto lesivo può essere mosso rimprovero al suo autore. [...] Il sistema tripartito è quindi un sistema teleologico e come tale ha superato un piano puramente formale, specie quando si riconosca l’esistenza di elementi normativi del fatto e quella degli elementi soggettivi dell’anti giuridicità, elementi che possono venire discussi volendo tenersi a una rigida e assoluta demarcazione tra gli elementi del reato, ma che devono essere ammessi qualora si attribuisca alla tripartizione non un valore assoluto e incondizionato, ma un mero valore programmatico e metodologico»; cfr. anche ID., *Oggettivismo e soggettivismo*, cit., 994. Sulle interazioni tra anti giuridicità e *colpevolezza*, ID., *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, cit., 473 ss.

rente con l'approccio "naturale" al reato, partendo ciò da un fatto materiale penalmente rilevante, ma al contempo intende arricchire lo stesso di concreti elementi soggettivi (conoscitivi e volitivi) che ne impediscano una totale normativizzazione;

ii) che l'azione illecita non può mai essere disciolta nella figura dell'agente o dell'autore¹⁵²; nondimeno, che non è possibile valutare l'azione stessa senza conoscere e giudicare, al contempo, il suo agente¹⁵³, in quanto proprio la scissione naturalistica tra causa efficiente (uomo) ed effetto materiale (reato) aveva determinato l'impo- verimento dei profili soggettivi e personali del reato, anticamera di un eccesso di oggettivismo;

iii) che è possibile credere nella *razionalità* del diritto penale, senza tuttavia ridurlo a mera logica astratta e formale, priva di contenuto e di contatto con la realtà empirica. Il fatto che al diritto penale non si possa applicare il metodo sperimentale delle scienze "quantitative" non rende lo stesso *eo ipso* a-logico o irrazionale. Esiste, infatti, una *razionalità propria del diritto*, che non è quella delle scienze naturali, ma che rimane pur sempre una forma di umana razionalità, vale a dire quella dialettica e fronetica – dal greco *phronesis*, ossia prudenza o saggezza – del sillogismo pratico, le cui premesse non saranno certe e universali, ma pur sempre verosimili e ragionevoli.

Quanto al confronto con gli altri sistemi di pensiero penale, Bettiol esamina sempre gli stessi con un approccio, anche in questo

¹⁵² G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, cit., 393: «È bensì vero che la personalità del reo si desume spesso dall'esame del reato, così come è vero che certe qualità personali del reo si riverberano nel fatto delittuoso, ma in linea di principio reo e reato sono due entità che si contrappongono anche per la diversità del metodo che postulano per il loro studio: è in base a criteri naturalistici che la personalità del reo va pienamente intesa, laddove uno studio del reato alla luce dei criteri naturalistici non è uno studio del reato, ma uno studio dei fattori sociali, psicologici e antropologici del reato stesso».

¹⁵³ G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 79: «Chi dice azione dice agente, e chi dice agente dice azione, non già nel senso che l'azione, sotto il profilo giuridico, debba venire inghiottita dalla considerazione dell'agente, ma nel senso che essa deve venire inquadrata nella personalità dell'individuo operante»; ID., *Indirizzi metodici*, cit., 726. Cfr. L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica*, II ed., cit., 137 ss., 156, nonché F. MANTOVANI, *Il personalismo e la personalità del reo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Criminalia*, 2007, 135.

caso, moderato e problematico, osservando luci e ombre, pregi e difetti anche delle dottrine a lui lontane, a mo' di una *quaestio disputata*¹⁵⁴. Infatti, come si legge nella *Prefazione* alla terza edizione del *Diritto penale* del 1955, «non ho mai inteso essere *rivoluzionario*, ma ho voluto solo offrire un'opera moderna nella quale fossero prospettate le possibili sistemazioni, pur indicando quella che mi sembrava la più idonea rispetto alle esigenze di chiarezza e di praticità»¹⁵⁵. In particolare, Bettiol:

i) critica la Scuola positiva e la “giurisprudenza degli interessi”, ma ne sottolinea in qualche modo i meriti, vale a dire l'attenzione per la concretezza dell'esperienza giuridica¹⁵⁶ e per la persona del soggetto agente¹⁵⁷, aspetti spesso trascurati dai “concettualisti” e dai normativisti;

ii) si dissocia dalla “giurisprudenza dei concetti” per i suoi eccessi di formalismo, ma al contempo dà atto che non può esistere diritto e *sistema* giuridico senza concetti, ossia senza nozioni generali e astratte capaci di abbracciare il reale sotto categorie del pensiero

¹⁵⁴ In G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 65-66, ad esempio, pur dopo avere aspramente criticato sia la giurisprudenza dei concetti sia quella degli interessi sia gli indirizzi “intuizionistici”, l'Autore afferma comunque: «Non è detto che queste correnti metodologiche non possano presentare un nocciolo di verità: la necessità della *concettualizzazione* da un lato per le prime due, l'utilità di una *intuizione* entro limiti determinati per l'ultima corrente». In G. BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridico*, cit., 911, l'Autore giunge persino ad affermare che il pensiero penalistico “autoritario” del ventennio, nel bene o nel male, avrebbe comunque «giocato per attenuare o eliminare il formalismo scientifico del periodo prebellico, che aveva rotto spesso il contatto tra il concetto e la vita».

¹⁵⁵ *Prefazione al Diritto penale. Parte generale*, III ed., Palermo, 1955.

¹⁵⁶ G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 62. Sulla proposta di importare nella materia penale il criterio degli “interessi”, ma non già come criterio esclusivo o preponderante, ID., *Sui recenti orientamenti metodologici*, cit., 483 (ad es., con riferimento al bilanciamento di interessi tipico delle scriminanti). Si consideri, infine, lo studio criminologico dell'allievo di Bettiol, S. SICILIANO, *L'omicidio: studio su un'indagine criminologica condotta in Danimarca*, cit., 1965, *passim*.

¹⁵⁷ Cfr. A. DE MARSICO, *I problemi penali nel teleologismo del Bettiol*, cit., 554: «[Per Bettiol] lo sforzo di cui vorrebbe trionfare è la liberazione del diritto penale da quel complesso di elementi positivistici del quale risulta il tipo criminologico, senza rinunciare a tutta quella ricchezza di tinte che deriva da uno studio del reato non limitato all'azione ma esteso all'agente».

