Wolters Kluwer

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ANNO LXIX - N. 1 PUBBLICAZIONE BIMESTRALE ISSN 0035-6093

CEDAM

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

RETTA DA

WALTER BIGIAVI *(1955-1968)* **ALBERTO TRABUCCHI** *(1955-1998)* **GIORGIO CIAN** *(1998-2022)*

DIREZIONE

Stefano Delle Monache e Matilde Girolami (*Coordinamento*)

Elena Bargelli – Francesco D. Busnelli – Mario Campobasso
Marco Cian – Claudio Consolo – Alessandro D'Adda
Antonio Gambaro – Carlo Ibba – Natalino Irti
Salvatore Patti – Giuseppe B. Portale – Pietro Rescigno
Ugo Salanitro – Michele Sesta – Paolo Spada
Vincenzo Varano – Alessio Zaccaria – Andrea Zoppini

Guido Calabresi – Josep Ferrer Riba – Thomas Genicon
Erik Jayme – Denis Mazeaud – Àngel Rojo Fernàndez-Rio

Gennaio-Febbraio
2023

edicolaprofessionale.com/RDC

Wolters Kluwer

PUBBL. BIMESTRALE - TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE S.P.A. - SPED. IN ABB. POST. - D. L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La Rivista fu fondata nel 1955, sotto gli auspici dell'Istituto di Diritto della Facoltà di Economia e Commercio di Bologna e dell'Istituto di Diritto Privato dell'Università di Padova, da:
Enrico Allorio, Walter Bigiavi, Luigi Carraro, Giorgio Oppo, Alberto Trabucchi.

Direzione:
Stefano Delle Monache e Matilde Girolami (*Coordinamento*)

Elena Bargelli – Francesco D. Busnelli – Mario Campobasso – Marco Cian – Claudio Consolo – Alessandro D'Adda –Antonio Gambaro – Carlo Ibba - Natalino Irti – Salvatore Patti - Giuseppe B. Portale – Pietro Rescigno – Ugo Salanitro – Michele Sesta – Paolo Spada – Vincenzo Varano – Alessio Zaccaria – Andrea Zoppini

Guido Calabresi – Josep Ferrer Riba – Thomas Genicon – Erik Jayme – Denis Mazeaud – Àngel Rojo Fernàndez-Rio

Comitato Scientifico:
E. Al Mureden – G. Amadio – G. Balena – L. Balestra – V. Barsotti – G.A. Benacchio – S. Bolognini – C. Camardi – R. Caponi – V. Cariello – D. Carusi – G. D'Amico – G. De Cristofaro – M.V. De Giorgi – E. Del Prato – G. Di Rosa – B. Eccher – M. Fabre-Magnan – P. Femia – G. Gitti – C. Granelli – P. Kindler – F. Macario – M. Maggiolo – M. Mantovani – G. Marasà – M. Maugeri – E. Minervini – M. Miola – P.G. Monateri – E. Navarretta – M. Orlandi – F. Padovini – S. Pagliantini – G. Ponzanelli – E. Quadri – C. Rimini – C. Scognamiglio – P. Sirena – S. Troiano – G. Villa.

Norme di autodisciplina:
1. La pubblicazione dei contributi nella Rivista di Diritto Civile è subordinata alla loro presentazione da parte di almeno un membro della Direzione e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato Scientifico o di un altro esperto esterno scelto dalla Direzione, tenuto conto dell'area tematica del contributo. Non potranno essere presi in considerazione lavori di dimensione superiore agli 80.000 caratteri (spazi e note inclusi).
2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.
4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio, assumendosi la responsabilità della verifica.
5. In caso di pareri contrastanti la Direzione assume la responsabilità della decisione circa la pubblicazione del contributo.

Curatela degli Indici (dei fascicoli e dell'annata)
Raffaella Pasquili – Carlotta Rinaldo

Comitato Editoriale:
Raffaella Pasquili (Redattore Capo); Carlotta Rinaldo

Sede del Comitato Editoriale:
Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto, Palazzo del Bo
Via VIII Febbraio, n. 2 – 35122 Padova – Italia
e-mail: rivista.dirittocivile@unipd.it

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'intera annata è dedicata a GIORGIO CIAN
in segno di omaggio alla Sua imperitura memoria

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ANNO LXIX-N.1 PUBBLICAZIONE BIMESTRALE ISSN 0035-6093

CEDAM

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

RETTA DA

WALTER BIGIAVI *(1955-1968)* **ALBERTO TRABUCCHI** *(1955-1998)* **GIORGIO CIAN** *(1998-2022)*

DIREZIONE

Stefano Delle Monache e Matilde Girolami (*Coordinamento*)

Elena Bargelli – Francesco D. Busnelli – Mario Campobasso
Marco Cian – Claudio Consolo – Alessandro D'Adda
Antonio Gambaro – Carlo Ibba – Natalino Irti
Salvatore Patti – Giuseppe B. Portale – Pietro Rescigno
Ugo Salanitro – Michele Sesta – Paolo Spada
Vincenzo Varano – Alessio Zaccaria – Andrea Zoppini

Guido Calabresi – Josep Ferrer Riba – Thomas Genicon
Erik Jayme – Denis Mazeaud – Àngel Rojo Fernàndez-Rio

2023

edicolaprofessionale.com/RDC

Wolters Kluwer

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

INDICE DEL FASCICOLO 1°
(gennaio-febbraio 2023)

SAGGI

ALESSIO ZACCARIA, *Apparenza e autoresponsabilità. "Riascoltando" le "voci" di Falzea e Pugliatti* 1

VINCENZO BARBA, *I patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano. Riflessioni in attesa della riforma legislativa e suggerimenti per un* revirement *della giurisprudenza italiana* 16

ANTONIO CETRA, *Patrimonio e bilancio negli enti del terzo settore* 48

MAURO TESCARO, *L'evoluzione del diritto della prescrizione: termini, decorrenze e cause di estensione* 70

FLORIANO D'ALESSANDRO, *Rumore. (ovvero: come la pseudo-scienza stia soffocando la scienza vera)* 96

RECENSIONI

ISRAEL GILEAD – BJARTE ASKELAND (eds.), *Prescription in Tort Law, Analytical and Comparative Perspectives* (Salvatore Patti) 116

ALFIO GUIDO GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello* status (Tommaso Auletta) 119

CARLOTTA IPPOLITI MARTINI, *Principio di precauzione e nuove prospettive della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* (Salvatore Patti) 127

ARTURO MANIACI, *Onere della prova e strategie difensive* (Giovanni Maria Uda) 130

EDOARDO PESCE, *I rimedi dell'autonomia. Tipi, limiti e interessi dei contraenti* (Ugo Salanitro) 139

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

CONFRONTO CON LA GIURISPRUDENZA

ELENA BARGELLI, *La circolazione del divorzio degiurisdizionalizzato in Europa. Il problema del confine fra "decisione" e "atto negoziale"* 143

SIMONE VANINI, *Violazione di norme pubblicistiche di tutela ambientale da parte del produttore e difetto di conformità al contratto del bene consegnato al consumatore: la Corte di Giustizia UE e il Caso «Dieselgate». (C. Giust. Ue 14 luglio 2022, In Causa C-145/20, Porsche Inter Auto e Volkswagen)* 166

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

SAGGI

ALESSIO ZACCARIA
Prof. Dr. h.c. Dr. jur. h.c., emerito dell'Università di Verona (*)

APPARENZA E AUTORESPONSABILITÀ
"RIASCOLTANDO" LE "VOCI" DI FALZEA E PUGLIATTI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il concetto di "apparenza": il carattere oggettivo. – 3. Apparenza e buona fede del terzo. – 4. Il conflitto d'interessi generato dalle situazioni di apparenza e la sua soluzione. – 5. Apparenza e autoresponsabilità. – 6. Dalla voce "Apparenza" di Falzea alla voce "Autoresponsabilità" di Pugliatti. – 7. Può essere configurato un generale principio di autoresponsabilità? – 8. Segue. Il principio di autoresponsabilità: l'elemento oggettivo. – 9. Segue. Le fattispecie di autoresponsabilità in cui fa difetto un comportamento del soggetto autoresponsabile. – 10. Segue. Il profilo soggettivo dell'autoresponsabilità. – 11. Sintesi. – 12. Segue. Sono veramente configurabili fattispecie eccezionali di autoresponsabilità? – 13. Rappresentanza apparente, principio dell'apparenza e principio di autoresponsabilità.

1. – Nel 1958, Angelo Falzea dava alle stampe, per l'*Enciclopedia del diritto* (vol. II), la voce "Apparenza", dove veniva tratteggiato un generale principio dell'apparenza, avendosi come base di riferimento le principali fattispecie di apparenza conosciute dal nostro Codice civile, in particolare quelle del pagamento al creditore apparente e dell'acquisto dall'erede apparente.

La possibilità di utilizzare questo principio al di là delle ipotesi legislativamente previste, nonostante il suo riconosciuto carattere generale, era però ammessa da Falzea solo con prudenza, tant'è vero che veniva da lui definita "azzardata" la posizione giurisprudenziale che a cavallo degli anni '40 e '50 dello scorso secolo aveva utilizzato detto principio al fine di affermare la validità e vincolatività, per il preteso mandante, del negozio concluso dal preteso mandatario, sia pure limitatamente al caso in cui

(*) Il presente contributo è destinato al volume dedicato ad Angelo Falzea e curato da Giovanni D'Amico e Attilio Gorassini, facente parte della Collana "I Maestri del Diritto civile", promossa dalla SISDiC (Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile). Sarà inoltre pubblicato negli atti del convegno intitolato "*Il principio di autoresponsabilità nella società e nel diritto*", organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento e in quella sede svoltosi il 16 e 17 settembre 2022.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'apparente qualità di quest'ultimo fosse dovuta ad un fatto, anche solo colposo, del primo.

Nella voce non compare invece alcun riferimento al fenomeno della rappresentanza apparente, che oggi costituisce un istituto pacificamente riconosciuto; di più, in nessun luogo compare il termine "rappresentanza".

A distanza di oltre sessant'anni, la costruzione elaborata da Falzea non ha perso nulla del suo smalto, non è ancora entrata a fare parte della "storia" del nostro diritto civile, bensì è tuttora in grado di sollecitare utili riflessioni, come si cercherà di mostrare nel corso delle pagine che seguono, funzionali alla trattazione di quella che con il tempo è divenuta probabilmente la più nota situazione di apparenza giuridica non normata: la "rappresentanza apparente", appunto.

2. – Nell'ottica di Falzea, l'apparenza costituisce una situazione in sé e per sé puramente oggettiva. Nessun elemento di natura soggettiva concorre a integrare la sua struttura: «Nella apparenza un fenomeno (materialmente presente e immediatamente reale) manifesta un altro fenomeno (né materialmente presente né immediatamente reale). Lo manifesta oggettivamente» (1).

«Che l'...apparenza debba intendersi in senso puramente oggettivo ... si deduce in forma immediata dai testi di legge» (2). Particolarmente significativo è l'art. 1189 c.c.: «In questa disposizione risulta evidente la struttura dell'apparenza, in cui ... vi è un fenomeno manifestato (apparire legittimato a ricevere il pagamento), un fenomeno manifestante (le circostanze univoche) e un legame puramente oggettivo (in base a) per cui il secondo fenomeno manifesta il primo alla stregua delle normali regole dell'esperienza» (3), vale a dire «attraverso segni e rapporti di significazione socialmente apprezzabili» (4).

Conseguenza importante di questa ricostruzione è che non possono essere inquadrate come fattispecie di apparenza tutte quelle in cui ci si trova di fronte a «situazioni di fatto che simboleggiano situazioni giuridiche senza farne apparire la realtà (dichiarazioni, titoli formali, atti di pubblica fede, pubblicità)» (5).

---

(1) FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, p. 687.
(2) FALZEA, cit., p. 692-693.
(3) FALZEA, cit., p. 693.
(4) FALZEA, cit., p. 687.
(5) FALZEA, cit., p. 689-691.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3. – «Ma se l'apparenza, come elemento isolato, è alcunché di strettamente oggettivo, ciò non significa che essa non possa coesistere, in una fattispecie globale, con elementi soggettivi. L'apparenza non può certo ridursi alla buona fede, ma può bene accompagnarsi a quest'ultima nell'ambito di una più comprensiva fattispecie» (6).

«La dottrina ha preso atto dell'orientamento del nostro legislatore, di non riconoscere efficacia all'apparenza se non in concorso con la buona fede... Dai più avveduti, poi, la buona fede è configurata, quando opera con l'apparenza, come una forma di errore.

Apparenza ed errore vanno considerati elementi entrambi costitutivi della fattispecie complessiva...

Questi risultati debbono considerarsi dei punti fermi nella teoria dell'apparenza» (7).

4. – Il principio dell'apparenza, quale appena delineato, svolge la funzione di risolvere un conflitto d'interessi.

Esistono situazioni "semplici" di conflitto, come quella cui dà vita un errore ostativo, con riguardo alla quale il legislatore media, fra gli opposti interessi del dichiarante caduto in errore e del terzo che abbia confidato senza sua colpa nei contenuti della dichiarazione, tramite il requisito della riconoscibilità dell'errore medesimo, e situazioni più complesse, in cui risulta in gioco anche un interesse esterno rispetto a quello di chi ha compiuto il negozio e a quello del terzo cui il negozio è diretto, e di cui è portatore un ulteriore soggetto.

«Poiché l'interesse esterno è per definizione un interesse giuridico, il quale è stato costituito ed ha ottenuto la garanzia del diritto anteriormente ..., una rigorosa applicazione del principio temporale nella tutela giuridica, dovrebbe condurre a una sistematica negazione di tutela e perciò al sistematico sacrificio dell'interesse ... posteriore. Tale soluzione si concreterebbe nella imposizione di un illimitato onere di accertamento della realtà a carico dei soggetti e perciò in un paralizzante impaccio nello svolgimento delle vicende giuridiche ... Le legislazioni tendono a conciliare queste opposte esigenze – rispettare da un verso gli interessi giuridici precostituiti e favorire dall'altro la speditezza delle vicende giuridiche – ... limitando in varia misura l'onere di accertamento della realtà a carico dei soggetti. In tal modo l'intangibilità degli interessi precostituiti va restringendosi e, man mano che si viene a limitare l'onere di accertamento da parte dei terzi, si

(6) FALZEA, cit., p. 694.
(7) FALZEA, cit., p. 694.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

introducono e si accrescono gli oneri di conservazione a carico dei titolari. I quali, dunque, non possono restare paghi di avere ottenuto la garanzia originaria del diritto per i loro interessi, ma debbono meritarsi anche la conservazione di tale garanzia adottando un comportamento vigile e tale da non mettere a rischio, per imprudenza o per consapevole determinazione, la tutela della legge» (8).

«Il caso limite è costituito, nel nostro ordinamento, dal meccanismo della pubblicità, in cui la tutela dei contrapposti interessi, interni ed esterni all'atto o negozio, del soggetto che l'atto o negozio pone in essere e dei terzi, si svolge su un piano essenzialmente formale. La ambivalenza del meccanismo, che ad un tempo preserva in forma rigida e perciò con la garanzia della maggiore efficienza, l'interesse interno e gli interessi esterni, obiettivizza al grado massimo l'onere di accertamento dei terzi e l'onere di conservazione del soggetto dell'atto o negozio, sicché sugli stessi, e sugli effetti della mancata osservanza non giocano fattori di carattere soggettivo – forme di conoscenza o ignoranza o valutazioni di concreta possibilità –: se di autoresponsabilità si vuole per questo istituto parlare, occorre specificare perciò che si tratta di una ipotesi di autoresponsabilità *oggettiva* [corsivo nostro].

Ma, al di fuori dell'istituto della pubblicità, la composizione del conflitto tra l'interesse interno e l'interesse esterno deve trovare il suo fondamento su qualche momento di soggettività. I due oneri, cioè, del soggetto dell'atto o negozio e dei terzi, debbono avere un più o meno intenso fondamento soggettivo, e la relativa autoresponsabilità deve atteggiarsi necessariamente come autoresponsabilità *soggettiva* [anche in questo caso, corsivo nostro]» (9).

«Il caso limite opposto a quello della pubblicità è rappresentato dalla rilevanza di qualsiasi anomalia soggettiva che abbia ostacolato il funzionamento dell'onere di conservazione o di accertamento... Il dosaggio tra i due oneri [di accertamento e di conservazione] può essere vario a seconda che la legge attribuisca una prevalenza all'interesse precostituito ovvero all'interesse successivo: e così, mentre alcune volte a fondare la prevalenza dell'interesse sopravvenuto basta lo stato di ignoranza del titolare, altre volte si richiede a questo fine lo stato di errore, ed alle volte ancora uno stato di errore qualificato da specifiche cause; a determinare la soccombenza dell'interesse precostituito, a sua volta, può essere richiesto che sia stato il suo titolare a determinare lo stato di ignoranza o di errore del

(8) FALZEA, cit., p. 696.
(9) FALZEA, cit., p. 696.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

titolare dell'interesse sopravvenuto, ma può anche prescindersi da uno specifico comportamento di quel soggetto.

Tra queste ipotesi intermedie si colloca l'apparenza. Anche qui sono in gioco due interessi: l'uno precostituito e già garantito dalla legge, l'altro sopravvenuto e legato ad un atto o negozio giuridico. Si tratta di due interessi incompatibili e il diritto deve fare la sua scelta: se sceglie il primo, all'atto o negozio deve essere negata quella efficacia che sarebbe necessaria per garantire il secondo; se sceglie il secondo, all'atto o negozio bisognerà dare efficacia col necessario sacrificio del primo. Nei casi di apparenza la legge presceglie l'interesse sopravvenuto a condizione che il mancato accertamento del suo titolare si concreti in un errore e questo errore trovi la sua causa in una situazione obiettiva idonea a giustificare l'errore.