(come invece sostenevano alcuni autori del “diritto libero” e dell’irrazionalismo giuridico);

iii) critica il naturalismo e il materialismo penali, che riducono il reato a puro accadimento fisico, ma al contempo mette in luce l’importanza di un *fatto* oggettivo (azione, evento, nesso di causalità) “prima” di ogni analisi sugli elementi soggettivi e personali;

iv) confuta, infine, doverosamente le dottrine penali del nazional-socialismo ma persino in esse scorge – a suo dire – un germe propulsivo, nella misura in cui le stesse rappresentavano comunque una reazione agli eccessi di formalismo astratto tipici di certa dottrina precedente.

Nello scritto giovanile *Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale* (1940), affrontando il tema dei rapporti tra “logicismo” e “realismo”, l’Autore ammette l’esistenza di un certo *ciclo storico* ricorrente: nei periodi di maggiore stabilità istituzionale, politica e quindi giuridica – afferma Bettiol – è naturale che si affermi il metodo logico, astratto e formale, in quanto l’ordinamento giuridico tende a essere più “sistematico” e immune da contraddizioni, lasciando così ai giuristi un compito più puro, astratto, quasi “ieratico”; viceversa, nei periodi di maggiore fermento o persino di crisi economica, politica o istituzionale, è comune che affiorino maggiori contraddizioni all’interno del sistema legale e, di conseguenza, più urgente appare una nuova attenzione verso la concreta realtà sociale, proprio al fine di sanare i dissidi interni alle norme o i contrasti tra le norme e la mutevole realtà concreta¹⁵⁸.

¹⁵⁸ G. BETTIOL, *Sui recenti orientamenti metodologici*, cit., 487: «Del resto, non bisogna dimenticare come il metodo realistico abbia oggi potuto avere il sopravvento su quello logico-formale perché viviamo in un periodo quanto mai burrascoso nel quale ogni schema è portato ad infrangersi, laddove il metodo logico-formale ha potuto affermarsi e consolidarsi nel periodo che va dalla guerra franco-prussiana a quello della prima guerra europea, nel quale l’Europa ha goduto di una lunga pace e ha potuto avviarsi sulle vie del progresso sociale». Analogamente, Bettiol osserva che le impostazioni teleologiche e *de lege ferenda* di E. Schwinge e L. Zimmerl sono, non a caso, affiorate «nel pieno turbine di una crisi economica e politica», ossia negli anni ’30 del XX secolo, epoca nella quale maggiore era la necessità di “guardare al concreto”, attraverso la categoria dello *scopo*, e di immaginare nuove riforme di diritto (*de iure condendo*), capaci di adeguare il sistema vigente ai nuovi scenari e alle nuove esigenze politico-istituzionali ed economiche (*ibidem*, 479); anche nel *realismo* di Antolisei, come critica al formalismo imperante prima

Infine, il teleologismo di Bettiol sembra lasciare aperta la strada a un problema perenne e sempre attuale nella materia penale, vale a dire il *fil rouge* che deve collegare i tre grandi versanti della scienza criminale: la legge > il reato > la pena. Se il sistema penale intende essere animato da un'intima coerenza razionale e logico-giuridica, appare ineludibile cogliere, comprendere e attuare l'unità di senso che deve sempre connettere i predetti tre versanti:

i) il *fine della legge penale* (che comprende il precetto e la minaccia di pena), posto che l'incriminazione si giustifica solo ove sia direttamente o indirettamente protesa al promovimento del bene comune e della pace sociale;

ii) il *fine del reato e nel reato*, ossia la necessità che il fatto illecito, per essere concretamente sanzionato, si ponga in contraddizione rispetto al bene comune di volta in volta attinto; e ciò sia in termini di oggettiva offensività, sia in termini di tensione personale sottesa al comportamento materiale (aspetti entrambi intrecciati alla dialettica tra *descrizione* e *valutazione*);

iii) il *fine della pena*: a chiudere il cerchio, la pena deve sempre armonizzarsi con il fine della legge e con il momento di contraddizione tra i fini individuali e il fine del bene comune¹⁵⁹; una pena che “piovesse dall'alto”, senza dialogare con il fine della legge e con la dimensione teleologica del reato, apparirebbe priva di razionalità e, dunque, sprovvista di giustificazione legale e costituzionale.

Bettiol fornisce alcune risposte a tali quesiti: la *legge penale* è intesa come uno strumento “classico” di composizione sociale, di in-

della Grande Guerra, Bettiol vede una tendenza tipica dei tempi di “crisi” del diritto e della politica (*ibidem*, 485-487, con rinvio a F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico della scienza del diritto penale*, cit.).

¹⁵⁹ Sui rapporti tra funzione della pena e bene comune in Bettiol molto vi sarebbe da dire, al di là della limitata economia del presente scritto, il quale – come anticipato – non si sofferma sul tema della pena. In particolare, in G. BETTIOL, *Indirizzi metodici*, cit., 722, la posizione dell'Autore andrebbe approfondita, in quanto il fine del bene comune non viene concepito come fondamento o giustificazione della pena, bensì come puro *limite esterno* ed estrinseco al presidio punitivo, quest'ultimo da fondarsi anzitutto e in modo originario sulla retribuzione morale: in ciò sembra che Bettiol si allontani da quelle premesse tomistiche e scolastiche alle quali egli ha sempre ritenuto di prestare attenzione (cfr. la critica di A. DE MARSCO, *I problemi penali nel teleologismo del Bettiol*, cit., 557 ss., a nostro parere fondata).

treccio tra le varie anime della comunità in vista del bene comune; il *reato* è concepito come un'azione tipica, materialmente antiggiuridica (cioè offensiva per il bene) e colpevole, cioè personalmente rimproverabile¹⁶⁰; la *pena* è intesa come strumento di retribuzione etico-giuridica, in conformità ai precedenti postulati penali.

Quelle di Bettiol non sono sempre risposte insuperabili e “definitive” ma, quand’anche esse non siano oggi condivise – quella sulla pena, ad esempio, andrebbe grandemente rimeditata e attualizzata –, il *problema* loro sottostante rimane centrale, vale a dire la necessità di collegare razionalmente *legge, reato e sanzione*¹⁶¹, in un’epoca in cui i

¹⁶⁰ Come noto, Bettiol aderisce con convinzione alla concezione *normativa* della colpevolezza, ritenendo che la concezione *psicologica* sia «astratta, sterile, fredda, perché non scende nell’intimo della personalità, non indaga sulle ragioni dell’operare, non accentua le reazioni dell’ambiente sull’animo del reo, considera in ultima analisi colpevoli anche comportamenti giustificati e comportamenti nei quali il substrato psicologico, se pur esiste, non può ritenersi rilevante. Tutto ciò invece non si riscontra nella concezione cosiddetta *normativa* della colpevolezza» (G. BETTIOL, *Colpevolezza retributiva e pena normativa*, cit., 608 ss., con rinvio alle coeve opere di G. MUSOTTO, *Colpevolezza, dolo e colpa*, Palermo, 1939; G. BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, Palermo, 1942; cfr. anche G. MAGGIORE, *Prolegomeni al concetto di colpevolezza*, Palermo, 1950, nonché M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951). Lo specifico tema della colpevolezza non rappresenta l’oggetto principale del presente contributo; tuttavia, l’adesione di Bettiol alla c.d. concezione normativa solleva non pochi problemi di coerenza interna, ove vengano rievocate le teorie normative “pure” di matrice neo-kantiana (si pensi alla concezione kelseniana, che Bettiol non potrebbe condividere, poiché essa si riferisce alla *Person im Recht* e non già all’agente concreto); piuttosto, la sua concezione sembra “ibrida”, nel senso di valorizzare la colpevolezza individuale e personale del reo “in carne e ossa”, seppur sempre valutata alla luce delle pretese normative dell’ordinamento. Cfr. G. BETTIOL, *Colpevolezza retributiva e pena normativa*, cit., 611 ss.: «Si vorrebbe da taluni, data la possibilità di equivoci che l’espressione “normativa” può portare seco [il riferimento è a R. v. THIERFELDER, *Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unser Tage*, Tübingen, 1934, 1], parlare di una colpevolezza “valutativa”, di una teoria cioè che riferisce la colpevolezza al mondo dei valori, espressione dell’indirizzo teleologico oggi dominante».

¹⁶¹ Si consideri che anche il funzionalismo penale di Günther Jakobs intende porre in diretto collegamento i fini della pena con la struttura del reato: tuttavia, mentre Jakobs “parte dalla pena”, ricostruendo poi “a ritroso” il concetto di reato (cfr., di recente, D. VALITUTTI, *Normativismo e funzionalismo penale. Saggi sulla teoria giuridica di Günther Jakobs*, Torino, 2020), Bettiol propone un percorso inverso sin dalla prolusione patavina del 1943: «È la natura della colpa a determinare la natura della pena. [...] Noi riteniamo, invero, che il nesso logico sia quello che dalla

tre piani risultano troppo spesso disarticolati: *reati senza legge e pene senza reati*. Pensiamo alla crisi della legalità sostanziale e della riserva di legge, alle applicazioni cripto-analogiche mascherate da apparente interpretazione estensiva; alla crisi della tassatività tipica dei periodi storici di “populismo penale”; alle sanzioni penali occulte non coperte dalle garanzie della penalità: legalità, tassatività, irretroattività, offensività, personalità, proporzionalità, funzione tendenzialmente rieducativa; alle confische senza condanna; alle misure di prevenzione sostanzialmente punitive senza reato; e così via.

Come osservato da Luciano Pettoello Mantovani (1927-2017) ne *Il concetto ontologico del reato* (1954), il teleologismo di Bettiol – nonostante le apparenze nominali e qualche punto di remoto contatto – è molto diverso dal finalismo welzeliano¹⁶²: il maestro tedesco,

colpa passa alla pena e non viceversa, perché, data la maggior facilità di considerare la pena sotto diversi angoli visuali [...], potrebbe riuscire molto facile la deformazione del concetto di colpevolezza, o un adattamento della stessa a una teoria penale magari aprioristicamente scelta» (G. BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, cit., 614).

¹⁶² Già nel corso del presente scritto sono stati evidenziati i punti di contatto e di dissenso tra il pensiero bettioliano e quello welzeliano. In particolare, a Welzel Bettiol rimprovera di non avere mai accettato *in toto* il principio della libertà del volere e, dunque, di avere riproposto una nuova forma di oggettivismo penale (G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, oggi in *Scritti giuridici (1966/1982)*, Padova, 1980, 101-117). In A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 89, si sostiene che quella welzeliana sarebbe una sorta di “terza via” tra determinismo e indeterminismo, che sposterebbe «tutto l'accento della riprovevolezza [cioè della colpevolezza normativa: n.d.r.] al di là dell'accertamento dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo del reato, finendo per condizionarlo ad un presupposto squisitamente etico e giuridicamente non costruibile (se non come finzione), ossia la *possibilità* di autodeterminarsi altrimenti». Cfr. anche L. CORNACCHIA, *Ein unausrottbare Verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in M. PAWLIK, L. CORNACCHIA (a cura di), *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, Napoli, 2015, 264 ss. Per un'interessante rilettura dell'“ontologia penale” di Welzel alla luce degli orientamenti filosofici della fenomenologia e dell'esistenzialismo, cfr. A. VERNACOTOLA GUALTERI D'OCRE, *Teleologismo penale, metafisica e diritto naturale*, cit., 3 ss. Per un richiamo al concetto di “azione socialmente adeguata”, G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, I ed., cit., 202; ID., *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, cit., 471.

Ricordiamo inoltre che, nella *Prefazione* alla seconda edizione del *Diritto penale* (Palermo, 1950), Bettiol aveva affermato di «non esclud[ere] che in una even-

infatti, dedicò quasi tutte le proprie energie ad una nuova *teoria del reato*, alternativa ai naturalismi, ai sociologismi e ai normativismi precedenti e contemporanei, concentrandosi sostanzialmente sul *fine come "intenzionalità"* (in breve: come *dolo*), e da ciò le ben note – e in gran parte insanabili – aporie che ne conseguivano; di contro, Bettiol si propose di “alzare la posta”, con l’ambizione di edificare una intera *materia penale* sul concetto di *fine*, ben al di là della pura struttura del reato, risalendo così a tutti i gangli del diritto penale: dalla legge alla persona del reo, dalla teoria del reato agli scopi della pena.