La rottura dello schema rigido del principio di causalità attraverso il fenomeno dell'apparenza introduce dunque un nuovo rischio per il titolare del diritto soggettivo, il quale può vedersi privato di tale diritto, oltre che per effetto dalle ordinarie cause estintive, anche in conseguenza di un atto o negozio al quale egli non abbia partecipato, ma che spiega egualmente efficacia nella sua sfera giuridica. È un rischio che talvolta è legato ad un comportamento del soggetto – di negligenza o di imprudenza e persino della consapevole preordinazione della situazione di apparenza – e quindi alla inosservanza di un onere giuridico; ma talvolta opera nella forma più oggettiva – prescindendo da qualsiasi considerazione del titolare reale del diritto – e costituisce allora la espressione più autentica della scelta che il legislatore fa tra i due interessi in conflitto.

Ciò autorizza la conclusione, che, mediante la fattispecie dell'apparenza, la legge tutela in forma diretta ed immediata l'interesse di colui che ha agito in stato di buona fede oggettivamente scusabile. L'interesse del titolare della sfera giuridica compromessa dal recupero dell'atto o negozio potrà formare oggetto di una distinta disciplina giuridica, che sarà diversa a seconda dei rapporti che corrono con l'apparente legittimato: ma questa tutela è esterna e consequenziale e non vale a identificare il significato giuridico del fenomeno dell'apparenza» (10) (quale punto di riferimento delle considerazioni appena ricordate, si può sempre mantenere la fattispecie di cui all'art. 1189 c.c., ai sensi del comma 2° del quale il creditore vero ha diritto di chiedere a chi abbia ricevuto il pagamento la restituzione di quanto da costui ottenuto, secondo le norme sulla ripetizione dell'indebito).

---

(10) FALZEA, cit., p. 696-697.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

5. – All'esito di quanto sin qui veduto, dobbiamo dunque constatare che, nell'ambito della trattazione svolta da Falzea con riguardo al principio dell'apparenza, il principio di autoresponsabilità si trova richiamato in (soli) due momenti.

La prima volta, per sottolineare che nella soluzione dei conflitti fra interesse interno e interesse esterno cui si può assistere in materia di pubblicità non gioca *alcun* fattore di carattere soggettivo, di modo che questo istituto va collocato nel campo dell'autoresponsabilità *oggettiva*.

La seconda volta, per porre in evidenza che, in generale, la composizione dei conflitti tra interesse interno e interesse esterno deve, al contrario, avvenire in base a un meccanismo di autoresponsabilità *soggettiva*, classificabile come tale in quanto fondata su qualche momento, appunto, di soggettività.

Con la precisazione che, per quanto concerne specificatamente le situazioni di conflitto fra interesse interno e interesse esterno costituenti fattispecie di apparenza, la perdita del diritto soggettivo da parte del titolare dell'interesse esterno talvolta è legata ad un comportamento del soggetto di negligenza o di imprudenza, quando non persino di consapevole preordinazione della situazione di apparenza, talvolta invece si verifica *nella forma più oggettiva*, prescindendo da *qualsiasi* considerazione del titolare reale del diritto, il che significa sia a prescindere dalla eventuale presenza di un suo comportamento causalmente riconducibile all'insorgere della situazione di apparenza sia dal suo stato soggettivo.

Con la conseguenza di potersi concludere che, nell'ottica di Falzea, per parlare di autoresponsabilità *soggettiva*, è sufficiente la circostanza che su un fondamento soggettivo (vale a dire su un errore scusabile) sia fondata la tutela del titolare dell'interesse sopravvenuto.

6. – Orbene, la circostanza che quanto appena riassunto rappresenti tutto ciò che nella voce "Apparenza" di Falzea si trova a proposito del principio di autoresponsabilità potrebbe anche lasciare perplessi: un po' poco, si potrebbe pensare, se si considera che, vero quanto in precedenza esposto, ogni fattispecie governata dal principio dell'apparenza è inquadrabile, al tempo stesso, come una fattispecie di autoresponsabilità.

La "parsimonia illustrativa" che caratterizza l'esposizione di Falzea con riguardo all'autoresponsabilità può tuttavia forse spiegarsi considerando che soltanto un anno dopo la pubblicazione della sua voce, appariva, nel 1959, sempre nell'*Enciclopedia del diritto* (vol. IV), la voce "Autoresponsabilità" di Salvatore Pugliatti, il Maestro, come noto, di Falzea, voce nella quale, d'altra parte, nessun accenno si trova al fenomeno dell'apparenza in generale (quasi come se apparenza e autoresponsabilità non po-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tessero coesistere) né, tanto meno, alcun accenno si trova alle fattispecie prese principalmente in considerazione da Falzea, vale a dire quelle del pagamento al creditore apparente e dell'acquisto dall'erede apparente.

Avevano i due Maestri anticipatamente concordato una chiara delimitazione dei rispettivi campi d'interesse?

Si tratta solo di un'ipotesi, peraltro avvalorata, oltre che dai reciproci "silenzi" dei quali si è appena detto, dal fatto che quando Falzea tratta dell'autoresponsabilità oggettiva si rifà a Pugliatti, che ne aveva tratteggiato le caratteristiche nel Tomo I della sua opera sulla trascrizione compresa nel Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo, apparso nel 1957, l'anno precedente alla pubblicazione della voce "Apparenza", mentre Pugliatti, sempre nel delineare i tratti dell'autoresponsabilità oggettiva, piuttosto che sé stesso, cita a sua volta Falzea.

7. – Cediamo dunque la parola a Pugliatti, e "ascoltiamo" la sua "voce".

Se, da un lato, Falzea era dubbioso circa l'opportunità di estendere il principio dell'apparenza al di là delle fattispecie legislativamente regolate, nonostante ad esso avesse riconosciuto carattere generale, dall'altro, Pugliatti, ancora più "timorosamente", solo con prudenza ammetteva la possibilità di configurare un principio dell'autoresponsabilità avente portata generale: «Ci si deve domandare, anzitutto, se si può legittimamente inquadrare il concetto dell'autoresponsabilità nell'ambito di un principio generale, sicuramente esistente nel nostro diritto positivo. L'affermativa non è sicura. Va però, rilevato che, mentre sotto l'impero del codice civile del 1865 non esisteva una norma generale che potesse bilanciare gli effetti di quella enunciata dall'art. 1151, nel codice del 1942, oltre alla norma dell'art. 2043 (corrispondente a quest'ultima), che enuncia il principio generale della responsabilità (per colpa) verso altri, si ha la norma dell'art. 1227, in cui si può ritenere enunciato il principio della responsabilità (per colpa), verso se stessi. In qualche modo, dunque, può ritenersi colmata una lacuna che, vigente il codice del 1865, impediva che si potesse affermare l'esistenza di un principio generale» (11).

Ed è in verità solo sotto il profilo delle incertezze appena riferite, non sussistendo oggi alcun dubbio così circa la generale utilizzabilità del principio dell'apparenza come in ordine alla possibilità di configurare un generale principio di autoresponsabilità, che le due voci, "Apparenza" e

(11) PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 464.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

"Autoresponsabilità", denunciano i loro anni, per il resto risultando ancora pienamente attuali.

8. – Il principio di autoresponsabilità rispecchia la semplice, e per così dire causalmente naturale esigenza che l'autore di un'azione o di una omissione ne subisca i relativi effetti. L'autore di un'azione o di un'omissione, si badi: l'autoresponsabilità implica infatti, per sua natura, *un comportamento* (sia pure anche soltanto omissivo), dal quale siano scaturiti quegli effetti che poi l'autore del comportamento medesimo deve subire.

Come sempre Pugliatti scriveva, peraltro, «Soltanto per una prima approssimazione generica si può considerare l'autoresponsabilità come necessità (giuridica) di subire gli effetti dell'atto posto in essere o dell'omissione. Tale nozione, mantenuta nei termini generici enunciati, appare non solo incolore e scarsamente utilizzabile, ma addirittura equivoca. Infatti, chi concorre, ad esempio, come venditore a porre in essere un negozio di compravendita, subirà ovviamente le conseguenze del comportamento posto in essere, e quindi si spoglierà del diritto di proprietà sulla cosa venduta e acquisterà il diritto di credito al prezzo. Ma queste conseguenze normali dell'attività dei soggetti nell'àmbito della propria sfera di autonomia, non possono dare luogo a responsabilità né verso sé medesimo, né verso altri. Si può, quindi, ritenere che rimanga fuori dall'ambito della (auto)responsabilità tanto la pura inattuazione dell'effetto possibile astrattamente previsto dalla norma, quanto l'attuazione di tale effetto, conforme alla previsione normativa. Perché si possa parlare convenientemente di autoresponsabilità è per lo meno necessario che si possa riscontrare una deviazione dalla norma, sia pure con riferimento ad un determinato onere, e correlativamente si possa prospettare un determinato tipo di conseguenza, che costituisca esso medesimo una deviazione dalla norma» (12). "Deviazioni" necessarie perché possa realizzarsi, nella concreta fattispecie, un accettabile – dal punto di vista del legislatore – bilanciamento dei contrapposti interessi, che, diversamente, non si verificherebbe: bilanciamento che rappresenta un obiettivo generale tendenzialmente – sempre dal punto di vista del legislatore – comunque da raggiungere, come può ricavarsi, in ispecie, dalla norma dell'art. 1371 c.c., che appunto all'equo contemperamento degli interessi delle parti fa riferimento, norma dettata in materia di interpretazione del contratto, ma espressione, si può intendere, di una linea guida propria dell'intero ordinamento.

---

(12) PUGLIATTI, cit., p. 457 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Questo riferimento a una contrapposizione d'interessi nel mentre si parla di autoresponsabilità non deve meravigliare. È vero, infatti, che le fattispecie di autoresponsabilità si caratterizzano, fra l'altro, per l'assenza di un dovere posto a protezione di interessi altrui (ci si troverebbe, altrimenti, nel caso di violazione di un dovere, nel campo della responsabilità). Ma altrettanto vero è che, ciononostante, un conflitto d'interessi è un presupposto anche dell'autoresponsabilità: è evidente che il sacrificio di un interesse – nel nostro caso, quello dell'autoresponsabile – può considerarsi giustificato solo a fronte dell'esigenza di tutelarne un altro.

9. – Al fine di porre in dubbio la correttezza della definizione appena data dell'autoresponsabilità, in quanto facente perno sulla presenza di un comportamento, anche solo omissivo, dell'autoresponsabile, si potrebbe obiettare che esistono fattispecie nelle quali un soggetto è costretto a subire conseguenze per sé negative anche lì dove non abbia contribuito con alcun genere di comportamento a integrare il fatto fonte di pregiudizio. Si pensi, in particolare, alla fattispecie di apparenza contemplata nell'art. 534, comma 2°, c.c., secondo cui «Sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede», nella quale l'interesse dell'erede vero viene senz'altro sacrificato in favore di quello del terzo subacquirente di buona fede e a titolo oneroso dall'erede apparente; o si pensi alla fattispecie di cui all'art. 1153 c.c., nella quale, analogamente a quanto avviene nell'ipotesi appena menzionata, l'originario titolare del bene mobile non ha a disposizione alcun mezzo per evitare l'acquisto da parte del terzo di buona fede; o si pensi, ancora, alla fattispecie di cui all'art. 1189 c.c., del pagamento al creditore apparente, nella quale è vero che il reale titolare del credito non perde il diritto a ricevere la prestazione che gli spetta – il che potrebbe indurre a dubitare che si tratti di una fattispecie di autoresponsabilità –, ma questo diritto deve poi fare valere verso un nuovo debitore e secondo nuove regole: ciò che ben può tradursi, per lui, in un effetto pregiudizievole.

Sono tutte, queste, peraltro, fattispecie – due delle tre, e precisamente quelle dell'art. 534 c.c. e dell'art. 1189 c.c., di apparenza, la terza, quella dell'art. 1153 c.c. invece no, in quanto il possesso, come osservato da Falzea, non può generare apparenza, in quanto è una struttura "opaca", incapace di segnalare alcunché al di fuori della propria esistenza (13) – nelle

(13) FALZEA, cit., p. 687.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

quali ricorrono circostanze che renderebbero in concreto assai complicato attenersi alla regola che presuppone un comportamento causalmente rilevante perché possa essere addossata a qualcuno una conseguenza negativa in virtù di una certa situazione, e nelle quali il sacrificio della posizione di un soggetto e la rinuncia ad un bilanciamento dei contrapposti interessi possono considerarsi giustificati per esigenze di sicurezza dei traffici. Così che, da un lato, dalla loro considerazione non possono trarsi argomenti utili per rivedere la definizione di autoresponsabilità che abbiamo ricavato dalla voce di Pugliatti e, dall'altro, di autoresponsabilità si dovrebbe comunque parlare, e, più precisamente, ricordando le riflessioni di Falzea, di autoresponsabilità soggettiva, in considerazione del fatto che presupposto per l'operare delle varie fattispecie è comunque sempre la buona fede, o l'errore scusabile che dir si voglia, del terzo titolare dell'interesse interno.

10. – Detto dell'elemento oggettivo, il comportamento, veniamo quindi a esaminare il profilo soggettivo dell'"autoresponsabilità", e, così, a chiederci se l'applicazione del relativo principio presupponga, oltre che – almeno di regola – un contributo causale da parte dell'autoresponsabile, anche un atteggiamento di carattere colposo di chi il comportamento ha tenuto (e cioè un legame soggettivo tra autore e fatto consistente quantomeno in una negligenza).

Orbene, se si prende in considerazione la molteplicità dei dati normativi riguardanti le diverse fattispecie che in termini di autoresponsabilità possono essere lette, l'unica prospettiva proponibile sembra essere quella secondo cui un determinato elemento soggettivo può senz'altro costituire un presupposto dell'autoresponsabilità, ma non lo deve essere necessariamente: è invero agevole rilevare come il criterio d'imputazione soggettivo sia, talvolta, integrato addirittura dal dolo (si pensi alla regola *malitia supplit aetatem*, di cui all'art. 1426 c.c.), talaltra dalla colpa (si pensi all'art. 1227, comma 1°, c.c., lì dove è prevista la diminuzione del risarcimento qualora il fatto colposo del creditore abbia concorso a cagionare il danno), talaltra ancora non svolga invece alcun ruolo, essendo dato riscontrare esclusivamente un legame di tipo causale (omissivo o commissivo) tra soggetto e fattispecie fonte di autoresponsabilità (si pensi, ancora una volta, alle fattispecie dell'inosservanza dell'onere di procedere alla trascrizione, essendo – per opinione unanime – in linea di principio del tutto irrilevante quale sia stata la ragione di detta inosservanza): «In relazione alla pubblicità legale ... si attua, normalmente, *de iure* l'equipollenza tra la conoscibilità legale, che costituisce il risultato dell'attuazione regolare della pubblicità, e la conoscenza effettiva, che diviene irrilevante. In conseguen-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

za qui si può parlare di autoresponsabilità in un senso diverso: in un senso, cioè, del tutto obbiettivo» (14).

E però, sempre alla luce dei dati normativi disponibili, occorre anche prendere atto della circostanza che, se risponde al vero la non necessità della presenza di un determinato elemento soggettivo perché possa risultate integrata una fattispecie di autoresponsabilità, parimenti risponde al vero che anche dal ricorrere di una certa situazione soggettiva dipende generalmente il concretizzarsi di una tale fattispecie. Così che la conclusione deve essere nel senso che quella della pubblicità costituisce una ipotesi eccezionale: «Vi è ... da osservare che le norme generali degli art. 2043 e 1227 [come si ricorderà, è quest'ultima la norma che aveva consentito a Pugliatti di configurare un generale principio di autoresponsabilità] si mantengono nell'ambito del paradigma della responsabilità basata sulla colpa. Così che, per potere ammettere un'autoresponsabilità obiettiva, bisogna orientarsi verso le fonti normative specifiche ...

In sostanza, con tutte le cautele che la delicatezza dell'argomento impone, si può ritenere, in linea generale, che, nel nostro ordinamento positivo, anche l'autoresponsabilità riposi sul fondamento della colpa, salve le determinazioni specifiche di autoresponsabilità obiettiva» (15).

11. – In definitiva, raccordando quanto esposto da Falzea in materia di apparenza con le riflessioni di Pugliatti sull'autoresponsabilità, possiamo concludere, quanto, innanzi tutto, ai presupposti di quest'ultima, che essa, *in linea di principio*, postula la sussistenza di un comportamento, commissivo, od anche solo omissivo, del titolare dell'interesse sacrificato che abbia dato causalmente luogo alla situazione fonte dell'autoresponsabilità medesima.

Le fattispecie nelle quali chi vede sacrificato il proprio interesse non ha tenuto alcun comportamento (commissivo od omissivo) causalmente riconducibile alla situazione fonte del pregiudizio costituiscono fattispecie *eccezionali* di autoresponsabilità.

L'autoresponsabilità, *sempre in linea di principio*, postula poi una qualche forma di collegamento soggettivo tra il fatto fonte di pregiudizio e il titolare dell'interesse sacrificato.

Analogamente a quanto poco fa veduto con riguardo al presupposto del comportamento, le situazioni nelle quali un soggetto, in funzione della tutela di un interesse altrui, subisce conseguenze pregiudizievoli a prescin-

---

(14) PUGLIATTI, cit., p. 462.
(15) PUGLIATTI, cit., p. 464.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dere dall'esistenza di un collegamento soggettivo con il fatto fonte del pregiudizio costituiscono fattispecie *eccezionali*.

Le situazioni nelle quali un soggetto, in funzione della tutela di un interesse altrui, subisce conseguenze pregiudizievoli a condizione che sussista un collegamento soggettivo con il suo comportamento costituiscono fattispecie (*ordinarie*) di autoresponsabilità *soggettiva*.

Costituiscono fattispecie di autoresponsabilità *pur sempre soggettiva* anche quelle di apparenza nelle quali, per definizione presente un errore scusabile del terzo, in quanto elemento costitutivo di ogni fattispecie di apparenza, manchino invece, sul versante del soggetto pregiudicato, un collegamento soggettivo o addirittura un comportamento, circostanze, queste ultime, che debbono condurre a concludere che si tratta di fattispecie *eccezionali*.