Questo sembra il lascito ideale¹⁶³ del *primo Bettiol*, lascito forse non sempre del tutto esplicitato dal Maestro friulano, e senz’altro su-

tuale terza edizione il sistema possa essere riveduto sulla base di quel criterio finalistico proprio dell’agire umano [studiato da Welzel: n.d.r.]. Come noto, tuttavia, nelle successive edizioni del *Diritto penale* fino all’undicesima, l’Autore non diede mai luogo a questa ipotesi di progetto (cfr. la *Prefazione* alla terza edizione del 1955: «Non avrei, invero, più riconosciuta la mia opera venuta a maturazione in un determinato clima e in un determinato momento storico di cui anche le linee sistematiche sono una manifestazione non ultima»). Sul punto, cfr. A. PAGLIARO, *Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, cit., 31 ss., nonché 39.

¹⁶³ Cfr. G. BETTIOL, *Gli ultimi scritti (1980-1982) e la lezione di congedo* (6.V.1982), Padova, 1984); la *Prefazione* all’XI edizione del *Diritto penale* è considerata uno dei principali testamenti spirituali dell’Autore. Si rinvia, fra tutti, ai necrologi di Pietro Nuvolone (in *Ind. pen.*, 1982, 177 ss.); Luciano Pettoello Mantovani (in *Giust. pen.*, 1982, 350 ss.; nonché la *Prefazione* alla XII edizione del *Diritto penale* di Bettiol, Padova, 1986); Giuliano Vassalli (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 429 ss.); Enrico Opocher (ne *Il Gazzettino*, 27 giugno 1982, 3); Salvatore Panagia (in *Rass. giust. mil.*, 1982, 553); Giampietro Richiello (in *Rass. giust. mil.*, 1982, 557); Eugenio Raúl Zaffaroni (in *Doctrina penal*, 1982, Buenos Aires, 217); Mario Alessandro Cattaneo (in *Riv. int. fil. dir.*, LX, 1983, 143 ss.); nonché C. PEDRAZZI, *Il “diritto penale” del Bettiol*, in *Riv. fil. neo-scol.*, vol. XXXIX, giugno 1947, 110-122; A. MOLARI, *Ricordo di Giuseppe Bettiol*, in *Ind. pen.*, 1986, 523 ss.; P. LONGO, *Giuseppe Bettiol*, in *Nel segno della conoscenza. I docenti universitari nel Rotary Club Padova*, Padova, 2022, 16-18; F. PALAZZO, *Bettiol, Giuseppe. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto* (2012), in *www.treccani.it*; M. ROBIONY, *Bettiol, Giuseppe (1907-1982): giurista, politico, docente*, in C. SCALON, C. GRIGGIO, G. BERGAMINI (a cura di), *Nuovo Liruti. Dizionario biografico dei friulani*, 3. *L’età contemporanea*, Udine, 2011, 419-420. Per una bibliografia sul pensiero di Bettiol, si vedano G. MARINI, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia*, Napoli, 1985, *passim*; B. PELLEGRINO, R. BETTIOL, *Giuseppe Bettiol. Una vita tra diritto e politica*, Padova, 2009, *passim*; A. VERNACOTOLA GUALTIERI D’OCRE, *Primato della persona*, cit., *pas-*

scettibile di futuri approfondimenti, anche nell'ottica di rendere attuale un pensiero che può ancora dare frutti sul piano dogmatico e di politica criminale.

Abstract

Il saggio riguarda la produzione scientifica del giovane Giuseppe Bettiol (1907-1982), con particolare riferimento agli scritti che vanno dalla prolusione cagliaritana (1936) alla prolusione patavina (1943): in questo periodo, l'Autore critica la c.d. "giurisprudenza dei concetti" e la "giurisprudenza degli interessi", proponendo una forma di giurisprudenza penale dei valori che egli chiama "teleologica".

The essay concerns the criminal thought of young Giuseppe Bettiol (1907-1982), with particular reference to the writings ranging from the Cagliari prolusion (1936) to the Padua prolusion (1943): in this period, the Author criticizes the so-called "jurisprudence of concepts" and the "jurisprudence of interests", proposing a form of criminal jurisprudence of values that he calls "teleological".

sim; C.M. FABRIS, *Giuseppe Bettiol: uomo, penalista, filosofo*, in *L'Ircocervo*, 2011, n. 1 (www.lircocervo.it).

RECENSIONI

LUCA OLIVERI, *Compensazione e sanzione nella responsabilità civile. Contributo a un'analisi funzionale*, Pisa, PACINI GIURIDICA, 2024, pp. 479.

Quello di Luca Oliveri, valente giovane studioso di scuola genovese, è un libro che merita realmente di essere segnalato. L'indagine, corposa e originale, si prefigge di ragionare sulla funzione della responsabilità extracontrattuale: una pluralità di funzioni oppure una monofunzionalità? L'analisi si dipana in quattro ampi capitoli, esaustivi, contenenti anche riferimenti storici e comparatistici importanti. La trattazione non è mai dogmatica, ma viene condotta in chiave assiologico-costituzionale, con una visione sociologica delle questioni.

Pur nell'estrema sintesi della presente recensione, si deve sottolineare che l'A. osserva come il problema delle funzioni della responsabilità extracontrattuale debba essere inteso da un punto di vista genuinamente normativo; andrebbero invece espresse riserve, si osserva, verso certe modalità di conduzione dello studio delle funzioni in relazione all'atteggiamento tenuto nei confronti del dato positivo, e ciò tenuto conto che il florilegio di funzioni che ha caratterizzato gli studi recenti va a ridursi, per arrivare alla conferma della dicotomia tra compensazione e punizione. Sottolinea Oliveri che l'abbandono del modello punitivo e l'adesione al modello compensativo non devono essere intesi quai indici di un avvenuto mutamento funzionale dell'istituto, ma quali manifestazioni di una maggiore fedeltà dei giuristi al testo. Nell'ambito della responsabilità extracontrattuale propriamente intesa sono stati il danno e la sua compensazione a rivestire il ruolo principale.