Costituiscono invece fattispecie (ancora una volta *eccezionali*) di autoresponsabilità *oggettiva* quelle in cui non è riscontrabile alcun collegamento soggettivo, *né in capo al titolare dell'interesse interno né in capo al titolare dell'interesse esterno*, così come accade nel caso della pubblicità. E non solo in questo caso: «Sul principio dell'autoresponsabilità si può dire basata la legge processuale civile. Tale principio, nella particolare materia, è stato formulato come segue: 'chi nel processo non agisce come deve, ha da sopportarne le conseguenze'. Esso opera 'nel senso che non solo le conseguenze delle *omissioni* delle parti subentrano a carico di ciascuna, astrazione fatta da una volontà ad esse diretta e da una qualsiasi colpa, ma anche gli effetti dell'*azione* si determinano non secondo la volontà ispiratrice della dichiarazione, sibbene secondo quest'ultima – presupposto sia fatta *iure'*» (16).

12. – Tutto ciò stabilito, considerato che sembra però contraddittorio parlare di *auto*responsabilità lì dove facciano difetto uno stato soggettivo dell'autoresponsabile o addirittura un comportamento di costui che possano fondare quella che per definizione dovrebbe costituire una "responsabilità *per fatto proprio*", spontaneo si affaccia un interrogativo: veramente può considerarsi legittimo delineare una categoria *unitaria* dell'autoresponsabilità o non sarebbe piuttosto il caso di classificare tutte le fattispecie devianti dallo schema normale dell'autoresponsabilità non come fattispecie *eccezionali*, bensì come fattispecie particolari in cui un soggetto

(16) PUGLIATTI, cit., p. 463, citando MESSINA, *Contributo alla teoria della confessione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano 1948, p. 19, 38-39.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

deve sopportare conseguenze per sé negative *come se fosse* "autoresponsabile", ma in realtà senza esserlo?

La questione non ha un rilievo soltanto nominalistico. Qualora si classificassero le fattispecie devianti dallo schema generale dell'autoresponsabilità come fattispecie comunque di autoresponsabilità, ma eccezionali, rimarrebbe escluso che ad esse si possa fare riferimento al fine di stabilire la disciplina applicabile a fattispecie non normate. Negato, invece, che le fattispecie di cui si tratta possano essere inquadrate in termini di vera e propria autoresponsabilità, rimarrebbe possibile prospettare una estensione della loro disciplina a fattispecie non normate con le quali presentino punti di contatto che siano stati decisivi per la formulazione della disciplina concernente la fattispecie normata, secondo il consueto modello dell'estensione analogica.

13. – Alla luce delle considerazioni svolte, possiamo a questo punto proporre un inquadramento "pienamente consapevole" della fattispecie cui si è fatto cenno all'inizio, quella, cioè, della rappresentanza apparente, e così proporre la soluzione, in particolare, di un problema che ha veduto la giurisprudenza esprimersi in termini contrastanti: quello, cioè, se l'apparente rappresentato possa considerarsi tenuto a rispondere degli impegni assunti dall'apparente rappresentante anche quando il suo comportamento non sia classificabile come colposo [17].

Ma procediamo con ordine.

Di rappresentanza apparente si suole parlare con riguardo alle situazioni in cui, a monte del comportamento del (falso) rappresentante, si trova un comportamento dell'apparente rappresentato espressivo non della volontà di conferire il potere di rappresentarlo, bensì del riconoscimento dell'ancora attuale sussistenza di un potere già conferito (ma, in realtà, mai conferito o venuto meno).

La presenza di un comportamento quale quello appena descritto è necessaria per integrare la fattispecie, in quanto i casi in cui detto comportamento manchi costituiscono l'ambito minimale di riferimento dell'art. 1398 c.c., in forza del quale il terzo che abbia contrattato con un *falsus procurator* può (soltanto) chiamare quest'ultimo a rispondere del danno patito, nella misura dell'interesse negativo.

---

[17] In questo senso, cfr. Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 1987, n. 423; Cass. civ., sez. II, 19 febbraio 1993, n. 2020; Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2004, n. 23199; *contra* cfr. Cass. civ., sez. II, 21 marzo 2000, n. 3301; Cass. civ., sez. III, 18 maggio 2000, n. 6461; Cass. civ., sez. III, 9 luglio 2001, n. 9289.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Ciò posto, si tratta allora di stabilire se anche i casi in cui il comportamento in questione sia presente ricadano nel campo di applicabilità dell'art. 1398 c.c., la cui lettera non osterebbe a una conclusione in questo senso, oppure debbano intendersi regolati dal principio di autoresponsabilità.

In effetti, il principio di autoresponsabilità appare bene adattarsi anche alla fattispecie della rappresentanza apparente, risultando, come abbiamo avuto modo di illustrare, quale tendenzialmente idoneo a governare in modo utile tutte le fattispecie nelle quali un soggetto, senza violare un dovere giuridico, tiene un comportamento, anche solo omissivo, che possa essere considerato – in senso ampio – anomalo rispetto ad un modello di condotta normale od ordinario (nel nostro caso, il porre rimedio all'apparenza), previsto, o anche solo dato per scontato dalla legge (una persona diligente pone rimedio all'apparenza), e nelle quali è necessario deviare da quella che sarebbe la regolamentazione ordinaria (sulla base della quale, al più, ricorrendone i presupposti, il terzo, come si diceva, potrebbe chiamare a rispondere il *falsus procurator* nella misura dell'interesse negativo, ai sensi dell'art. 1398 c.c.) al fine di realizzare un adeguato bilanciamento dei contrapposti interessi (quello interno del terzo e quello esterno dell'apparente rappresentato) che vengono a fronteggiarsi.

Affinché, poi, il principio di autoresponsabilità possa trovare effettivamente applicazione pure nell'ipotesi ora in esame, e dunque comportare il sacrificio degli interessi del falso rappresentato, occorre naturalmente che in concreto ricorrano anche gli elementi di carattere soggettivo che per l'operare del principio medesimo costituiscono ulteriore presupposto.

Innanzi tutto, occorre, allora, che il terzo abbia agito in uno stato di errore scusabile, o, che dir si voglia, abbia potuto fare legittimo affidamento sulla sussistenza del potere, costituendo questo, come abbiamo in precedenza veduto, un elemento strutturale imprescindibile perché possa intendersi integrata qualsivoglia fattispecie di apparenza.

E occorre altresì che lo stato soggettivo del falso rappresentato sia classificabile in termini (almeno) di colpa. Abbiamo constatato, infatti, che, nel nostro ordinamento positivo, anche l'autoresponsabilità riposa, in linea di principio, sul fondamento della colpa dell'autoresponsabile, dovendosi classificare come eccezionali le ipotesi di autoresponsabilità in cui la situazione soggettiva del titolare del diritto sacrificato risulta irrilevante.

In colpa sarà, in particolare, chi, per causa di negligenza, abbia ignorato una situazione di apparenza della quale, impiegando l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto rendersi conto, così come in colpa dovrà essere ritenuto l'apparente rappresentato che abbia "tollerato" la situazione di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

apparenza, anziché attivarsi per porre ad essa rimedio. A maggior ragione, per causa di dolo, dovrà considerarsi responsabile l'apparente rappresentato che abbia partecipato consapevolmente a creare la situazione di apparenza.

Tutto questo sempre che non si decida di sposare la prospettiva, in precedenza illustrata, secondo cui le fattispecie nelle quali faccia difetto l'esigenza di un collegamento soggettivo fra il titolare del diritto sacrificato e il fatto generatore dell'apparenza, proprio per il difetto di questo collegamento, non potrebbero essere inquadrate in termini di vera e propria autoresponsabilità, bensì costituirebbero fattispecie particolari in cui un soggetto deve sopportare conseguenze per sé negative *come se fosse* "autoresponsabile", *ma in realtà senza esserlo*, nel qual caso risulterebbe possibile prospettare una estensione della loro disciplina a fattispecie non normate, come appunto quella della rappresentanza apparente, sempre che in quest'ultima si possa dimostrare la presenza di punti di contatto con una o più fattispecie normate che siano stati decisivi per la formulazione della relativa disciplina, secondo il consueto modello dell'estensione analogica.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

VINCENZO BARBA
Prof. ord. dell'Università Sapienza di Roma (*)

I PATTI PREMATRIMONIALI TRA DIRITTO SPAGNOLO E DIRITTO ITALIANO. RIFLESSIONI IN ATTESA DELLA RIFORMA LEGISLATIVA E SUGGERIMENTI PER UN *REVIREMENT* DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Norme italiane e spagnole rilevanti in materia di patti in previsione di una crisi familiare. – 3. La giurisprudenza italiana in tema di accordi conclusi dopo la crisi familiare. – 4. Patti in vista di una crisi familiare. – 4.1. Utilità dei patti prematrimoniali. – 4.2. Contenuto possibile dei patti in vista della rottura familiare. Interferenze tra diritto di famiglia e diritto successorio. – 4.3. Le sentenze italiane che negano la ammissibilità dei patti prematrimoniali e le sentenze spagnole che invece ammettono la validità di tali patti. Intorno a due diversi modi di argomentare, ma anche a due differenti presupposti. – 4.4. Le sentenze italiane che ammettono i patti celebrati dai coniugi in occasione del matrimonio. – 5. Intorno a una possibile disciplina dei patti in vista di una crisi familiare.

1. – È singolare constatare che il diritto civile italiano e il diritto civile spagnolo sebbene presentino un tessuto di regole e principi in materia di rapporti economici tra i coniugi abbastanza similare, siano giunti, nel silenzio che entrambi conservano in tema di patti in previsione della rottura familiare, a conclusioni sostanzialmente antitetiche.

Il diritto civile spagnolo, con lodevoli argomentazioni, ha sostanzialmente ammesso i patti prematrimoniali, consentendo alla autonomia privata, pur entro certi limiti, di regolare preventivamente le conseguenze economiche in caso di crisi del rapporto familiare (1), mentre il diritto italiano (2), con argomenti fortemente conservatori, ha sostanzialmente

---

(*) Il presente lavoro si inserisce nell'ambito del progetto di ricerca «El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas» [ref. PID2019–109019RB–I00], finanziato dal Ministerio de Ciencia e Innovación, nell'ambito del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, Bando del 2019.

(1) C. GARZÓN e M. DOLORES, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de derecho comparado*, Valencia 2013; A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Cizur Menor 2018.

(2) Larga parte della dottrina italiana reputa che tali accordi siano considerati ammissibili. Senza pretesa di esaustività, G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano 1999;

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

negato l'ammissibilità di tali patti, consentendo soltanto la possibilità di regolare taluni aspetti specifici.

Inoltre, a ulteriore conferma della importanza e del valore che può assumere in questa materia la comparazione giuridica, vale la pena segnalare che gli argomenti e i temi sui quali ruota la decisione sull'ammissibilità dei patti in previsione della crisi familiare sono esattamente i medesimi, con la unica differenza che nel diritto italiano ha prevalso, come sovente accade, la tendenza conservatrice, mentre in quello spagnolo, certamente più incline alla tutela della persona e dei diritti sociali, hanno prevalso gli argomenti tesi ad affermarne la validità ed efficacia. Una analisi comparata delle sentenze è di grandissimo interesse, anche in una prospettiva tesa a superare le forti tendenze conservatrici italiane.

Ciò sembra dimostrare, per un verso, la straordinaria importanza dell'interpretazione giuridica come motore dell'ordinamento giuridico e, per altro verso, l'impossibilità di una interpretazione pura del diritto, confermando che ogni interpretazione è sempre al servizio di una ideologia. Ciò impone anche di riflettere, specie in un momento in cui si avverte fortemente l'esigenza della certezza del diritto (3), sulla importanza dei principi e dei valori costituzionali, che, ben lungi dall'essere tiranni e dal rendere arbitrarie le decisioni concrete (4), sono, all'esatto opposto, strumento essenziale di garanzia nella interpretazione giuridica e di controllabilità della decisione (5).

Si conferma, dunque, che è indispensabile considerare non soltanto le singole regole che costituiscono la base della disciplina dei rapporti patrimoniali familiari, ma anche i principi e i valori del sistema ordinamentale.

2. – Il diritto civile italiano e il diritto civile spagnolo presentano numerose similitudini in materia di rapporti economici tra i coniugi, al punto che si può affermare, pur con talune differenze, che le norme di

---

A. Zoppini, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in questa *Rivista*, 2001, I, p. 227 ss.; S. Patti, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Familia*, 2002, p. 285 ss.; C. Lazzara, *Profili di rilevanza dell'autonomia privata nell'ambito dei rapporti familiari*, in M. Paradiso (coord.), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano 2005, p. 108 ss.; V. Barba, *Los pactos prematrimoniales en el derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el derecho catalán*, in *Anuario de Derecho Civil*, LXXIV, 2021, I, p. 21-82.

(3) N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016.

(4) C. Schmitt, *La tiranía de los valores*, Madrid 2014; M. Weber, *Il politeismo dei valori*, Brescia 2010.

(5) P. Perlingieri, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. d. civ.*, 1999, p. 787 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

maggiore interesse ai fini della possibile ammissibilità di patti in previsione di una crisi familiare sono le medesime.

Tanto nel diritto italiano come nel diritto spagnolo i coniugi possono pattuire le regole principali dell'organizzazione economica del loro matrimonio.

Nel diritto spagnolo l'art. 1325 *Código civil* stabilisce che i coniugi possono stipulare modificare o sostituire il regime economico o qualunque altra disposizione in ragione dello stesso; l'art. 1326 *Código civil* che si possono concludere prima o dopo la celebrazione del matrimonio; l'art. 1327 *Código civil* che debbono farsi per atto pubblico e l'art. 1328 *Código civil* che sarà nulla qualunque capitolazione contraria alla legge, al buon costume, o limitativa della uguaglianza dei diritti che spetta a ciascun coniuge.

Nel diritto italiano, l'art. 162 c.c. stabilisce che con le convenzioni matrimoniali si può convenire, modificare o sostituire il regime economico, che le convenzioni possono essere stipulate prima e dopo il matrimonio e che devono farsi per atto pubblico. Inoltre, l'art. 161 c.c. stabilisce che gli sposi non possono fare generico riferimento a leggi stranieri o agli usi, ma debbono enunciare in modo concreto il contenuto il contenuto dei patti e, infine, l'art. 160 c.c. stabilisce che gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri inderogabili previsti dalla legge per effetto del matrimonio.

Sebbene l'art. 1325 *Código civil* sembri dare un contenuto più ampio alle capitolazioni matrimoniali, rispetto a quanto previsto nella corrispondente norma italiana (art. 162 c.c.), prevedendo che le parti possono pattuire «cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo», deve considerarsi che l'art. 161 c.c., nella parte in cui esclude che le parti possano fare generico riferimento agli usi o a leggi straniere, precisando che le parti «devono enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare» i loro rapporti patrimoniali, finisce con ampliare in modo significativo la portata delle convenzioni matrimoniali.

Quanto ai regimi patrimoniali in sé, pur se entrambi stabiliscono che quello legale è la sociedad de ganaciales o comunione dei beni, esistono talune differenze in ordine agli altri regimi possibili. Nel diritto spagnolo, oltre alla sociedad de gananciales (artt. 1344-1410 *Código civil*) si può dare il regime di partecipazione (artt. 1411-1434 *Código civil*) e il regime della separazione dei beni (artt. 1435-1444 *Código civil*), mentre nel diritto italiano oltre alla comunione legale, si possono dare, come regimi economici alternativi a quest'ultimo, la comunione convenzionale e la separazione dei beni e come regime economico concorrente con i precedenti il fondo patrimoniale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Inoltre, esiste una importante differenza in tema di regime economico primario, la quale è, dal mio punto di vista assai significativa se consideriamo che la disciplina spagnola è molto più severa di quella italiana e nondimeno è giunta ad ammettere la validità dei patti prematrimoniali. Nel diritto spagnolo il regime economico primario riguarda l'obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia (art. 1318 *Código civil*), le spese di lite tra i coniugi (art. 1318.2 *Código civil*), la potestà domestica (art. 1319 *Código civil*), la casa adibita a residenza familiare e i mobili che la corredano (art. 1322 *Código civil*), e la piena libertà di contrattare tra loro (art. 1323 *Código civil*). A ciò deve aggiungersi, la norma prevista in materia di separazione dei beni, la quale stabilisce che il lavoro per la casa sarà considerato come contribuzione ai bisogni della famiglia e darà diritto a una compensazione che l'autorità giudiziaria, in mancanza di accordo, designerà alla estinzione del regime di separazione (art. 1438 *Código civil*). Nel diritto italiano, assai più semplicemente, il regime economico primario riguarda la sola contribuzione ai bisogni familiari (art. 143, comma 3°, c.c.), precisando che a entrambi i coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo della vita familiare concordato (art. 144, comma 2°, c.c.).

Non sono molte le differenze tra il diritto civile spagnolo e quello italiano per ciò che riguarda gli accordi conclusi tra gli sposi successivamente alla crisi e destinati a regolare i loro rapporti personali e patrimoniali, anche con riguardo ai figli. Si tratta di atti molto diversi dagli accordi in vista della crisi familiare, dal momento che servono per regolare la crisi quando essa è già sorta e non in modo preventivo. Nel diritto spagnolo, con una scelta di coerenza, tale accordo, che prende il nome di *convenio regulador*, ha una disciplina unitaria (art. 90 *Código civil*), indipendentemente dal fatto che la crisi matrimoniale dipenda da nullità, separazione o divorzio [6]. Tale norma stabilisce il contenuto essenziale del *convenio regulador*, il quale deve dettare regole su: affidamento, educazione, istruzione e mantenimento delle figlie e dei figli, il diritto di vista dei genitori e degli altri parenti, l'attribuzione della casa adibita a residenza familiare e dei mobili che la corredano, l'obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia, la liquidazione del regime economico, quando sia necessario, l'assegno di mantenimento, gli animali di compagnia. Nel diritto italiano, invece, sebbene la funzione di tali accordi sia la medesima, esiste una disciplina autonoma e specifica per la separazione (art. 158 c.c.) e per il divorzio (art.

---

[6] M. CASTILLA BAREA, *Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (I)*, in M.M. YZQUIERDO e M. CUENA, *Tratado de derecho de familia*, II, Pamplona 2011, p. 295-380.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4, comma 16°, l. 1 dicembre 1970, n. 898, l. div.), mentre nulla è stabilito per il caso di invalidità del matrimonio.

Non molte sono le differenze per ciò che concerne l'eventuale assegno che uno dei coniugi deve versare all'altro a titolo di compensazione per lo squilibrio economico che si realizza successivamente alla crisi familiare, che in diritto spagnolo prende il nome di *pensión compensatoria* o *compensación por disequilibrio* e nel diritto italiano di assegno di mantenimento. La *pensión compensatoria* è regolata in maniera uniforme nell'art. 97 *Código civil*, il quale stabilisce che il coniuge a cui la separazione o il divorzio produce uno squilibrio economico in relazione alla posizione dell'altro avrà diritto a tale pensione, che può consistere in un assegno di mantenimento temporaneo o a tempo indeterminato, oppure in un'unica attribuzione patrimoniale, quando ciò sia così determinato nel *convenio regulador* o nella sentenza dell'autorità giudiziale. In assenza di accordo tra i coniugi, la sua misura è determinata direttamente dall'autorità giudiziaria, tenendo in conto le circostanze indicate nell'art. 97.2 *Código civil* (7). Nel diritto civile italiano, l'assegno di mantenimento è regolato in modo autonomo nella separazione (art. 156 c.c.) e nel divorzio (art. 5, comma 6°, l. div.). Si tratta di una somma che un coniuge deve versare all'altro e che ha una funzione compensativa e perequativa. In esito all'intenso dibattito sulla natura dell'assegno di mantenimento, è possibile affermare, pur con diverse sfumature, che in caso di separazione non ha e non può avere natura assistenziale, dal momento che i coniugi restano tra loro obbligati agli alimenti, mentre in caso di divorzio potrebbe avere anche una funzione assistenziale, sebbene sia prevalente la funzione compensativa e perequativa. In senso contrario, nel diritto spagnolo si afferma che la *pensión compensatoria* ha anche una funzione assistenziale. Il dato è di particolare importanza, soprattutto se si considera che, ancora una volta, pur in presenza di una ricostruzione concettuale più severa in ordine alla natura di questa attribuzione patrimoniale, il diritto spagnolo ha riconosciuto, da molto tempo, la sua rinunciabilità (8) e l'ammissibilità di accordi al riguardo, mentre il diritto italiano nell'affermare la natura inderogabile, deve concludere per la nullità di qualunque accordo che abbia riguardo all'assegno di mantenimento.

---

(7) Vale la pena precisare che in caso di nullità del matrimonio non è dovuta *la pensión compensatoria*, ma una *indemnización* (art. 98 *Código civil*), se c'è stata convivenza coniugale e facendo riferimento alle circostanze previste nell'art. 97 *Código civil*.

(8) G. Rubio e M. Paz, *Alimento entre conyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid 1995, p. 151 e nt. 347.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In ultimo, è inutile dire che né il diritto italiano né il diritto spagnolo dettano una norma esplicita in materia di patti in vista della rottura familiare. Non deve, tuttavia, trascurarsi che la ricchezza di uno stato plurilegislativo, come quello spagnolo, impone di considerare anche i diritti autonomici e che, in questa materia, assumono rilievo specifico il Codice civile catalano, che contiene una disciplina esplicita, ampia e di grande interesse in materia di patti prematrimoniali (artt. 231-20, 233-5.1, 232.7, 233.5.3, 233-16, 233-21.3, *Código civil de Cataluña*) (9) e il diritto Vasco, che, seppure in modo molto più sintetico, contiene una disciplina specifica (art. 4, *Ley* 7/2015, *de 30 de junio, de Relaciones Familiares en supuesto de separación o ruptura de los progenitores*).

3. – Ho già avuto modo di precisare che gli accordi stipulati dai coniugi quando la crisi familiare è già sorta non possono essere considerati accordi in vista della rottura familiare, perché sono celebrati quando la crisi è conclamata e servono per regolare i loro rapporti personali e patrimoniali per il tempo successivo alla separazione e al divorzio. Non soltanto si tratta di accordi celebrati quando la crisi è sorta, ma la loro efficacia è anche subordinata alla valutazione della autorità giudiziaria, che deve verificare la loro legittimità, specie avuto riguardo agli interessi dei figli.

Trattandosi di accordi conclusi tra i coniugi per regolare i loro rapporti personali e patrimoniali successivi alla separazione o al divorzio (non è espressamente prevista tale possibilità in caso di nullità del matrimonio), presuppongono non soltanto che entrambi i coniugi intendano procedere alla separazione e al divorzio, ma anche che ci sia pieno accordo sulle condizioni personali e patrimoniali. Per questa ragione lo strumento in parola è previsto in Italia soltanto nel presupposto di separazione consensuale (art. 158 c.c. e art. 711 c.p.c.) e di domanda congiunta di divorzio (art. 4, comma 16°, l. div. e art. 711 c.p.c.).

La portata e la rilevanza di tali accordi dipendono inevitabilmente dal valore assegnato alla decisione giudiziale di omologazione, poiché, come è

---

(9) L. Allueva Aznar, *Els requisits per la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial. Comentari a la STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal, Secc. 1a), de 12.7.2012*, in *Indret*, 2013, p. 1-19; L. Allueva Aznar, *Gènere I dret de família: una lectura dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial a partir del llibre segon del Codi civil de Catalunya*, in *Revista Catalana de Dret Privat*, 2016, p. 101-121; C. Garzón e M. Dolores, *Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de familia de Cataluña y en el derecho norteamericano*, in *Diario La Ley, 14/2013, n. 8011*, 2013, p. 1-11; N. Ginés Castellet, *Autonomía dela voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña*, in *Revista Crítica de Derecho Inmibiliario*, 2011, (727), p. 2577-2620.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

facile intuire, esiste un rapporto di proporzionalità inversa tra l'una e l'altra, per cui maggiore è l'importanza attribuita alla decisione giudiziale, minore sarà la rilevanza dell'accordo tra coniugi, con il rischio che diventi un mero presupposto.

In Italia, il rapporto tra questi due atti non è rimasto immutato nel tempo, e si è assistito a un lento, ma ininterrotto processo volto a sminuire il ruolo della omologazione del tribunale.

A differenza del diritto spagnolo, nel diritto italiano non esiste una norma giuridica che stabilisca il contenuto di questi accordi. In assenza di tale norma, la giurisprudenza ha evidenziato che esiste un contenuto essenziale, che ha per oggetto il reciproco consenso a vivere separatamente, l'affidamento dei figli e l'assegno di mantenimento (se e in quanto ricorrano i presupposti), e un contenuto eventuale, che consiste in tutti quegli accordi necessari e opportuni per l'instaurazione di un regime di vita separata, precisando, poi, che questo secondo contenuto si riferisce essenzialmente agli accordi di natura patrimoniale (10).

Questa differenziazione è servita alla giurisprudenza italiana per rispondere a due domande: in primo luogo, per stabilire quale sia l'eventuale contenuto dell'accordo che non deve essere omologato per essere efficace e, in secondo luogo, per affermare che la sua modifica non richiede la procedura prevista dall'art. 710 c.p.c. Inoltre, sulla base di questo criterio, la giurisprudenza italiana ha ritenuto che tutti gli accordi conclusi dopo la sentenza di separazione o divorzio, quando non riguardano il contenuto essenziale, sono validi anche senza l'omologazione dell'autorità giudiziaria (11).

In base a questo ragionamento, la giurisprudenza italiana (12) ha sostanzialmente affermato che gli accordi regolativi dei profili patrimoniali non solo sono perfettamente validi ed efficaci, ma non richiedono nemmeno l'approvazione dell'autorità giudiziaria, concludendo che si tratta di contratti atipici soggetti alla disciplina di diritto comune.

---

(10) In giurisprudenza, tra le prime affermazioni di questa idea, Cass. civ., sez. I, 25 settembre 1978, n. 4277, in *Leggi d'Italia*. Inoltre, più recentemente: Cass. civ., sez. I, 15 maggio 1997, n. 4306, in *Nuova g. civ. comm.*, 1999, I, p. 278, con nota di ZANUZZI; Cass. civ., sez. I, 19 agosto 2015, n. 16909, in *Leggi d'Italia*; Cass. civ., sez. II, 26 luglio 2018, n. 19847, in *Leggi d'Italia*; Cass. civ., sez. I, 7 maggio 2019, n. 12023, in *Leggi d'Italia*.

(11) Questo principio dottrina è stato affermato da un'importante sentenza della Corte di Cassazione del 1993 (Cass. civ., sez. I, 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Leggi d'Italia*) che modifica la precedente posizione.

(12) Un'analisi intelligente della nostra giurisprudenza è proposta da M. PALAZZO, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Giustizia civile*, 2017, p. 93 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La dottrina si è interrogata sul valore giuridico di un accordo dei coniugi volto a definire la loro separazione in assenza di una sua omologazione, ossia nel caso di una separazione di fatto.

Al riguardo, sebbene la giurisprudenza, ancora di recente, abbia affermato che, in assenza della omologazione, la separazione è inefficace (13), non mi pare che ciò soltanto sia sufficiente per tacciare tali accordi di inefficacia. A mio giudizio occorre, infatti, considerare che l'affermazione della giurisprudenza non consente di escludere qualsivoglia rilevanza giuridica a tale accordo, ma soltanto di escludere che si possano produrre gli effetti tipici della separazione tra i coniugi. La giurisprudenza segnala, infatti, che tale accordo non può valere a produrre gli effetti propri di una separazione consensuale giudiziale, ma esso non è, perciò soltanto, né invalido, né inefficace. All'esatto contrario questo accordo conserva la sua efficacia e validità (14).

In conclusione, mi sembra plausibile affermare che gli accordi prematrimoniali a contenuto patrimoniale (sempre che non riguardino l'assegno di mantenimento) saranno perfettamente validi, mentre l'accordo di separazione avente contenuto essenziale, pur avendo efficacia nei loro rapporti, non può produrre le conseguenze che la legge connette al provvedimento "giurisdizionale" di separazione.

4. – 4.1. – Numerose sono le ragioni che possono giustificare, negli ordinamenti giuridici contemporanei, l'ammissibilità dei patti in previsione della crisi familiare.

In primo luogo, è sempre preferibile che siano gli stessi coniugi, quando esiste tra loro una situazione di armonia, a stabilire in che modo debbano essere regolati i loro rapporti personali e patrimoniali nel momento in cui dovese sopravvenire una crisi matrimoniale (15), piuttosto che

---

(13) Cass. civ., sez. I, 15 dicembre 2020, n. 28649, in *Leggi d'Italia*. In un importante paragrafo della motivazione, riferendosi a Cass. civ., sez. I, 9 aprile 2008, n. 9174 si legge: «In tema di separazione consensuale, il regolamento concordato fra i coniugi ed avente ad oggetto la definizione dei loro rapporti patrimoniali, pur trovando la sua fonte nell'accordo delle parti, acquista efficacia giuridica solo in seguito al provvedimento di omologazione, al quale compete l'essenziale funzione di controllare che i patti intervenuti siano conformi ai superiori interessi della famiglia».

(14) Cfr. Cass. civ., sez. I, 9 aprile 2008, n. 9174, in *Leggi d'Italia*.

(15) G. Rubio e M. Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil*, in *Anuario de derecho civil*, 2003, p. 1657 s., «de un lado, permiten a las partes iniciar el matrimonio y la vida familiar pensando de forma realista en la relaciòn, anticipando sus contingencias y planeàndolas, lo que les ayuda a tomar mejores decisiones, incluida la de casarse o no. De otro, abren a las partes las posibilidades de regular su relaciòn matrimonial y posmatrimonial de acuerso con sus intereses aspiraciones y valores».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

siano affidati alla decisione di un terzo e nel momento in cui la conflittualità è, di necessità, elevata.

In secondo luogo, e la circostanza non può essere considerata di breve momento, soprattutto se pensiamo al fenomeno dei secondi matrimoni e, ancor di più a quello delle famiglie ricomposte, i patti in previsione della crisi familiare consentono a entrambi i coniugi una situazione di ragionevole certezza su quali potranno essere le condizioni personali e patrimoniali successive alla crisi.

In terzo luogo, gli accordi in previsione della crisi familiare potrebbero assolvere una importante funzione deflattiva delle controversie familiari e divorzili, dal momento che la esistenza dei medesimi ridurrebbe enormemente il ricorso alla autorità giudiziaria, specialmente in funzione contenziosa, al fine di individuare il complesso dei loro rapporti per il tempo successivo alla crisi

In ultimo, e il dato non può essere trascurato, ancorché imponga una riflessione giuridica di maggiore portata, i patti in previsione della crisi familiare non lasciano, come si potrebbe pensare a prima vista, totalmente privo di protezione il coniuge che, al momento della crisi matrimoniale, dovesse incontrarsi in una situazione di maggiore vulnerabilità o di debolezza. Nei rapporti tra i coniugi, infatti, non c'è dubbio che debba trovare applicazione il principio della clausola *rebus sic stantibus*, in forza del quale il patto conserva efficacia nella misura in cui al momento della sua esecuzione non sia divenuto eccessivamente oneroso per una delle parti in ragione di circostanze straordinarie e imprevedibili.

Sotto un diverso profilo, qualora il patto in vista della rottura familiare riguardi i rapporti personali e patrimoniali relativi a figlie o figli minori di età, la sua validità ed efficacia sarà sempre soggetta a un controllo di legittimità volto a verificare la sua rispondenza al miglior interesse della persona minore di età e, dunque, che i coniugi non abbiano assunto nessuna decisione che possa incidere negativamente sulla condizione personale e patrimoniale delle figlie o dei figli.

I patti prematrimoniali o, più precisamente, i patti in vista di una rottura familiare sebbene riguardino, in modo prevalente i rapporti tra i coniugi, non è detto che non possano trovare applicazione anche al caso della famiglia di fatto. Al riguardo, sebbene sia noto l'orientamento della dottrina e della giurisprudenza, italiana (16) e spagnola (17), teso a differen-

---

(16) V. C. cost. 14 aprile 1980, n. 45, in *Leggi d'Italia*, nella cui motivazione si legge: «la convivenza "more uxorio" è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità o certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri, previsti dagli artt. 143, 144, 145, 146, 147, 148 c.c., che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima. La

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ziare le due figure, sono convinto che, ferma questa diversificazione, sotto questo profilo non è possibile istituire una differenza o negare che una coppia di fatto possa validamente pattuire le condizioni personali ed economiche susseguenti alla crisi. Questa è una ragione in più che induce a preferire al nome di "patti prematrimoniali", quello di "patti in previsione della crisi familiare" o "patti in previsione della rottura familiare", dal momento che si tratta di patti che debbono trovare applicazione nell'ambito di qualunque modello familiare, avendo la funzione di regolare preventivamente i rapporti personali ed economici dei componenti della coppia per il tempo successivo alla crisi (18).

4.2. – Il patto in previsione della crisi familiare sebbene nella sua formulazione più semplice sembra ridursi all'accordo con il quale i coniugi raggiungono un accordo sull'assegno di mantenimento e sulla casa adibita a residenza familiare (19) per il tempo successivo alla crisi, è, in verità, potenzialmente capace di assumere un contenuto ben più ampio.

Comprende, infatti, tutti gli accordi con i quali i coniugi, prima che sorga la crisi familiare, regolano tutti i loro rapporti personali e patrimoniali per il tempo successivo alla rottura (20).

---

coabitazione, infatti, del convivente "more uxorio" può cessare per volontà di uno dei conviventi in qualsiasi momento anche mediante azione giudiziaria», C. cost. 10 giugno 1988, n. 644, in *Leggi d'Italia*; C. cost. 26 maggio 1989, n. 310, in *Leggi d'Italia*; C. cost. 6 luglio 1994, n. 281, in *Leggi d'Italia*; C. cost. 18 gennaio 1996, n. 8, in *Leggi d'Italia*; C. cost. 20 luglio 2000, n. 313, in *Leggi d'Italia*; C. cost. 27 marzo 2009, n. 86, in *Leggi d'Italia*.

(17) V. STC 93/2013, *de 23 de abril de* 2013 (*https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5436*) che dichiarò l'illegittimità della *Ley Foral de Navarra* 6/2000, *de 3 de julio*.

(18) A.M. Rodríguez Guitián, *Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los conyuges y la solidariedad*, in *Revista jurídica Universidad Autonoma de Madrid*, 2018, p. 100, afferma: «Dos son las notas características de estos acuerdos. Así, son prospectivos, esto es, se planean antes de la celebración del matrimonio, o durante la pacífica convivencia conyugal, para entrar en juego solo en caso de una eventual y futura ruptura matrimonial. La segunda nota característica de estos pactos es su carácter previsor, es decir, se anticipan a los problemas que pudieran surgir con la posible crisis, y buscan dar soluciones en el presente a conflictos que todavía no existen entre los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de su celebración».

(19) Su possibili patti aventi a oggetto la *pensión compensatoria* o la *vivienda familiar*, E. Hijas Cid, *Pactos prematrimoniales*, in *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 24, 2019, p. 55 ss.; M. García Mayo, *Los pactos en previsión de una ruptura familiar*, in J.R. de Verda y Beamonte (dir.), P. Chaparro Matamoros-G. Muñoz Rodrigo (coords.), *Las crisis familiares: Tratado práctico interdisciplinar*, Valencia 2022, p. 355 ss.