Gli snodi argomentativi sono fondamentalmente tre. Il primo attiene all'interpretazione dell'art. 2059 c.c.; il secondo va riferito alle varie figure di pregiudizio non patrimoniale, con la sottolineatura che la riflessione passata si è collocata su un terreno funzionalmente

compensativo; in terzo luogo, la riflessione funzionale dell'A. si concentra intorno all'arresto giurisprudenziale delle Sezioni Unite del 2017. La responsabilità extracontrattuale, conclusivamente, non vede mutare la sua caratterizzante funzione compensativa, che la rende strumento esclusivamente volto al risarcimento del pregiudizio.

CRISTIANO CICERO

MAURIZIO FERRARI, *Genitorialità e successioni nelle famiglie ricomposte*, Napoli, ESI, 2024, pp. 136.

Il tema oggetto della riflessione di Maurizio Ferrari è di grande attualità. Anticipo subito il giudizio del recensore, che è molto positivo: si tratta di una monografia agile, felicemente scritta con un pensiero originale, che tratta rifuggendo dai dogmatismi e nel solco della costituzionalizzazione del diritto successorio alcuni dei problemi oggi più sentiti nella vita delle nuove costellazioni familiari.

Il fenomeno delle c.d. famiglie ricomposte solleva importanti interrogativi con riferimento ai rapporti patrimoniali che possono instaurarsi tra «figlio unilaterale» e c.d. «genitore sociale». L'emergente figura del «genitore sociale» è espressione di una scissione tra la fattispecie legale, impostata sui criteri della generazione biologica ovvero di quelli formali dell'adozione, e la situazione sostanziale, nella quale un altro soggetto pur non legato da vincoli parentali, si trovi in una posizione di «contatto qualificato» con il minore, che lo porti ad instaurare con lui una relazione affettiva particolarmente significativa e ad esercitare sostanzialmente i contenuti propri dell'ufficio genitoriale, anche a livello patrimonialistico. Nell'originario impianto codicistico del diritto di famiglia, tenuto a riferimento in sede costituente, le formazioni «familiari», con il relativo compendio di diritti ed obblighi che esse coinvolgono, trovano giustificazione sul piano dell'«atto» posto a base della loro genesi, vale a dire sul negozio giuridico del matrimonio. Analoga attenzione non è prestata alla diversa dimensione del «rapporto», quale complesso di relazioni che riempiono di contenuto la nozione di «famiglia» e che sono riconducibili alla «significatività degli affetti» e alla condivisione di una comune «vita familiare». L'individuazione del fondamento dell'esigenza di protezione della famiglia di fatto nel contesto previsionale dell'art. 2 cost., risulta essere ampiamente confermata dai riscontri giurisprudenziali, anche eventualmente riferiti ad unioni tra persone

dello stesso sesso, che ne hanno affermato, tra le altre cose, la necessità per i pubblici poteri di apprestare strumenti di protezione della «vita familiare» che nei predetti consorzi affettivi viene, dunque, a svolgersi. In questo quadro evolutivo si innesta il fenomeno della costituzione delle c.d. famiglie ricomposte, che solleva importanti interrogativi con riferimento ai rapporti patrimoniali che possono instaurarsi tra il «figlio unilaterale» ed il c.d. «genitore sociale», al di fuori di un formale vincolo giuridico eventualmente intercorrente tra gli stessi (ad es. nell'ipotesi in cui non si sia dato luogo ad adozione) ed in mancanza, anche, di un semplice rapporto di affinità tra costoro che, per quanto poco possa rilevare, implicherebbe comunque che la «nuova» formazione familiare sia stata edificata sul matrimonio. Nel caso della famiglia «ricomposta» non sussiste alcun fattore giuridicamente formalizzato intorno al quale poter costruire un obbligo a carico del «genitore sociale» di provvedere al mantenimento o, comunque, di garantire la sussistenza materiale del figlio del proprio coniuge/convivente (p. 12). Il parametro della «significatività dei rapporti» si pone quale vero e proprio principio di sistema che si erge a comune denominatore del complesso delle norme dedicate alla tutela del preminente interesse del minore, così da superare la dimensione positiva e particolaristica della singola disposizione e poter essere impiegato nella regolamentazione delle fattispecie e nella soluzione delle questioni concrete in assenza di regole specifiche ad esse dedicate; ciò, anche in considerazione dell'intrinseca riferibilità del menzionato principio a quell'insieme di valori che fondano il tessuto non negoziabile del vigente ordinamento costituzionale.

L'A. sottolinea l'esigenza di individuare dei corollari applicativi, che permettano di fugare, in sede giudiziale, il rischio di un'estensione generalizzata della teoria della «genitorialità di fatto», a convivenze e formazioni sociali aventi carattere occasionale ovvero struttura non familiare (p. 17). Stante l'assenza di un «atto» formale, come potrebbe essere il matrimonio od anche eventualmente la registrazione di un'unione civile o la stipulazione di un contratto di convivenza, dal quale dedurre in via automatica la «matrice familiare» della formazione, è necessario che ci si soffermi sul piano sostanziale del «rapporto», addentrandosi nell'analisi del caso concreto. Di là dal parametro della «durata» della convivenza, di per sé non autonoma-