(20) Precisa A.M. Rodríguez Guitián, *Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez. Comentario a la STS de 30 de mayo 2018*, in *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n. 109*, 2019, p. 267, che la funzione dei predetti patti è diversa in ogni ordinamento

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La complessità dei rapporti personali e patrimoniali va, dunque, ben al di là del solo aspetto inerente all'assegno di mantenimento e/o alla casa familiare (21), essendo potenzialmente capace di estendersi a tutte le loro relazioni. Si pensi, soltanto per fare qualche esempio, alle pattuizioni sul regime economico matrimoniale, sull'affidamento, l'educazione, il mantenimento e il diritto di visita delle figlie e dei figli minori di età, sugli animali di compagnia (22).

Sotto un diverso profilo, avendo tratto anche ai rapporti personali (23), i coniugi potrebbero anche pattuire su questioni prive di natura patrimoniale, con la conseguenza che, salvi i limiti collegati alle libertà costituzionalmente protette e alla dignità della persona, potrebbero anche incidere su situazioni esistenziali. Per esempio, potrebbero impegnarsi per un certo tempo, che potrebbe coincidere con il raggiungimento della maggiore età dell'ultima delle figlie o dei figli, a non trasferirsi in un paese straniero, o a risiedere nella medesima città. Inoltre, esperienze di altri paesi danno a conoscere accordi, sulla cui validità sarebbe possibile discutere sia nell'ordinamento italiano sia in quello spagnolo, con cui i coniugi si impegnano a non contrarre nuove nozze, a non iniziare una nuova convivenza (24), a professare una certa fede, etc.

Tra i rapporti personali e patrimoniali esistenti tra i coniugi rientrano, però, anche eventuali rapporti successori, con la conseguenza che, nei limiti in cui essi siano ammissibili nell'ordinamento giuridico di riferimento, il patto prematrimoniale potrebbe anche contenere statuizioni in ordi-

---

giuridico. Nei sistemi di *common law*, nei quali manca un regime economico patrimoniale e l'autorità giudiziaria ha un ampio margine discrezionale nella ripartizione dei beni, i patti servono prevalentemente a dare regole certe nel riparto dei beni e altre conseguenze patrimoniali. Negli ordinamenti di *civil law*, nei quali esiste un sistema bene definito dei regimi economici matrimoniali e norme sui diritti che spettano ai coniugi in esito alla rottura familiare, i patti hanno la funzione di derogare queste regole o di pattuire regole diverse per il presupposto di crisi familiare.

(21) B. Sillero Crovetto, *Acuerdos prematrimoniales: legalidad y contenido*, in *Revista critica de derecho inmobiliario*, 2018, p. 2780 ss. precisa che gli accordi sulla casa familiare sono molto più semplici nel caso in cui non ci fossero figli, dal momento che, altrimenti, la decisione richiede di tenere conto dell'interesse dei figli minori.

(22) Si consideri, al riguardo, la recente «Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales», che contiene un complesso di norme molto interessante sul trattamento degli animali di compagnia nella crisi della famiglia.

(23) Interessanti considerazioni su possibili convenzioni matrimoniali in tema di fedeltà sono riferite da F. Rosales, *Puede regularse la fidelidad matrimonial en capitulaciones matrimoniales*, in *Familia, Notario*, Sep 29, 2014, *https://www.notariofranciscorosales.com/puede-regularse-la-fidelidad-matrimonial-en-capitulaciones-matrimoniales* (consultato il 30 maggio 2022).

(24) A.M. Rodríguez Guitián, *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, cit., p. 249 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ne alla successione di uno o di entrambi i coniugi. Si pensi, per esempio, al caso di un soggetto che contrae seconde nozze e stabilisce che, in ogni caso, nessuno dei beni che formano parte del suo patrimonio al tempo della stipulazione del patto potrà essere ereditato dal nuovo coniuge o dalle figlie o dai figli che dovessero nascere, essendo interamente riservati alla prole del precedente matrimonio; oppure un accordo con il quale stabiliscono che uno dei coniugi rinunzi anticipatamente ai diritti che gli spettano come legittimario o, addirittura, alla successione dell'altro.

Infine, anche alla luce del Regolamento europeo Roma III, è ben possibile, ricorrendone i presupposti, che il patto abbia la funzione di individuare la legge applicabile alla separazione o al divorzio e, dunque, che i coniugi stabiliscano nel patto in previsione della rottura familiare quale debba essere la legge applicabile. Al riguardo, dovrebbe anzi affermarsi che un patto di tal natura, avuto riguardo al tenore dell'art. 5 del citato Regolamento, debba considerarsi valido in tutti i paesi dell'Unione europea, incluso in quelli che, come l'Italia, negano la validità di un patto in vista della crisi familiare. Con la paradossale conseguenza che in Italia non si può validamente stipulare un patto prematrimoniale, ma si può stipulare, ricorrendone i presupposti, un valido accordo con cui i coniugi stabiliscono l'applicazione alla loro crisi matrimoniale di una legge diversa dalla italiana, con tutte ole conseguenze che ciò comporta anche in tema dei c.d. diritti inderogabili nascenti dal matrimonio.

In definitiva, gli accordi in vista della crisi familiare possono potenzialmente avere un contenuto molto ampio, in guisa che non toccano soltanto aspetti tipici del diritto di famiglia, ma presentano evidenti interferenze anche con il diritto ereditario, senza considerare che si pongono questioni proprie del diritto delle obbligazioni e dei contratti, dei diritti reali e della pubblicità.

Questa considerazione, apparentemente banale, è molto importante e deve essere adeguatamente tenuta in considerazione sia al momento di valutarne la validità, sia per il caso in cui il patto prematrimoniale presenti elementi di estraneità, al fine di individuare la normativa applicabile.

Rispetto al primo profilo è evidente che la validità e la efficacia di un patto che abbia esclusivamente riguardo ai rapporti tra i coniugi è assai diverso rispetto a quello che riguarda le figlie e i figli minori di età, stante la rilevanza che assume il miglior interesse del minore. Ancora, è evidente che il controllo di legalità è diverso quando si fa riferimento a questioni di carattere puramente economiche rispetto a questioni di carattere esistenziale.

Rispetto al secondo profilo, è evidente che la normativa applicabile non dipende dal semplice fatto che si tratti di un patto in previsione della

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rottura familiare, ma dipende dal suo contenuto specifico, con intesa che limitatamente a diversi profili che potrebbero essere coinvolti, le norme di diritto internazionale privato potrebbero richiamare discipline di paesi differenti (25).

Così, in un patto in vista della rottura familiare che prevede una disciplina sia dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, sia dei rapporti successori tra i coniugi, sia della filiazione, potrebbe essere regolato, nei suoi diversi aspetti, secondo le diverse norme di d.i.p. applicabili (Reg. Bruxelles II-*ter*; Reg. (UE) 2012/650; Protocollo dell'Aia 23.11.2007; Reg. Roma I, Reg. Roma III, norme interne di d.i.p.), da normative di ordinamenti differenti, con la conseguenza che il Reg. (UE) 2016/103 non può considerarsi risolutivo di tutte le questioni che possono riguardare i patti in previsione della crisi familiare (26).

Occorre, dunque, tenere conto della straordinaria complessità dei patti in vista della crisi familiare e considerando che il loro profilo caratterizzante è soltanto che la coppia pattuisce le condizioni personali e patrimoniali per il tempo della futura crisi, è indispensabile sempre tener conto del loro contenuto specifico, senza che sia possibile individuare una soluzione aprioristica e astratta che possa valere per tutti i casi.

Con questa consapevolezza, nel prosieguo farò principalmente riferimento ai patti che si limitano a regolare i rapporti di diritto familiare tra i coniugi, lasciando al margine anche il tema, assai complesso dell'affidamento, mantenimento e visita della prole minore di età, che, in ragione del principio del superiore interesse del minore, richiede una specifica e particolare valutazione.

4.3. – La unica sentenza italiana che fa esplicito riferimento agli accordi in vista della rottura familiare è dell'anno 2012 (27), sebbene il caso

---

(25) I. ANTÓN JUÁREZ, *Los acuerdos prematrimoniales en derecho internacional privado español*, in *Estudios Socio-Juridicos, 21 (1)*, 2019, p. 61-90; M.D. ORTIZ VIDAL, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en derecho internacional privado*, in *Revista Jurídica Región de Murcia*, 2018, p. 46-74.

(26) A.M. PÉREZ VALLEJO, *Notas sobre la aplicación del reglamento (ue) 2016/1103 a los pactos prematrimoniales en previsión de la ruptura matrimonial*, in *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 21, 2019, p. 105 ss.

(27) Cass. civ, sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Leggi d'Italia*. Il passaggio al quale fa esplicito riferimento agli accordi prematrimoniali è il seguente: «è evidente che la ricorrente inquadra la predetta scrittura tra gli accordi prematrimoniali in vista del divorzio, molto frequenti in altri Stati, segnatamente quelli di cultura anglosassone, dove essi svolgono una proficua funzione di deflazione delle controversie familiari e divorzili».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

concreto riguardi un accordo assunto dai coniugi successivamente alla separazione e in vista del futuro divorzio.

Al di là di questo episodico riferimento, non si trova nella giurisprudenza italiana nessun richiamo esplicito a patti in vista della rottura familiare in senso stretto e tutte le più importanti sentenze che tradizionalmente si considerano relative a tali negozi si riferiscono in realtà ad accordi assunti dai coniugi successivamente alla separazione e in vista del divorzio. Non si tratta, allora, di veri e propri patti in previsione della rottura familiare, dal momento che sono stati celebrati dai coniugi quando la crisi matrimoniale era già sorta e addirittura dopo la loro separazione, ossia quando esisteva un atto, sia esso la sentenza in caso di separazione giudiziale o l'accordo in caso di separazione consensuale, destinato a regolare i loro rapporti personali e patrimoniali. Ne viene, dunque, che in Italia, tutta la giurisprudenza che si suole considerare relativa agli accordi prematrimoniali, ha, in verità, ad oggetto accordi stipulati dai coniugi dopo la separazione e in vista del divorzio.

Da ciò si possono trarre almeno due considerazioni.

In primo luogo, che tali accordi pongono un problema soltanto quando uno dei due coniugi non vuole adempiere, perché nel caso in cui entrambi i coniugi fossero d'accordo sul suo contenuto, esso si trasforma in un accodo di divorzio da sottoporre ad omologazione da parte dell'autorità giudiziaria. In secondo luogo, stante la casistica con la quale ci confrontiamo, che in Italia non vengano sostanzialmente stipulati patti in previsione della crisi familiare. Ciò, tuttavia, non significa assenza di interesse verso il fenomeno, ma soltanto totale sfiducia sulla validità ed efficacia di questi accordi, considerato il monolitico atteggiamento della giurisprudenza rispetto ai meno rilevanti patti stipulati dopo la separazione e in vista del divorzio.

Rispetto alla validità di questi ultimi accordi, la giurisprudenza italiana è ferma nella sua conclusione. Nell'ultima sentenza del 2021 (28) si conferma quanto il Supremo collegio aveva sostenuto già nel 1981 (29), nonostante fosse ben diverso il contesto normativo di riferimento (30).

---

(28) Cass. civ., sez. I, 26 aprile 2021, n. 11012, in *Leggi d'Italia*. Per intendere la forza di tale radicato principio, si legga la motivazione della sentenza.

(29) Cass. civ., sez. I, 11 giugno 1981, n. 3777, in *Leggi d'Italia*.

(30) Si consideri che la legge italiana sul divorzio (l. 1 dicembre 1970, n. 898) ha subito importanti modifiche nel 1987, ad opera della l. 6 marzo 1987, n. 74, sia in tema di divorzio consensuale, sia in materia di assegno di mantenimento. Sotto questo profilo è davvero singolare che la sentenza della Cassazione del 1992 (Cass. civ., sez. I, 4 giugno 1992, n. 6857, in *Leggi d'Italia*) utilizzi gli stessi identici argomenti della sentenza del 1981. In tale sentenza si afferma che le conclusioni raggiunte dalle sentenze del 1981 e del 1985 debbono

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Si afferma che l'accordo con il quale i coniugi fissano, in costanza di matrimonio, il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio deve considerarsi invalido sia nella parte riguardante i figli, sia nella parte concernente l'assegno di mantenimento e, più in generale, nella parte in cui fissano il regime del loro futuro ed eventuale divorzio, in forza della radicale indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio. Si tratta, inoltre, di accordi nulli per illiceità della causa, dal momento che non si tratterebbe di una mera transazione su profili patrimoniali conseguenti a un determinato *status*, ma sullo stesso *status*, atteso che i vantaggi patrimoniali riconosciuti ed accettati «assolvono sostanzialmente la funzione di prezzo del consenso al divorzio» (31).

La prima sentenza che afferma questi principi è dell'anno 1981 ed è divenuta una pietra miliare, al punto che tutta la giurisprudenza successiva, anche senza farvi sempre esplicito riferimento, richiama i principi in essa affermati ed utilizza quei medesimi argomenti. Ciò riguarda tutte le più importanti sentenze in materia che, pur con talune differenziazioni, sono, in ordine cronologico del 1985 (32), 1992 (33), 2000 (34), 2006 (35), 2012 (36), 2020 (37), 2021 (38).

Considerata la importanza di questa sentenza del 1981 e la sua influenza su tutta la giurisprudenza successiva, sarà opportuno riferire gli

---

considerarsi rafforzate dal momento che la l. n. 74/1987 rende indisponibile l'assegno di mantenimento.

In senso esattamente opposto nel diritto spagnolo la natura dispositiva della pensión compensatoria non è messa in dubbio, soprattutto dopo la importante STS 885/1987 (ECLI:ES:TS:1987:8855), la quale ha chiarito: «es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos, si se cumplen los requisitos legales, como derecho concurrente». Per tutti, G. Rubio e M. Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil*, cit., p. 1653 ss. Di recente, M. García Mayo, *Cláusula rebus sic stantibus y renuncia anticipada a la pensión compensatoria*, in C. Gosálbez e A.M. Velarde e A.L. Cabezuelo Arenas e F.M. Mozo (dirs.), *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto*, Reus 2021, p. 459-482.

(31) Così, Cass. civ., sez. I, 4 giugno 1992, n. 6857, cit.

(32) Cass. civ., sez. I, 20 maggio 1985, n. 3080, in *Leggi d'Italia*.

(33) Cass. civ., sez. I, 4 giugno 1992, n. 6857, in *Leggi d'Italia*.

(34) Cass. civ., sez. I, 1 dicembre 2000, n. 15349, in *Leggi d'Italia*; Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2000, n. 8109, in *Leggi d'Italia*.

(35) Cass. civ., sez. I, 10 marzo 2006, n. 5302, in *Leggi d'Italia*.

(36) Cass. civ., sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.

(37) Cass. civ., sez. I, 15 dicembre 2020, n. 28649, in *Leggi d'Italia*.

(38) Cass. civ., sez. I, 26 aprile 2021, n. 11012, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

argomenti sulla base dei quali essa fonda la soluzione adottata, per poi verificare quali siano state le piccole innovazioni apportate dalla giurisprudenza successiva.

In primo luogo, si afferma che "l'assegno di mantenimento" dovuto ai sensi degli artt. 5 e 6 l. div. deve considerarsi disponibile per la sua componente risarcitoria e compensativa, ma indisponibile per la componente assistenziale (39). Sulla base di ciò, la Cassazione reputa che gli accordi assunti da coniugi, pur separati, in vista del futuro divorzio sono invalidi per contrarietà sia con l'art. 9 l. div., secondo cui la revisione della misura dell'assegno di mantenimento è sempre possibile, sia con l'art. 5 l. div., che stabilisce i criteri per il riconoscimento e la determinazione di un "assegno" all'ex coniuge. Si aggiunge, inoltre, che la nullità riguarderebbe anche la componente risarcitoria e compensatoria dell'assegno, dal momento che quantunque costituiscano diritti disponibili, tale disponibilità non può essere ammessa prima che il giudizio di divorzio inizi. Con ciò alludendo, seppure soltanto per implicito, a un presunto divieto di rinunziare a un diritto futuro e in modo esplicito a una presunta inderogabilità generale.

In secondo luogo, si afferma la nullità per illiceità della causa. L'accordo preventivo tra i coniugi sul regime economico del divorzio che tra essi dovesse in futuro verificarsi ha lo scopo o, quanto meno, l'effetto di condizionare il comportamento delle parti nel futuro giudizio di divorzio, non soltanto per ciò che concerne l'accettazione delle condizioni economiche concordate, ma soprattutto, per quanto concerne la stessa dichiarazione del divorzio (40). In tal modo si transigono non già meri aspetti economici conseguenti ad un determinato *status*, ma «si fa oggetto di commercio, lo *status* stesso» (41). Ciò determina che la causa di questi

---

(39) Questa ricostruzione, sulla base della legge sul divorzio nella sua formulazione originaria è stata affermata per la prima volta e in modo ampio da Cass. civ., sez. I, 6 aprile 1977, n. 1305, in *F. it.*, 1977, I, c. 2247 ss. e da Cass. civ., sez. I, 3 luglio 1980, n. 4223, in *D. fam.*, 1980, p. 1133 ss. La giurisprudenza aveva tuttavia precisato che l'assegno di divorzio, anche quando era concesso in esclusiva funzione assistenziale, aveva una disciplina diversa da quella che regge l'obbligo alimentare o di mantenimento tra coniugi anche separati, essendo preordinato ad assicurare al coniuge che ne ha bisogno il giusto mantenimento (Cass. civ., sez. I, 2 giugno 1981, n. 3549, in *Leggi d'Italia*). Successivamente alle modifiche apportate alla legge sul divorzio ad opera della l. 6 marzo 1987, n. 74 si è affermato che l'assegno di mantenimento, riconosciuto dal giudice al coniuge divorziato «quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive» (art. 5, comma 6°, l. div.), ha una funzione eminentemente assistenziale (così, Cass. civ., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *F. it.*, 1991, I, p. 67 ss.).

(40) Questo argomento è ripreso letteralmente da Cass. civ., sez. I, 20 maggio 1985, n. 3080, cit., p. 1459.

(41) Così nella motivazione di Cass. civ., sez. I, 11 giugno 1981, n. 3777, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

accordi è illecita «perché sempre connessa, esplicitamente o implicitamente, con l'intento di viziare o quanto meno di limitare la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, con irreparabile compromissione di un obiettivo di ordine pubblico» (42).

Infine, tali accordi sarebbero contrari alla norma imperativa di cui all'art. 160 c.c., la quale stabilisce in modo categorico che gli sposi non possono derogare ai diritti che la legge attribuisce all'uno o all'altro, ed è appena il caso di precisare che l'assegno di divorzio, come le decisioni sulla casa familiare e tutti i diritti connessi alla separazione o al divorzio, rientrano tra i diritti inderogabili derivanti dal matrimonio, pur riferendosi a un tempo in cui i coniugi non sono più tali.

Sulla base di questi tre argomenti, che sono, più o meno, ripresi da tutte le sentenze successive, talvolta richiamando anche espressamente la nullità di una rinuncia a diritto futuro (43), la giurisprudenza italiana nega categoricamente la validità degli accordi stipulati dai coniugi successivamente alla separazione e in vista del divorzio e, dunque, sebbene non ci siano presentate occasioni del tipo, è da presumere che negherebbe a maggior ragione la validità degli accordi conclusi prima dell'insorgere della crisi e in vista della rottura familiare (44).

---

(42) Così nella motivazione di Cass. civ., sez. I, 11 giugno 1981, n. 3777, cit. Anche al fine di intendere il clima nel quale si muove questa motivazione, alla quale finiscono per fare riferimento anche recenti sentenze del 2021, si consideri questo significativo passo della motivazione della sentenza volto a giustificare la nullità per illiceità della causa di tali accordi. «Riconoscere la vincolatività giuridica al regime economico post divorzio contrattualmente determinato in via preventiva significherebbe indurre, a seconda dei casi, o il contraente economicamente più debole a non difendersi nel giudizio di divorzio pur di percepire al più presto possibile un vantaggio economico che il suo stato di inferiorità economica fa apparire più vistoso ai suoi occhi, facendogli con ciò stesso sottovalutare il bene del rimanere in matrimonio, ovvero il contraente più affettivamente motivato al divorzio – perché più ottimista e più desideroso dell'altro di rifarsi una nuova vita – a subire anche odiosi ricatti concedendo sul piano economico molto più del giusto».

(43) Questo argomento si propone limitatamente ai patti con cui uno dei coniugi rinuncia a diritti che gli spettano in forza della separazione. Questo argomento da solo non mi sembra tecnicamente in grado di escluderne la validità. L'ordinamento italiano, nella misura in cui valuta con particolare cautela gli atti di disposizione di diritti futuri (si vedano, ad esempio, gli artt. 458 e 771 c.c.), non ne esclude in radice la validità (si vedano, ad esempio, gli artt. 820, 1348, 1472, 1938 e 2823 c.c.), rimandando, essenzialmente, alle valutazioni che riguardano la meritevolezza dello specifico negozio.

(44) Secondo U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2020, p. 646 s., la ragione ostativa sta in regole procedimentali in materia di separazione e divorzio, che richiederebbero l'attualità del consenso dei coniugi. L'osservazione è acuta, tuttavia potrebbe replicarsi che l'attualità del consenso riguarda la sola decisione di separarsi o di sciogliere il matrimonio e non anche quella attinente alle condizioni economiche e personali conseguenti alla separazione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Rispetto al monolitico orientamento appena descritto, le successive sentenze hanno fatto alcune precisazioni e alcune piccole concessioni.

Tra tutte, assume una significativa importanza la sentenza di Cass. civ. n. 8109/2000, la quale, sebbene affermi che gli accordi con cui i coniugi fissano in sede di separazione il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa, precisa che detto principio non si può applicare al caso concreto, per due ragioni. La prima, perché la nullità è invocata dal coniuge obbligato a pagare l'assegno di mantenimento e non dal coniuge che ne avrebbe diritto, con ciò affermando che si tratta, sostanzialmente, di una nullità relativa (45), ossia di una nullità che può essere fatta valere soltanto dal coniuge avente diritto e non dal coniuge obbligato (46). In secondo luogo, perché si tratta di un accordo che ha la funzione di porre fine ad alcune controversie di natura patrimoniale insorte tra i coniugi, senza alcun riferimento, implicito o esplicito, ai rapporti tra i coniugi in caso di futuro divorzio.

Questa importante sentenza rileva sotto due profili.

Per un verso, si fa strada la idea che la nullità degli accordi in previsione della crisi familiare sull'assegno di mantenimento sia relativa, con la conseguenza che essi sono vincolanti per il coniuge obbligato, sebbene questa conclusione parrebbe contraddetta, ora, da Cass. civ. n. 11012/2021.

Per altro verso, ed è questione di maggiore interesse, si afferma che la nullità riguarda soltanto gli accordi con cui i coniugi pattuiscono il complesso dei rapporti conseguenti a un futuro divorzio, mentre non riguardano contratti che regolano un singolo aspetto economico, ancorché la loro efficacia sia subordinata al fatto del divorzio. Con questa sentenza si fa strada, come mi riprometto di chiarire più avanti, la idea che bisogna distinguere tra accordi in vista del divorzio o accordi in previsione della crisi familiare, che sarebbero nulli per illiceità della causa, e accordi in

---

(45) Nello stesso senso Cass. civ., sez. I, n. 15349/2000, nella cui motivazione, il principio viene affermato, seppure in modo un po' involuto: «Non v'è dubbio, del resto, che tale principio (indisponibilità dei diritti di carattere economico riguardanti il futuro divorzio) può essere richiamato solo a tutela di chi chiede le prestazioni di carattere economico a fronte delle obiezioni, basate su accordi che escluderebbero tali prestazioni, fatte valere da chi sia onerato».

(46) Vale la pena precisare che questa interpretazione potrebbe valere esclusivamente e limitatamente agli accordi con i quali i coniugi si limitano a fissare la misura dell'assegno di mantenimento e, dunque, non vale né per gli accordi con cui i coniugi escludono che è dovuto, che sarebbero nulli, né, a maggior ragione, per gli accordi che insieme all'assegno di mantenimento regolassero altri aspetti di carattere economico.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

occasione del divorzio, che sono validi ed efficaci, sempre che riguardino un profilo specifico.

A fronte di questa ferma chiusura della giurisprudenza italiana, quella spagnola è riuscita a superare quei medesimi argomenti che la prima ha considerato insuperabili e ha, così, dato ingresso ai patti prematrimoniali.

La prima sentenza che ammette espressamente la validità di tali patti è STS 392/2015 (47) ed essa è confermata da STS 315/2018 (48) e da STS 569/2018 (49). Occorre, tuttavia, precisare che assume una grande importanza, seppure non si pronunzi espressamente su patti in previsione della crisi familiare in senso stretto, STS 217/2011 (50) (ECLI:ES:TS:2011:2158), che, per la prima volta, ha ammesso e con una importante argomentazione giuridica, che viene ripresa dalle richiamate sentenze, la validità di un patto prematrimoniale, concluso dopo l'insorgere di una crisi. (51).

I temi che hanno fatto da sfondo alla ammissibilità dei patti in previsione della crisi familiare nel diritto spagnolo erano i seguenti: se implicano una rinuncia all'applicazione della legge (art. 6.2 *Código civil*) o una rinuncia a un diritto futuro (art. 1328 *Código civil*); se sono contrari alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico; se implicano una discrezionalità arbitraria di uno dei coniugi; se limitano l'uguaglianza dei diritti dei coniugi (art. 32.1 CE); quale debba essere la disciplina nel caso di un cambiamento radicale delle circostanze.

Ciascuno di questi argomenti è stato ampiamente superato con argomenti ben convincenti.

In primo luogo, deve escludersi che integrino gli estremi di una rinuncia alla legge o a un diritto futuro, perché «lo acordado por las partes no

---

(47) STS 392/2015 (ECLI: ES:TS:2015:2828). M.S. Quicios Molina, *El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa. Comentario a la STS de 24 de junio de 2015*, in *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n. 101*, 2016, p. 191-208.

(48) STS 315/2018 (ECLI: ES:TS:2018:1925). A.M. Rodríguez Guitián, *Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez. Comentario a la STS de 30 de mayo 2018*, cit., p. 261 ss.

(49) STS 569/2018 (ECLI: ES:TS:2018:3845). M.D. Cervilla Garzón, *Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal. Algunas consideraciones al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y de 15 de octubre 2018*, in *Diario La Ley, 19 de noviembre 2018, n. 9301*, 2018, p. 1-12.

(50) STS 217/2011 (ECLI:ES:TS:2011:2158).

(51) È molto importante leggere il terzo motivo della sentenza citata, intitolato "*La validez de los contratos celebrados entre cónyuges con previsión de posibles rupturas*", perché raccoglie la giurisprudenza in materia fino ad oggi e costituisce la base della successiva sentenza STS 392/2015 in cui si ammette per la prima volta la validità dei patti prematrimoniali. Si vedano le considerazioni di M.S. Quicios Molina, *El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa. Comentario a la STS de 24 de junio de 2015*, cit., p. 191 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tiene su fundamento en la necesidad de alguno de ellos, ni en el desequilibrio posterior a la crisis del matrimonio».

In secondo luogo, si deve escludere che tali patti siano contrari alla legge o alla morale o all'ordine pubblico, perché i coniugi «se limitan a pactar un acuerdo económico para el caso de separación conyugal, lo cual ya tiene cabida en los ordenamientos autonómicos, en otros Estados de la Unión Europea y con un refrendo normativo en los arts. 1323 y 1325 Código civil».

In terzo luogo, il patto non è soggetto all'arbitrio di un coniuge, perché risulta che è stato negoziato tra le parti e non suppone nessuna promozione della crisi familiare, e anzi nessuno dei coniugi si trovava in situazione economica di difficoltà.

In quarto luogo, non violano il principio di uguaglianza tra i coniugi, dal momento che non sono pregiudizievoli per alcuno di loro e nessuno si trova in una situazione di abuso di posizione dominante. «Es más, la insuficiencia de medios podría atentar contra el orden público al implicar la necesaria intervención del erario público, lo que queda descartado, en este caso, por la holgura de recursos de ambos» (52).

Infine, nel caso in cui fossero cambiate le circostanze per ragioni imprevedibili e straordinario e il patto risultasse eccessivamente oneroso, rimane sempre la possibilità di applicare la dottrina della clausola *rebus sic stantibus* (53).

A questi argomenti che sono sostanzialmente confermati dalle successive sentenze che ho citato, la STS 569/2018 ne aggiunge uno ulteriore, che amplia il possibile contenuto dei patti prematrimoniali. Si afferma, infatti, che i patti in previsione di una crisi familiare possono contenere misure relative alle figlie e ai figli minori, e che in tale caso i patti conclusi saranno validi sempre e quando rispondano al miglior interesse del minore.

---

(52) Rispetto al caso di specie deciso da STS 392/2015, vale la pena aggiungere che il Tribunale Supremo ha anche precisato che ciò che le parti hanno stabilito non è una vera e propria pensione compensatoria, ma una rendita vitalizia mensile, «por lo que tampoco es de aplicación el art. 97 Código civil ni, por la misma razón el art. 100 Código civil, sobre la aparición de circunstancias sobrevenidas».

(53) A.M. Rodríguez Guitián, *Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los conyuges y la solidariedad*, cit., p. 110, sostiene che, oltre al principio costituzionale del libero sviluppo della persona umana, «la admisión legal de tales pactos se ha apoyado tanto en el artículo 1323 Código civil, que consagra el principio de libertad de contratación entre los cónyuges y que no es más que una concreción del artículo 1255 Código civil (admisión del juego de la autonomía de la voluntad contractual y señalamiento de sus límites: la ley, la moral y el orden público), como en el artículo 1325 Código civil».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il breve esame comparato tra la giurisprudenza italiana e quella spagnola dimostra senza tema di smentita che la decisione in ordine alla ammissibilità, o no, di patti in previsione della crisi familiare non dipende tanto dalle norme di riferimento, ma dalla loro interpretazione sistematica. È indiscutibile che in entrambi gli ordinamenti giuridici esiste il principio di uguaglianza tra i coniugi, esiste, entro certi limiti, il divieto di disporre di un diritto futuro, in entrambi è prioritario l'interesse superiore del minore. Gli è, però, che in Italia, al di là della discutibile idea che l'assegno di mantenimento abbia una funzione assistenziale, prevale la idea che un patto in previsione della rottura familiare possa incidere sulla libertà delle parti e che i diritti conseguenti alla crisi siano tutti indisponibili, mentre in Spagna ha prevalso un orientamento, certamente più ragionevole e adeguato alla realtà sociale, che tende a escludere che il patto prematrimoniale possa limitare la libertà dei coniugi.

4.4. – La giurisprudenza italiana, pur negando la validità degli accordi stipulati dai coniugi in vista del divorzio, ammette, a partire dalla richiamata sentenza Cass. civ. n. 8109/2000, la validità di accordi stipulati in occasione del divorzio o della separazione. Ossia la validità di quegli accordi stipulati dai coniugi prima dell'insorgere della crisi, ma aventi a oggetto un singolo aspetto economico e non il complesso dei rapporti personali e patrimoniali per il tempo successivo alla separazione o al divorzio.

Potrebbe dirsi, mutuando una formula comune nel diritto ereditario, che mentre considera nulli per illiceità della causa gli accordi la cui funzione è la disciplina della crisi (*discriminis familiae causa*), considera, invece, validi i contratti in cui la separazione o il divorzio è soltanto la occasione di esso (*post discrimen familiae*), ossia quei contratti che regolano un profilo economico particolare e i cui effetti sono sospensivamente condizionati al fatto della separazione o del divorzio.

Le sentenze della Corte di cassazione che si iscrivono in questo orientamento, sono sostanzialmente quattro: Cass. civ. n. 8109/2000; Cass. civ. 21 dicembre 2012, n. 23713 (54); Cass. civ.. 21 agosto 2013, n. 19304 (55); Cass. civ. 26 aprile 2021, n. 11012 (56).

Ciò che sembra accomunare queste sentenze è che la Cassazione ha inteso "salvare" la validità dell'accordo stipulato tra i coniugi in vista della

(54) La sentenza può leggersi in *Leggi d'Italia*.

(55) La sentenza può leggersi in *Leggi d'Italia*.

(56) La sentenza è commentata da C. Rimini, *I patti in vista del divorzio: la cassazione rimane ancorata alla nullità*, in *Fam. e d.*, 2021, 10, p. 885 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rottura familiare, con il quale uno si impegna a eseguire una prestazione economica in favore dell'altro, escludendo la sua riconducibilità a un vero e proprio patto prematrimoniale e affermando che si tratta di un contratto sospensivamente condizionato al fatto del divorzio.

Cass. civ. n. 8109/2000 afferma la validità di un accordo stipulato con il quale i coniugi avevano convenuto che, in caso di divorzio, l'uno avrebbe corrisposto all'altra una somma di danaro mensile. Allo scopo di riconoscere validità al presente accordo, la Cassazione afferma che non si tratta di un accordo relativo all'assegno di mantenimento, ma di un contratto atipico, o un contratto di rendita vitalizia.

Cass. civ. n. 23713/2012 afferma la validità di un accordo stipulato prima del matrimonio, in forza del quale i coniugi avevano convenuto che in caso di divorzio la moglie avrebbe trasferito al marito la proprietà di un immobile, a titolo di corrispettivo per i lavori di ristrutturazione che il primo aveva eseguito su un immobile di proprietà della seconda destinato a divenire la casa familiare. La corte afferma che «si tratterebbe in definitiva di un accordo tra le parti, libera espressione della loro autonomia negoziale, estraneo peraltro alla categoria degli accordi prematrimoniali (ovvero effettuati in sede di separazione consensuale) in vista del divorzio, che intendono regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti».

Cass. civ. n. 19304/2013 afferma la validità di un contratto di mutuo intercorso tra i coniugi, in forza del quale l'obbligazione restitutoria del marito era sospensivamente condizionata al fatto della separazione. In particolare, l'Alto tribunale osserva nella motivazione: «non c'è nessuna norma imperativa che impedisca ai coniugi, prima o durante il matrimonio, di riconoscere l'esistenza di un debito verso l'altro e di subordinarne la restituzione all'evento, futuro ed incerto, della separazione coniugale».

Cass. civ. n. 11012/2021 afferma che un accordo tra i coniugi in forza del quale l'uno si obbliga, in caso di divorzio, a corrispondere all'altra, nell'ambito di una divisione mobiliare e immobiliare, una somma di danaro vita natural durante deve considerarsi un valido contratto di rendita vitalizia sottoposto alla condizione sospensiva del divorzio (57). Precisa la

(57) Nonostante la decisione della Cassazione si limiti all'analisi del contratto (o meglio sarebbe dire) della parte del contratto per effetto della quale il marito di obbliga a pagare alla moglie una somma vita natural durante, il contenuto dell'accordo era molto più ampia. I coniugi, infatti, nel contesto della separazione, dividono il patrimonio immobiliare e mobiliare comune. Oggetto di divisione sono anche le aziende familiari, delle quali la più redditizia (un'agenzia di assicurazioni) rimane proprietà esclusiva del marito. Il marito si obbliga

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Corte che se si trattasse di un accordo avente la funzione di regolare l'assegno di mantenimento, sarebbe nullo, perché stipulato in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160 c.c. Questo accordo, non esclude che il coniuge beneficiario possa anche aver diritto, ricorrendone i presupposti, all'assegno di mantenimento. Occorre, però, considerare la complessità dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, ivi compresa la esistenza di una tale rendita vitalizia.

Questa ultima sentenza mi sembra di certo interesse e di certa apertura, perché sembra ammettere la possibilità che i coniugi possano convenire una rendita vitalizia condizionata alla separazione e che in caso di divorzio questa pattuizione debba essere tenuta in considerazione ai fini della disciplina del complesso dei rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi. Il che significa che la previsione di una rendita vitalizia ragionevole dovrebbe escludere l'assegno di mantenimento.