mente predittivo, ma che, comunque, non deve essere tale da lasciare presumere l'occasionalità, il sorgere dell'obbligo di protezione a carico del «genitore sociale» deve essere ricondotto essenzialmente ai presupposti della «serietà» e della «stabilità» della convivenza medesima (p. 19). Portata sicuramente dirimente, tale da assurgere a presunzione insuscettibile di prova contraria, assume la circostanza per la quale nella famiglia «ricomposta», oltre alla prole «unilaterale» di ciascuno dei conviventi, vi siano anche figli «comuni» della coppia. Aspetto che, se da un lato implica la condivisione in capo ai conviventi dei doveri propri della «genitorialità», dando alla nuova formazione una caratterizzazione inequivocabilmente «familiare» con la contestuale insorgenza di quel mutuo rapporto di solidarietà tra i suoi componenti, a cui non può non partecipare l'eventuale prole «unilaterale» di uno di essi, stante la «vita comune» che con i medesimi si instaura; dall'altro, deve essere letto alla luce della riforma sulla filiazione, che all'unificazione dello status di figlio ne ha accompagnato l'inserimento nei rapporti di parentela del genitore (*ex artt. 74 e 258 c.c.*), così che, nel nuovo nucleo, risultando rafforzato lo stesso legame giuridico che intercorre tra prole «comune» e prole «unilaterale», venga sicuramente a profilarsi quell'*affectio* qualificante il consorzio familiare (p. 20). L'instaurazione di un rapporto genitoriale di «fatto» presuppone il consenso espresso o tacito del coniuge/convivente del genitore biologico ed, eventualmente, degli altri membri del nucleo familiare, ove si verta nelle ipotesi contemplate nell'art. 252 c.c. («affidamento del figlio nato fuori del matrimonio e suo inserimento nella famiglia del genitore»), all'inserimento del «figlio unilaterale» nella nuova formazione «ricomposta». Consenso che non si può ritenere limitato al piano personale ed empirico, ossia al mero «fatto» della convivenza; infatti, esso inevitabilmente estende la propria portata effettuale anche a tutta quella serie di diritti ed obblighi che caratterizzano la «vita familiare», stante la centralità della dimensione del «rapporto» rispetto a quella della natura dell'«atto» costitutivo del medesimo, scaturita nel riconoscimento della pari dignità delle c.d. «famiglie di fatto»¹⁰ e che nella sostanza distinguono questa da altre forme di convivenza non connotate dalla sussistenza di un consorzio affettivo tra i suoi componenti. Tanto considerato, l'A. ritiene che non possa essere accolto l'indirizzo prevalente che configura le attribuzioni patrimoniali effettuate dal «genitore sociale» in favore del

«figlio unilaterale», sempre quali atti di adempimento di un'obbligazione naturale, in quanto espressivi di un dovere morale o sociale del disponente. Infatti, ferma restando la persistenza nella fattispecie in esame di un «dovere» anche moralmente e socialmente rilevante, è altrettanto evidente che questo sia dotato del crisma della giuridicità (p. 26). Quello che viene a contrassegnare il profilo funzionale dei predetti trasferimenti patrimoniali, purché di entità ragionevolmente proporzionata alla natura del fine perseguito è la sussistenza di una «causa familiare».

Sottolinea Ferrari che il decesso di uno dei componenti costitutivi del consorzio «ricomposto» vede contrapposte non più soltanto le aspettative successorie del coniuge superstite con quelle che sono dei figli anche propri, quanto spesso il concorso tra figli di primo letto e coniuge in seconde nozze, ovvero ancora tra prole generata nel corso di due o più matrimoni o unioni di fatto, aprendo a scenari non previsti – quantomeno usualmente – dal legislatore del 1942 e rispetto ai quali la risposta codicistica è insufficiente, incentrata com'è solo sulla qualità formale di figlio e di coniuge, senza effettuare alcun distinguo in ordine al momento in cui si è acquisita la posizione di legittimario (p. 34). Si pone un problema di coordinamento del dato normativo vigente, non disgiunto dall'auspicio di un intervento riformatore capace di adeguare la disciplina della successione necessaria con quel complesso di «situazioni che possono prospettarsi a seguito della rottura del matrimonio e della ricomposizione di nuovi nuclei familiari». Non di meno l'esigenza di adattamento delle regole di diritto ereditario al fenomeno delle famiglie «ricomposte» si impone anche in relazione alla diversità di concezioni assiologiche avvicendatesi nel tempo a fondamento del sistema della successione dei legittimari, i cui mutamenti hanno attinto la propria linfa pressoché esclusivamente dalla necessità di adeguare la disciplina del diritto di famiglia ai «nuovi» valori introdotti dalla Carta costituzionale del 1948, con l'effetto di perdere in parte la propria originaria funzionalità direttiva rispetto al dinamismo dell'esperienza empirica. Allo stato attuale, il vigente sistema della successione necessaria ha in parte smarrito la propria ratio fondativa e si trova a dover fare i conti con un dato sociale profondamente mutato, rispetto al quale spesso non riesce a fornire più risposte esaustive. Non potendo spesso a ciò

ovviare l'interpretazione evolutiva od analogica degli istituti in essere, è evidente che la disciplina dei fenomeni ereditari nel contesto delle famiglie «ricomposte» finisca coll'intersecarsi con le più ampie istanze di riforma dell'intero sistema della successione necessaria, benché non difettino nell'ordinamento alcuni indici capaci di spingere verso differenti modalità applicative di taluni istituti vigenti (p. 42). Seppur è da escludersi una copertura esplicita della successione necessaria da parte della legge fondamentale, questa è stata oggetto di una «costituzionalizzazione indiretta», così che possa ritenersi che ad essere oggetto di tutela costituzionale sia soltanto una «successione necessaria materiale», ossia quel complesso di disposizioni che offrono una concreta protezione patrimoniale «a coniuge e figli minori del de cuius», in coerenza con quanto disposto dagli artt. 29, 30 e 31 cost., che da parte loro riconoscono «i diritti della famiglia», stabiliscono il «dovere e diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio» e statuiscono il compito della Repubblica di favorire «gli istituti necessari» alla protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù, di cui rappresentano la naturale estensione cronologica (p. 46).

Uno dei principali ambiti di intervento dell'auspicata riforma della successione necessaria concerne la misura delle quote riservate, al di là di una generale riduzione delle stesse in favore dell'ampliamento della disponibile (p. 56). L'A. propende per il meccanismo della c.d. quota mobile. L'entità di quest'ultima, pur garantita entro un minimo, potrebbe subire delle oscillazioni in aumento ovvero in diminuzione in relazione all'eventuale «stato di bisogno» di uno dei legittimari (si pensi ad esempio all'ipotetico concorso tra figli minori o disabili con figli maggiorenni ed economicamente indipendenti) eventualmente imprimendo un vincolo di destinazione limitato alla porzione maggiorativa del lascito, che ne assicuri la connessione funzionale all'apprestamento delle opportune misure volte a far fronte alla situazione di necessità; al «merito» particolare di uno di essi rispetto agli altri, tanto dal punto di vista morale (ad es.: il figlio che ha assistito amorevolmente il proprio genitore a fronte di quello che se ne è totalmente disinteressato), che da quello economico (si pensi al successore necessario, coniuge o figlio, che con il proprio lavoro ovvero con altri proventi abbia contribuito in modo sensibile alla