Ovviamente siamo ancora molto lontani dal riconoscimento di validità di veri e propri patti in previsione della rottura familiare, vieppiù se consideriamo che sarebbe ammissibili soltanto contratti con cui uno dei coniugi si obbliga a eseguire una prestazione in favore dell'altro, mentre non sarebbe ammissibile nessun patto con il quale i coniugi rinunziano all'assegno di mantenimento o alla casa familiare. Questi ultimi sarebbero nulli per contrarietà all'art. 160 c.c.

A me sembra, anche attraverso una comparazione tra i risultati conseguiti dalla giurisprudenza spagnola e quella italiana e avendo riguardo alla situazione socioeconomica, che sarebbe necessario riconoscere la validità dei patti in vista della rottura familiare anche in Italia e che meriti di essere superata la interpretazione restrittiva che la giurisprudenza italiana costante e parte della dottrina mantengono.

L'esperienza della giurisprudenza spagnola dimostra che non esistono ostacoli giuridico-concettuali che non possano essere superati e che l'impostazione fortemente limitativa esistente nel diritto italiano è legata più alla ideologia di famiglia, che non a motivazioni giuridiche.

Il fatto stesso che in molte sentenze si faccia ancora riferimento all'interesse della famiglia, senza intendere che non esiste e non può esistere un interesse superiore ai singoli, e che questa espressione serve soltanto per proteggere i componenti della famiglia dalle decisioni arbi-

---

contestualmente a pagare, per tutta la durata della vita della moglie, un assegno di euro 550 al mese. La moglie, peraltro, si obbliga a non fare concorrenza all'attività svolta dal marito e a consentire una riduzione dell'assegno ad euro 250 al mese nel caso in cui ottenga una autonoma licenza.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

trarie di uno di essi (58), che si continui a considerare il patto in vista della rottura familiare come limitativo della libertà dei coniugi e, addirittura come negozio che incide sullo *status*, che si continuino a considerare i rapporti economici tra i coniugi successivamente al divorzio come diritti assolutamente inderogabili, sono una chiara testimonianza della forte ideologia conservatrice non sempre corroborata dal tessuto normativo, con la quale ci sia accosta al tema indagato.

Con questo non si vuole ovviamente negare la importanza della solidarietà coniugale o post-coniugale, ma soltanto affermare che essa non possa giungere fino al punto di far considerare l'assegno di mantenimento, così come è attualmente configurato nel diritto italiano, come un diritto assolutamente inderogabile, o peggio ancora che, a prescindere dalla sua natura costituisca un diritto inderogabile nascente dal matrimonio. Nonostante la giurisprudenza di legittimità abbia, infatti, affermato che l'assegno di mantenimento ha una funzione composita, in parte assistenziale, in parte compensativa e in parte perequativa (59), conclude che esso ha, nella sua complessità, natura inderogabile (60). La inderogabilità, dunque, non si lega più alla natura dell'assegno, ma al fatto che si tratta di un diritto matrimoniale. È evidente la grave incongruenza di questa opinione, dal momento che la natura inderogabile dovrebbe ricollegarsi soltanto alla natura dell'assegno e, dunque, riguardare soltanto la componente assistenziale, ma non anche quella compensativa e perequativa.

Credo, invece, che l'assegno di mantenimento dovrebbe avere una funzione prevalentemente assistenziale e, dunque, che, al di fuori di un diverso accordo tra le parti, che esso dovrebbe riconoscersi soltanto a favore di colui che non abbia mezzi adeguati a mantenersi o che sia obiettivamente impossibilitato di conseguirli, affidando la natura compensativa e perequativa all'accordo tra le parti e, in difetto, alla decisione dell'autorità giudiziaria. Non posso, dunque, condividere che l'assegno abbia nel suo complesso natura inderogabile, soltanto perché costituisce adempimento dei doveri di solidarietà. Sotto questo punto di vista credo che colga nel segno la giurisprudenza spagnola e che quella italiana sia vittima di una visione del matrimonio fortemente ideologizzata e per di più non corrispondente al sistema normativo di riferimento.

---

(58) E. Roca Trias, *Familia, familias y derecho de la familia*, in *Anuario del Derecho Civil*, 1990, 4, p. 1069 ss.

(59) Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Leggi d'Italia*.

(60) Critico, A. Fusaro, *La sentenza delle sezioni unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Fam. e d.*, 2018, p. 1031.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

5. – La importanza dei patti in previsione della crisi familiare e la sua indubbia utilità suggeriscono non soltanto che si ammetta la loro validità, ma che si possa anche dare qualche indicazione sulla loro possibile disciplina. Al riguardo può essere vantaggioso considerare sia l'esperienza statunitense (61), sebbene sia meno lunga di ciò che si possa, a prima impressione, pensare (62), sia a quella catalana (63).

In ogni caso, considerando la funzione del patto in vista della crisi familiare, consistente nel regolare i rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi per il tempo successivo alla crisi, è indispensabile, come segnala García Rubio (64), che si eserciti un controllo sulla validità di essi avendo riguardo sia al processo di formazione del consenso, sia al contenuto del patto, sia alla portata del patto nella sua esecuzione (65). La proposta che vengo a formulare, che in parte potrebbe valere anche per il diritto spagnolo, nel quale questi risultati sono sostanzialmente già acquisiti, che prevalentemente è destinata al diritto italiano in vista di una possibile riforma e, che nel complesso, potrebbe essere utile in vista di una auspicabile disciplina uniforme europea, terrà conto di questi tre aspetti, indicando quali possano essere gli strumenti adeguati a garantire questo triplice controllo.

Ad oggi, sebbene non si possa dire che esista una generale prescrizione di forma per la validità dei patti in previsione della crisi familiare, dal momento che non possono considerarsi, né essere equiparati alle convenzioni matrimoniali, non c'è dubbio che debba essere osservata la forma scritta nei soli casi in cui il patto abbia un contenuto per il quale la legge prescrive il requisito della forma scritta sotto pena di nullità (cfr. art. 1350 c.c.; art. 1280 *Código civil*). In conseguenza, la trascrizione si renda ne-

---

(61) M.D. Cervilla Garzón, *Acuerdos prematrimoniales en el actual derecho de los Estados Unidos: The Uniform Premarital and Marital Agreement Act (2012)*, in *Revista de derecho civil*, 2017, p. 3-54; A.M. Rodríguez Guitián, *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, cit., p. 63 ss.

(62) A.M. Rodríguez Guitián, *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, cit., p. 62, ricorda che il primo caso in cui negli Stati Uniti si è ammessa la validità della figura è del 1972, quando viene risolta la nota controversia Posner vs Posner.

(63) V. nt. 8.

(64) G. Rubio e M. Paz, *Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia*, in A.D.-U. Girona, *Nous reptes del Dret de familia. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Catalá a Tossa*, Girona 2005, p. 95-121. In questo stesso senso anche A.M. Rodríguez Guitián, *Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los conyuges y la solidariedad*, cit., p. 111 ss.

(65) G. Rubio e M. Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil*, cit., p. 1673, «el control judicial ex post del acuerdo asegura el respeto a esos límites».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cessaria solo nei casi in cui, in relazione al singolo contenuto del patto, la legge stabilisca l'obbligo o la facoltà di rispettare tale formalità.

In via prudenziale credo che il patto debba comunque essere concluso per iscritto, anche per facilitare la sua prova in un eventuale giudizio, e, in una prospettiva *de iure condendo*, sono convinto che debbano farsi con atto pubblico notarile.

Non si tratta, soltanto, del rispetto di un requisito formale, ma si tratta anche di garantire che il notaio offra ai nubendi o ai coniugi una adeguata informazione sulla portata del patto, sul suo contenuto, in modo che il consenso possa essere pienamente consapevole e gli stipulanti abbiano una chiara coscienza delle deroghe che il patto determina rispetto alla disciplina legale.

Sotto questo aspetto, la figura del notaio si profila di grande importanza e, potrebbe non essere inutile, prevedere, analogamente a ciò che stabilisce il Codice civile catalano, che il notaio debba informare ciascuna delle parti per separato, avvertendo della necessità che si offrano adeguate informazioni reciproche sopra le condizioni economiche di ciascuno al momento della stipulazione del patto.

Considerando che il patto ha una evidente funzione derogatoria del regime legale e che per effetto del patto le parti possono rinunciare a pretese economiche è importante, anche secondo il principio di buona fede, che i coniugi siano adeguatamente informati delle rispettive condizioni economico-patrimoniali e che non si diano, tra loro, asimmetrie contrattuali (66). Il notaio è, senza meno, la figura che meglio di tutti, può garantire sia una adeguata informazione e consulenza dei contrattanti, sia esercitare un generale controllo di legalità del patto. Potrebbe anche esser utile prevedere, come fa il codice catalano, l'obbligo di ciascuno dei coniugi di informare l'altro delle proprie condizioni economico-patrimoniali e delle proprie aspettative economiche, di modo che si possa superare la possibile asimmetria nelle informazioni.

Potrebbe non essere privo di rilievo prevedere una norma analoga a quella prevista nell'art. 90.2.III *Código civil*, dettata in materia di *convenio regulador*, secondo la quale se il notaio dovesse considerare il patto particolarmente pregiudizievole per uno dei coniugi o per le figlie e i figli, deve avvertire gli stipulanti, affinché provvedano diversamente, dando altrimenti per terminato l'espediente.

---

(66) A.M. Rodríguez Guitián, *Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los conyuges y la solidariedad*, cit., p. 112, «Esta distinta posición negocial puede traducirse en la imposición unilateral del contenido del pacto por la parte que se halla en una posición de superioridad obteniendo ventajas de la misma».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il patto in previsione della rottura familiare può essere stipulato tanto prima della celebrazione del matrimonio, come in un momento successivo. Si deve, tuttavia, evitare che sia concluso troppo tempo prima o troppo a ridosso del matrimonio, per evitare nel primo caso che non sia attuale il consenso e nel secondo che possa reputarsi come il risultato di una decisione affrettata o poco meditata (67) o, addirittura concluso come una presunta prova di amore (68). A tal proposito si potrebbe ipotizzare che il patto non debba essere anteriore a sei mesi rispetto alla celebrazione del matrimonio, e non successivo a trenta giorni prima della celebrazione del matrimonio, precisando che in entrambi i casi il patto è inefficace. Pur comprendendo che tale indicazione è soltanto approssimativa e, dunque, che potrebbero perfettamente darsi casi nei quali non si pongono in concreto i problemi appena indicati, c'è sempre da ricordare che una disciplina deve avere un carattere di generalità e non deve mai considerare il caso limite, ma l'*id quod plerumque accidit*. In ogni caso, in luogo di una inefficacia assoluta, si potrebbe anche pensare, sebbene si tratti di una soluzione che può creare maggiori difficoltà, a una semplice presunzione di inefficacia, ossia assumere che il patto si presume inefficace, a meno che la parte che intende valersene offra la prova che il patto è stato frutto di un consenso libero e attutale.

Quanto alla capacità dei coniugi, non c'è dubbio che il patto possa essere liberamente concluso dalle parti che abbiano la capacità di contrarre matrimonio e che nel caso in cui una delle parti abbia una disabilità troverà applicazione la disciplina generale. Inutile dire che la situazione normativa in Spagna e in Italia è molto diversa, dal momento che la prima ha portato a termine una importantissima riforma per dare attuazione alla Convenzione di Nuova York sui diritti delle persone con disabilità (69), mentre la prima non ha fatto praticamente nulla e, ciò che è peggio, il tema 'quasi del tutto ignorato (70).

---

(67) G. Rubio e M. Paz, *Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia*, cit., p. 103.

(68) La questione ha assunto una notevole importanza negli Stati Uniti, dove molteplici decisioni hanno attribuito una grande rilevanza a tale profilo, al fine di affermare o negare, a seconda dei casi, la libertà del consenso di uno dei coniugi, o la sua adeguata conoscenza del contenuto dell'accordo. In tema, M.D. Cervilla Garzón, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de derecho comparado*, capitolo III paragrafo 5.b.

(69) *Ley* 8/2021, *de* 2 *de junio*.

(70) Per una idea si v. V. Barba, *La protección de las personas con discapacidad en el derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, in *Revista Cubana de Derecho*, 2021, vol. 1, *enero-julio*, p. 274-307; Id., *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. d. civ.*, 2021, p. 419-449. Si consulti, inoltre,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il consenso delle parti, oltre ad essere informato, dovrà essere libero e, dunque, facendo applicazione della disciplina di diritto comune, deve escludersi la validità dei patti conclusi per errore, violenza e dolo. A tal proposito, sebbene si tratti di un atto che ha anche natura patrimoniale e, dunque che dovrebbe essere soggetto alla disciplina tipica dei contratti, credo che in materia di vizi si debba applicare la disciplina meno rigida propria del diritto matrimoniale, con la conseguenza di dare rilevanza anche alla intimidazione o al timore riverenziale.

Rispetto al contenuto del patto (71), i coniugi possono pattuire su tutti i loro rapporti personali e patrimoniali, dovendosi soltanto rispettare la regola generale che impone che il contratto non sia contrario alle leggi, alla morale e all'ordine pubblico (72).

Nei limiti in cui nell'ordinamento sia consentito, i coniugi possono convenire anche patti successori, siano essi dispositivi, istitutivi o rinunziativi. I coniugi possono rinunciare reciprocamente alla eredità o alla legittima, o disporre della loro eredità o di altre eredità o anche farsi attribuzioni a titolo universale o particolare.

Nel caso in cui il patto in previsione della rottura familiare contenga regole sull'affidamento, la educazione, il mantenimento e il diritto di visita delle figlie e dei figli minori di età, esso dovrà rispondere al miglior interesse dei minori (73). È dunque indispensabile non soltanto che i co-

---

"Primo Rapporto alternativo del Forum Italiano sulla Disabilità al Comitato delle Nazioni Unite sulla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità" del Forum Italiano sulla Disabilità del 18 gennaio 2016 e "Osservazioni Conclusive al primo rapporto dell'Italia" del Comitato sui Diritti delle Persone con Disabilità del 31 agosto 2016, entrambi in *https://www.osservatoriodisabilita.gov.it/it/documentazione-relativa-alla-convenzione-delle-nazioni-unite/* (consultato 10 maggio 2022).

(71) G. Rubio e M. Paz, *Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia*, cit., p. 95-121; A.M. Rodríguez Guitián, *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, cit., p. 179 ss.; B. Sillero Crovetto, *Acuerdos prematrimoniales: legalidad y contenido*, cit., p. 2780 ss.

(72) Per tutti sul tema, per la ricchezza delle riflessioni e l'impostazione concettuale, F. Oliva Blázquez, *Límites a la autonomía privada en el derecho de los contratos: la moral y el orden público*, in M.A. Parra Lucán, *La autonomía privada en el derecho civil*, Navarra 2016, p. 295-360; F. Oliva Blázquez, *La moral y el orden público como límites a la autonomía de la voluntad en la contratación*, in S. Gaspar Lera e M.A. Parra Lucán, *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Zaragoza 2017, p. 219-226.

(73) Il riferimento principale è alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, che sancisce questo principio all'art. 3.1. Va notato che il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, nel suo Commento generale n. 14 (2013), afferma che l'interesse superiore della persona minore di età è un concetto triplice: a) un diritto sostanziale, b) un principio giuridico interpretativo fondamentale, c) una norma procedurale. G. Rubio e M. Paz, *¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?*, in *Actualidad Ibérico Americana*, n. 13, agosto 2020, p. 44.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

niugi valutino astrattamente quale debba essere la migliore decisione per i figli minori di età, ma che in ogni pattuizione che riguardi direttamente o indirettamente una persona minore di età, si deve sempre considerare come il miglior interesse del minore sia stato preso in considerazione nel prendere la decisione specifica e quale impatto tale decisione possa avere in pratica. Il patto dovrà tener conto in via preventiva di quale possa essere il miglior interesse del minore, ma è inevitabile che tale valutazione dovrà essere sempre fatta al momento in cui il patto dovrà essere eseguito. Affinché il patto sia valido è, dunque, necessario che risponda al miglior interesse del minore sia nel momento in cui è concluso, sia nel momento in cui deve essere eseguito. Ciò comporta che un patto potenzialmente valido al momento della sua celebrazione, possa essere inefficace al momento della sua esecuzione.

Sempre con riferimento al contenuto, credo che l'autonomia privata debba incontrare un ulteriore limite, dal momento che non si può considerare valida una rinunzia all'assegno di mantenimento (74) o ai diritti che spettano sulla casa familiare nella misura in cui impediscano al coniuge, che ne avrebbe diritto, a soddisfare le sue esigenze basiche (75). Sotto questo profilo, in luogo di prevedere una limitazione di tal sorta, analogamente a quanto fa il Codice civile catalano (artt. 233-16, 233-21.3), si potrebbe anche ovviare stabilendo che l'ex coniuge debba considerarsi, seppure in ultimo grado, come soggetto tenuto agli alimenti. Una previsione di questo tipo, per un verso, consentirebbe di dare adeguata attuazione al principio di solidarietà post-coniugale, senza trasformare l'ex coniuge in obbligato principale, e, per altro verso, permetterebbe di conservare la validità ed efficacia a patti totalmente rinunziativi all'assegno di mantenimento o ai diritti sulla casa familiare.

Ulteriore limitazione alla autonomia privata è data dal principio di eguaglianza nei rapporti tra i coniugi. Ciò impone che il patto non determini alcuna discriminazione a danno di uno dei coniugi e, più genericamente, che ci sia una ragionevole reciprocità (76). Al fine di compiere

---

(74) G. Rubio e M. Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en Código civil*, cit., p. 1653 ss.

(75) Secondo A.M. Rodríguez Guitián, *Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los conyuges y la solidariedad*, cit., p. 120, dal momento che la pension compensatora non ha nel diritto spagnolo nessuna funzione assistenziale, «no sería coherente adoptar una estructura similar a la prevista en el derecho catalán o en el norteamericano».