formazione del patrimonio familiare). Soluzioni queste ultime che in parte ricalcano quelle adottate nel sistema tedesco, anche se con qualche differenza, nel quale è attribuita specifica rilevanza alle cure ed all'attività lavorativa che l'erede abbia prestato in favore del *de cuius*, ancorché abbia espressamente rinunciato ad ottenerne ogni beneficio economico, ed il cui valore sarà imputato alla sua quota, incrementandone l'entità secondo la misura rimessa all'apprezzamento del giudice in relazione alle peculiarità del caso concreto. In tutti i casi suddetti, il peso economico attribuito al «merito» od al «bisogno», eccedente dalla quota standard spettante a ciascun erede, dovrebbe essere posto dapprima sulla disponibile, in totale sintonia con quanto accade nell'attuale vigore codicistico, e solo in caso di sua insufficienza, entro il limite consentito, sulla quota riservata agli altri legittimari (p. 58). Relativamente alla posizione del coniuge (o convivente registrato) in seconde nozze, dovrebbe propendersi per un sistema in grado di subordinare l'entità della quota di riserva spettante al coniuge, sia alla «durata» del vincolo matrimoniale, sia al regime patrimoniale adottato durante il coniugio, stabilendo un coordinamento tra questi fattori, in grado di condurre a soluzioni equilibrate.

Ferrari propende per una riforma dell'art. 540, comma 2, c.c. nel senso di condizionarne il disposto alla durata del vincolo coniugale e di connetterne i criteri di computo con la tutela delle aspettative successorie dei figli. In questo senso, appare equilibrato riconoscere il diritto di uso e di abitazione a tempo indeterminato solo allorché il vincolo coniugale abbia raggiunto il decimo anno dalla celebrazione, con la possibilità, stante la diffusione del fenomeno, di far valere in via giudiziale l'eventuale periodo di stabile convivenza che abbia preceduto le nozze. Del resto, soltanto la protrazione dell'unione per un lasso cronologico adeguato può far sorgere e prevalere l'esigenza solidaristica del vedovo di conservare l'ambiente domestico in cui ha collocato la sua vita familiare e, quindi, formato e sviluppato la sua stessa personalità; viceversa, risultando soccombente rispetto all'esigenza di garantire le aspettative ereditarie dei figli (specie se di primo letto), che potrebbero essere fortemente lese, laddove si riconoscesse al superstite (verisimilmente di giovane età, stante la breve durata del coniugio), di occupare *sine die* l'immobile. Il peso dei diritti predetti dovrebbe, poi, essere posto dapprima a carico della quota di riserva del coniuge e solo in caso di sua insuffi-

cienza sulla disponibile ed infine sulla porzione spettante ai figli, emendando, quindi, l'ordine di priorità sancito attualmente dall'art. 540, comma 2, c.c. Nel caso in cui, invece, il matrimonio non sia durato per almeno dieci anni, pur col computo dell'eventuale periodo di convivenza e fermo un margine giudiziale di adattamento ad ipotesi contrassegnate dal bisogno (ad es.: malattia o disabilità del superstite) o da connotazioni peculiari (non sarebbe logico sottrarre al cennato regime quelle unioni durate ad esempio nove anni e dieci mesi), l'attribuzione del diritto di uso e di abitazione della casa coniugale dovrebbe avvenire a tempo determinato, seguendo un criterio simile a quello stabilito dal comma 42, dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, in virtù del quale ove la casa «familiare» fosse di proprietà del *de cuius* si riconosce il diritto del convivente di continuare ad abitarla per un lasso cronologico oscillante dal minimo di due anni ad una durata pari a quella della convivenza, per un massimo non eccedente i cinque anni, pur con delle variabili migliorative nell'eventualità in cui vi siano anche figli minori o disabili, stante il prevalente interesse di questi ultimi (p. 66).

Questione di particolare complessità, meritevole di urgente regolamentazione, è quella che nel contesto delle famiglie «ricomposte» vede, nella spartizione del patrimonio relitto, il concorso del coniuge in seconde nozze con i figli di primo letto del defunto. Ciò in considerazione del rischio che questi ultimi possano essere chiamati a dividere con il «patrigno» o la «matrigna», ossia con un soggetto «estraneo» al loro consorzio affettivo ed in ogni caso, rispetto ad essi ed al genitore premorto, rivale (anche sentimentalmente) nel procedimento successorio, parte del patrimonio in origine di proprietà esclusiva del proprio genitore; sia che possano, per conseguenza di quanto sopra, subire un trattamento peggiore rispetto all'eventuale prole generata durante il secondo vincolo coniugale (o unione di fatto) (p. 68). Procedendo dall'ultimo degli ambiti emarginati, l'esigenza, in presenza di una pluralità di formazioni familiari sovrapposte nel tempo, è quella di ridurre la base di calcolo della quota spettante al coniuge in seconde (terze, etc.) nozze; cosicché sarebbe opportuno sdoppiare la riunione fittizia, distinguendone una inerente alla posizione del superstite, in cui dovrebbero essere oggetto di computo solo le donazioni effettuate dal *de cuius* dopo la celebra-

zione del matrimonio; ed un'altra dedicata ai figli, nella quale considerare tutte le liberalità effettuate dal defunto, prima e dopo la nascita degli stessi. A ciò farebbe chiaramente da pari, per esigenze di coerenza sistematica, una modifica dell'art. 737 c.c., escludendo l'obbligo di collazione da parte dei figli nei confronti del coniuge superstite delle donazioni ricevute dal defunto prima della celebrazione del secondo (o ulteriore) matrimonio di quest'ultimo. Sulla scorta di quanto detto, limitatamente all'ipotesi di concorso nella spartizione del relictum tra figli di primo letto e coniuge in seconde nozze, può essere accolta con favore la proposta dottrinale che suggerisce l'estensione del principio della c.d. «bigenitorialità».

La convivenza «more uxorio», come si è potuto rilevare, esprime un paradigma qualificatorio che accomuna diverse situazioni esistenziali, tutte caratterizzate dall'assenza di un atto giuridico che fornisca i supporti di forma e sostanza legittimanti la tutela giuridica del rapporto anche sotto il profilo dei diritti e doveri patrimoniali. L'evoluzione normativa che, attraverso l'istituzione delle unioni civili, ha consentito di ampliare il novero dei rapporti tutelati estendendovi tutela prima riservate al solo rapporto coniugale, si sta caratterizzando per la progressiva ricomprensione di nuove forme di convivenza non sempre automaticamente ritenute meritevoli di tutela (p. 87). L'avvenuta regolamentazione delle «unioni civili» e l'estensione alle convivenze di fatto di alcune limitate prerogative successorie ha, in parte, depotenziato le argomentazioni dottrinali a sostegno della tutela ereditaria del convivente more uxorio, essendo venute meno, anche per le persone del medesimo sesso, le preclusioni esistenti al riconoscimento dell'unione non fondata sul matrimonio. Tuttavia, non può essere trascurato che la decisione di porre in essere una convivenza di mero fatto richieda in ogni caso qualche forma di protezione giuridica. Risulterebbe, quindi, conclude l'A., difficile giustificare ogni forma di paternalismo legislativo o giurisprudenziale che tentasse di imporre una sorta di «riserva» anche in favore del «compagno» superstite, senza che risulti in sé lesa la scelta liberamente compiuta dai partners di tenere il loro consorzio affettivo al di fuori delle maglie del diritto.

CRISTIANO CICERO

AUTORI

DANIELE AMOROSO

Professore associato nell'Università di Cagliari

FABRIZIO CALISAI

Professore associato nell'Università di Sassari

VALERIA CAREDDA

Professoressa ordinaria nell'Università di Cagliari

CRISTIANO CICERO

Professore ordinario nell'Università di Cagliari

GABRIELE CIVELLO

Ricercatore nell'Università di Cagliari

CARLO DORE

Professore associato nell'Università di Cagliari

RICCARDO FERCIA

Professore ordinario nell'Università di Cagliari

VINCENZO FERRARI

Professore ordinario nell'Università della Calabria

MAURO GRONDONA

Professore ordinario nell'Università di Genova

ALESSANDRA LEUZZI

Assegnista di ricerca nell'Università di Cagliari

RITA PILIA

Professoressa associata nell'Università di Cagliari

FABRIZIO PIRAINO

Professore ordinario nell'Università di Palermo

ELISABETTA PIRAS

Professoressa associata nell'Università di Cagliari

FRANCESCA PULITANÒ

Professoressa associata nell'Università di Milano

GABRIELE RACUGNO

Già professore ordinario nell'Università di Cagliari

SILVIA USALA

Dottoranda di ricerca nell'Università di Cagliari

Regolamento

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

e

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

1. Il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari intende dare continuità allo storico periodico Studi economico-giuridici, ISSN 1971-5692, ISSN-L 1971-5692, Codice CDU 33, Codice rivista P 00059105 in ACNP e classificati come rivista scientifica dall'ANVUR, che per più di un secolo, dal 1909, è stato ininterrotta espressione dei plurimi percorsi scientifici espressi dalla Facoltà giuridica cagliaritana.
2. Gli «Studi economico-giuridici» avranno cadenza annuale con fascicoli semestrali ed ospiteranno, nel segno del pluralismo scientifico e metodologico che da sempre caratterizza il periodico, ricerche scientifiche di studiosi italiani e stranieri in materia giuridica ed economica.
3. Organi degli Studi economico-giuridici sono il Direttore responsabile, il Comitato di direzione, il Comitato scientifico di valutazione, il Comitato esterno di valutazione, il Comitato editoriale.
4. Il Comitato di direzione è composto, su richiesta dell'interessato, dai professori ordinari in servizio presso il Dipartimento di giurisprudenza che vantino il possesso delle soglie scientifiche per il ruolo di commissario nelle procedure di Abilitazione Scientifica Nazionale e dai Professori emeriti in materie giuridiche dell'Università di Cagliari. Il Direttore responsabile è eletto dal Comitato di direzione tra i suoi componenti e assume con la carica le funzioni di coordinatore del Comitato.
5. Il Comitato scientifico e il Comitato di valutazione sono composti da professori ordinari in servizio presso gli Atenei italiani che vantino il possesso delle soglie scientifiche per il ruolo di commissario nelle procedure di Abilitazione Scientifica Nazionale nei settori concorsuali di afferenza, nonché da professori emeriti e da studiosi stranieri titolari di cattedra secondo l'ordinamento del proprio Paese.
6. Il Comitato editoriale è composto, su richiesta dell'interessato, dai ricercatori e dai professori associati afferenti al Dipartimento purché vantino il possesso delle soglie scientifiche per il conferimento dell'Abilitazione Scientifica Nazionale alla qualifica di professore associato per i ricercatori, e alla qualifica di professore ordinario per gli associati.

7. Tutte le ricerche saranno pubblicate all'esito del referaggio positivo *double-blind peer-review* a cura del Direttore responsabile o da un componente del Comitato di direzione a ciò espressamente delegato. La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato, in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR. Il referee si impegna a valutare obiettivamente il materiale ricevuto, motivando adeguatamente i giudizi espressi in maniera chiara ed esplicita all'interno di una scheda di valutazione, che contiene criteri uniformi di valutazione di ogni singolo contributo.
8. Per la procedura di revisione il Direttore responsabile, su incarico del Comitato di direzione, potrà avvalersi di uno o più componenti del Comitato esterno di valutazione e/o eccezionalmente di altri referees esterni scelti tra studiosi, anche stranieri, afferenti a Università o enti, centri studio o istituti di ricerca, di comprovata esperienza.
9. Al fine di garantire l'assoluta e completa trasparenza delle procedure di referaggio, tutte le schede di valutazione dei referees sono conservate in un archivio custodito sotto la responsabilità del Direttore o di altro componente del Comitato di direzione delegato.
10. Il Comitato di direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di scritti provenienti da Autori anche stranieri, di autorevolezza e prestigio tali che il loro contributo costituisce di per sé ragione di pregio per gli Studi economico-giuridici.
11. L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo in altra rivista o in banche dati, senza il consenso scritto del Comitato di direzione.
12. Il periodico recepisce i valori espressi nel Codice Etico dell'Università di Cagliari e alle norme contenute nel Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche (Approvato con delibera del Consiglio Direttivo ANVUR n. 42 del 20/02/2019); a tali valori e norme si conforma integralmente.
13. Il periodico si cita *St. Cagliari*.

Finito di stampare
nell'ottobre 2024
Grafica elettronica - Napoli