(76) Condivido la opinione di A.M. Rodríguez Guitián, *Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los conyuges y la solidariedad*, cit., p. 120 s., la quale chiarisce che il principio di uguaglianza tra i coniugi può essere inteso in due

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

questa valutazione è indispensabile avere riguardo al patto nel suo complesso, senza limitarsi a una sola sua parte o clausola, considerando la posizione economica di entrambi i coniugi. Una clausola che, a esempio, prevedesse l'obbligazione del coniuge che con la sua condotta abbia provocato la crisi familiare di pagare all'altro una somma X (77), anche se formalmente ispirato al principio di eguaglianza, potrebbe risultare fortemente discriminatorio, perché quella somma, in relazione alle condizioni patrimoniali delle parti, potrebbe risultare modesta per uno ed eccessivamente onerosa per l'altro.

I coniugi possono anche derogare alcune norme sul regime economico. Al riguardo sebbene si affermi da parte di molti che, oltre alle norme in tema di amministrazione, esistono, con riguardo ai regimi economici diversi dalla separazione dei beni, norme in materia di beni comuni o personali e norme sullo scioglimento che sono inderogabili, credo, nel rispetto del principio di uguaglianza, che dovrebbe offrirsi una interpretazione molto meno rigida. Considerando, infatti, che i coniugi possono scegliere il regime della separazione dei beni, mi sembra difficilmente giustificabile che non possano apportare modifiche agli altri regimi, ampliando o riducendo l'ambito dei beni comuni e personali, o modificando le regole in materia di scioglimento.

Quanto, infine, al controllo sulla fase esecutiva, esso è garantito dalla applicazione della dottrina della clausola *rebus sic stantibus* (78), in forza del quale, se al momento della sua esecuzione le prestazioni sono divenute eccessivamente onerose per uno dei coniugi per un fatto straordinario e imprevedibile, il patto diventa inefficace (79).

---

modi diversi: o come assenza di sottomissione o di una posizione di superiorità di un coniuge sull'altro oppure come requisito di reciprocità. Dal punto di vista dell'autrice, non c'è dubbio che il primo modo di intendere l'uguaglianza debba essere garantito dagli obblighi di forma e di informazione del notaio, mentre il secondo dalla previsione della reciprocità dell'accordo. Più in generale, L. ALLUEVA AZNAR, *Gènere I dret de família: una lectura dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial a partir del llibre segon del Codi civil de Catalunya*, in *Revista Catalana de Dret Privat*, 2016, p. 111, dice che «l'exigència de reciprocitat en els pactes de renúncia o de limitació dels drets és una derivació del principi d'igualtat entre els cònjuges».

(77) Sui patti indennizzatori, E. HIJAS CID, *Pactos prematrimoniales*, cit., p. 59 ss.

(78) L. MARTÍNEZ VELENCOSO, *Supuestos de cláusula rebus sic stantibus en el derecho de familia*, in T. TORRES GARCÍA, *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado. Carmona III*, Valencia, 2017, p. 467 ss.; O. MORENO-F. JAVIER-M. VELENCOSO, Luz, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y derecho comparado*[2], Cizur Menor 2017.

(79) Al riguardo, mentre nell'ordinamento giuridico spagnolo il riconoscimento è consolidato, diversa è la situazione in Italia, in cui la esistenza di una disciplina espressa della Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (cfr. art. 1467 c.c.) porta a escludere o

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Affinché l'accordo sia inefficace, non solo deve essersi verificato un evento straordinario (80), cioè un evento che va oltre la normalità e che quindi non si ripete con frequenza e regolarità nel tempo, non solo deve essere imprevedibile, cioè le parti non potevano ragionevolmente prevederne il verificarsi, ma è anche necessario che, in conseguenza di tale evento, l'esecuzione dell'accordo arrechi un grave pregiudizio a uno dei coniugi (81). Pertanto, non può essere considerato straordinario e imprevedibile il fatto che uno dei coniugi abbia perso il lavoro, che uno dei coniugi abbia ricevuto una ricca eredità dai genitori o dai parenti, la nascita di figli, la nascita di un figlio fuori dal matrimonio, il fallimento dell'azienda di uno dei coniugi, l'aumento dei prezzi degli immobili o un'inflazione significativa, a meno che non si tratti di un'inflazione straordinaria causata da motivi singolari. D'altro canto, potrebbe essere considerato un evento straordinario e imprevedibile, il cui verificarsi potrebbe rendere inefficace il patto in previsione della crisi familiare, il fatto che uno dei coniugi abbia subito un infortunio che abbia comportato la sua incapacità lavorativa (82), o la disabilità di un figlio, costringendo uno dei coniugi a rinunciare al proprio lavoro o a fare sacrifici significativi nella propria attività, oppure, il fatto che sia stata trovata una cura per una malattia che colpisce uno dei coniugi e che è considerata degenerativa e incurabile.

Ovviamente, l'onere di provare che si è verificato un evento straordinario e imprevedibile tale per cui l'esecuzione dell'accordo arrecherebbe un grave pregiudizio a uno dei coniugi ricade sul coniuge che invoca il motivo di inefficacia, il quale deve provare sia il verificarsi di un evento

---

considerare assorbita la teoria della clausola *rebus sic stantibus*. Al riguardo non condivido questa opinione e reputo che anche in Italia, soprattutto in questa materia, la dottrina della clausola *rebus sic stantibus*, sarebbe indispensabile al fine di garantire il controllo di esecuzione sui patti in previsione di una ottura familiare. Sulla necessità di una disciplina delle sopravvenienze, U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, cit., p. 648 ss.

(80) N. GINÉS CASTELLET, *Autonomía dela voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 2616, sottolinea che deve rifiutarsi una interpretazione estensiva.

(81) La situazione nel diritto inglese non è molto diversa; anche se non esista o non si accetti la dottrina della clausola *rebus sic stantibus*, questo stesso risultato viene raggiunto attraverso un controllo di "equità sostanziale" o di "incoerenza dei risultati". J.M. SCHERPE, *Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher y Granatino*, in *Indret*, 2012, 2, p. 13 ss.

(82) J. SOLÉ FELIU, *Comentario al article 231-20 del Codi Civil de Catalunya*, in J. EGEA I FERNAÌNDEZ e J. FERRER I RIBA (dirs.), E. FARNOÌS I AMOROÌS (coord.), *Comentari al Llibre segon del Codi Civil de Catalunya. Famiùlia i relacions convivencials d'ajuda muùtua*, Barcelona 2014, p. 157.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

straordinario e imprevedibile sia il grave pregiudizio che gli arrecherebbe l'esecuzione dell'accordo.

Sulla base di queste considerazioni e nei limiti appena segnalati, credo che i patti in vista di una crisi familiare si possano convertire in uno strumento molto utile. Condividendo la opinione di Rodríguez Guitián (83) non si può dimenticare che il loro fondamento può rinvenirsi negli stessi principi costituzionali di libertà della persona e libero svolgimento della sua personalità.

Il diritto civile, come diritto delle persone (84), non può non farsi carico di questa importante questione ed è auspicabile che anche la giurisprudenza italiana, illuminata da quella spagnola, possa assumere decisioni più coerenti con il sistema normativo e i diritti delle persone. Considerando, inoltre, la importanza che tale tema assume in tutti i paesi europei, sarebbe anche auspicabile una disciplina europea uniforme o armonizzata.

---

(83) A.M. Rodríguez Guitián, *Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los conyuges y la solidariedad*, cit., p. 110.

(84) Sulla importanza e il valore del diritto civile, recentemente, G. Rubio e M. Paz, *Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos*, in *Revista de Derecho Civil*, 2022, 1, p. 233-245, «Desde una determinada óptica, el Derecho civil constituye un legado histórico y cultural, que resulta ser, sobremanera, poso y cobijo de las opciones éticas básicas de una sociedad. Desde otro punto de vista, cualquier jurista reconoce que en el Derecho civil se halla la matriz de buena parte de los conceptos que en nuestra tradición cultural sustentan las bases de los ordenamientos jurídicos modernos. Finalmente, el Derecho civil es el Derecho de la vida cotidiana, el que alcanza, en una u otra medida, a todas las personas. Estas perspectivas dotan al Derecho civil de una singularidad que no comparte con ninguna rama del Derecho, ni de las tradicionales, ni de aquellas otras que pueden ser consideradas más o menos nuevas».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ANTONIO CETRA
Prof. ord. dell'Università Cattolica del Sacro Cuore (*)

PATRIMONIO E BILANCIO NEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il patrimonio delle associazioni e delle fondazioni del terzo settore. – 3. *Segue*: il c.d. "patrimonio minimo" e il riconoscimento della personalità giuridica ai sensi dell'art. 22 del codice del terzo settore. – 4. La (in)coerenza sistematica del "patrimonio minimo" (anche) alla luce della riforma dell'impresa sociale. – 5. Il patrimonio destinato alle attività di interesse generale negli enti religiosi civilmente riconosciuti. – 6. Il bilancio e la rendicontazione contabile.

1. – È opinione assai condivisa quella secondo cui la riforma del c.d. terzo settore – avvenuta, come è noto, con i coevi d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (codice del terzo settore, nel prosieguo c.t.s.) e d. lgs. 3 luglio 2017, n. 112 (decreto di revisione della disciplina dell'impresa sociale, nel prosieguo d.i.s.) – si sia caratterizzata per avere dato luogo ad un processo di massiccia "societarizzazione" (1): non solo perché ha annoverato, senza più alcun dubbio, le società tra gli enti del terzo settore (nel prosieguo e.t.s.), ma soprattutto perché ha mutuato dal diritto societario, specie quello delle società di capitali, molte delle regole che costituiscono la disciplina degli e.t.s. diversi dalle società (esemplarmente, le associazioni e le fondazioni, a prescindere, poi, se ulteriormente qualificate attraverso l'assunzione di uno statuto singolare: cfr. art. 4, comma 1°, c.t.s.).

L'attenzione, con specifico riferimento a quest'ultimo profilo, è stata rivolta, pressoché esclusivamente, alla *governance* e, specialmente, ai poteri e alle responsabilità degli organi amministrativi e di controllo: nella prospettiva di verificare se l'impiego (diretto o indiretto) di regole di matrice societaria e, quindi, di una forma giuridica approntata per iniziative economiche e, tipicamente, imprenditoriali si dimostri o no coerente sul piano

(*) Lo scritto è destinato agli Studi in onore di Sabino Fortunato.

(1) L'espressione è stata coniata da C. IBBA, *Codice del terzo settore e diritto societario*, in *R. soc.*, 2019, p. 64 ss.; ID., *Imprese sociali società di capitali*, in *Luiss Law Review*, 2021, p. 168.; ID., *Le imprese sociali costituite in forma di società di capitali. Profili organizzativi e pubblicitari*, in *R. orizz. dir. comm.*, 2022, p. 682 (e in M. CALLEGARI, S.A. CERRATO e E.R. DESANA (a cura di), Governance *e mercati. Studi in onore di Montalenti*, III, Torino 2022, p. 1639).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sistematico e, dunque, in grado di contemperare gli interessi – risolvendone adeguatamente i conflitti – generalmente coinvolti in contesti (e.t.s. non societari) che danno forma giuridica ad iniziative ontologicamente diverse da quelle societarie (perché non economiche) (2). Non altrettanto interesse è stato, invece, riservato al patrimonio degli e.t.s. (sempre non societari) (3), benché non manchino dati normativi che inducano a pensare come anche questo istituto non sia rimasto immune dal divisato processo di "societarizzazione": basti guardare l'art. 22, commi 2°, 4° e 5°, c.t.s., che introduce il *patrimonio minimo* ed evoca un regime di organizzazione patrimoniale allusivo alle regole di formazione e, soprattutto, di mantenimento, proprie del capitale sociale; oppure l'art. 4, comma 3°, c.t.s. (ed il corrispondente art. 1, comma 3°, d.i.s.), che richiede (richiedono) un *patrimonio destinato* a servizio di una o più attività di interesse generale (eventualmente in forma di impresa) negli enti religiosi civilmente riconosciuti che intendano acquisire la qualifica di e.t.s.

Il presente lavoro si propone, allora, di verificare se il patrimonio degli e.t.s. sia stato – per così dire – "societarizzato", appurando, in caso di risposta affermativa: per un verso (e non diversamente da quanto è stato fatto per la *governance*), la coerenza sistematica dell'impiego di regole approntate per iniziative economiche (se non proprio imprenditoriali) anche nel caso di attività tipicamente erogative (e, comunque, non imprenditoriali); per altro verso (e come conseguenza della prima valutazione), le ripercussioni di una disciplina che presuppone la traduzione in valori degli elementi patrimoniali sul sistema delle scritture contabili e sul bilancio degli e.t.s.. L'analisi, in quest'ottica, muoverà, anzitutto, dal patrimonio delle associazioni e delle fondazioni del terzo settore (parr. 2-4); per, poi, passare al patrimonio destinato alle attività di interesse generale degli enti religiosi civilmente riconosciuti che acquisiscono la qualifica di e.t.s. (par.

---

(2) Nella prospettiva del testo, v., ad esempio, oltre il già citato lavoro di C. IBBA, *Codice*, cit., p. 67 ss., G.B. BARILLÀ, *Poteri di gestione e poteri di rappresentanza degli amministratori di enti* non profit. *Tra codice del terzo settore e diritto societario*, Torino 2018, p. 47 ss., 77 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori di fondazioni tra diritto societario e codice del terzo settore*, in *R. soc.*, 2019, p. 1064 ss.; M. TOLA, *La* governance *degli enti del terzo settore e i sistemi* multistakeholders, *ivi*, 2019, p. 62; M.L. VITALI, *Riforma del «terzo settore», nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie*, in *Osserv. d. civ. comm.*, 2020, p. 93 ss.; M. TAMPONI, *La* governance *degli enti del terzo settore dopo la riforma: i soci e l'assemblea*, in *Luiss Law Review*, 2021, p. 85.

(3) Ma v., adesso, M. MALTONI e P. SPADA, *Patrimonio minimo e capitale sociale minimo. Alla ricerca di norme nell'art. 22 del codice del terzo settore*, in *R. d. comm.*, 2021, II, p. 1 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

5); riservando, infine, le notazioni conclusive, al bilancio e alla rendicontazione di fine esercizio della medesima tipologia di e.t.s. (par. 6).

2. – Nell'accennata linea di indagine, la notazione della quale partire è che la riforma del 2017 non pare abbia apportato alcun cambiamento in ordine al patrimonio degli enti diversi dalle persone giuridiche, vale a dire le associazioni non riconosciute. La disciplina di questi ultimi sodalizi continua, infatti, a mantenere il più assoluto silenzio in merito all'elemento patrimoniale. È opinione diffusa che in questi casi il patrimonio sia interamente lasciato all'autonomia statutaria, la quale può liberamente decidere in ordine alla sua formazione: se, cioè, acquisire "mezzi propri" e, nell'ipotesi affermativa, quale sia la relativa consistenza sul piano quantitativo e qualitativo, tali mezzi potendo essere costituiti da qualsiasi entità utile rispetto alle esigenze operative. Nulla vieta, ad esempio, che in un'associazione non riconosciuta il patrimonio sia (quanto meno inizialmente) formato dai soli crediti verso gli associati per la prestazione di opere e servizi, reputando che tanto sia bastevole (perlomeno al momento) per l'adempimento dei compiti richiesti dalla propria missione istituzionale (4).

Le cose cambiano, invece, per gli enti riconosciuti come persone giuridiche, ossia le associazioni che chiedono e ottengono la personalità giuridica e le fondazioni. In questi ultimi contesti, infatti, è sicuramente da escludere che la formazione del patrimonio possa essere interamente rimessa all'autonomia statutaria: non solo, l'indicazione del patrimonio rientra tra gli elementi essenziali dell'atto costitutivo (cfr. art. 16, comma 1°, c.c. e art. 21, comma 1°, c.t.s.), ma lo stesso patrimonio costituisce pure oggetto di uno specifico controllo che si deve espletare durante il procedimento di riconoscimento (5).

Secondo il procedimento disciplinato dal d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361 – il quale parrebbe fruibile, seppure in via alternativa al diverso procedimento contemplato dall'art. 22 c.t.s., anche dagli e.t.s. (cfr., in

---

(4) Così, ma erroneamente ritenendo di poterne addurre l'inessenzialità del patrimonio, D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*[2], Milano 1952, p. 169 ss.; F. FERRARA, *Le persone giuridiche*[2], in *Tratt. Vassalli*, II, 2, Torino 1956, p. 63 s.; G. PERSICO, voce *Associazioni non riconosciute*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, p. 876 s.; più di recente, M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale e le associazioni riconosciute e le fondazioni*, in *Tratt. Rescigno*[2], II, 1, Torino 1999, p. 382; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche. Art. 11-35*[2], in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 2006, p. 244; M. TAMPONI, *Persone giuridiche. Artt. 11-35*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 2018, p. 189.

(5) Sul punto, tra gli altri, anche per ulteriori riferimenti, F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 245 ss.; M. BASILE, *Le persone giuridiche*, I, *Componenti e attività*[3], in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2020, p. 134 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

particolare, art. 22, commi 1° e 1°-*bis*, c.t.s. e art. 15, comma 1°, lett. *b*, d.m. 15 settembre 2020, n. 106) (6) –, il patrimonio deve essere valutato dall'autorità prefettizia competente a disporre l'iscrizione dell'associazione e/o della fondazione nel registro delle persone giuridiche (formalità con la quale l'ente consegue la personalità giuridica: art. 1, comma 1°, d.p.r. n. 361/2000): nel senso che le risorse patrimoniali di cui l'ente è stato dotato devono soddisfare, con esito positivo, un riscontro di *consistenza* sulla base di quanto risulta da idonea documentazione allegata alla domanda (art. 1, comma 4°, d.p.r. n. 361/2000) e di *adeguatezza* rispetto alla realizzazione dello scopo prefissato (art. 1, comma 3°, d.p.r. n. 361/2000). Stando al tenore letterale di un siffatto dato normativo, si tratta di effettuare un duplice, concorrente accertamento: *da un lato*, l'effettiva acquisizione delle entità che costituiscono il patrimonio, verificando, nello specifico, che esse non siano legate a fattori non controllabili e, quindi, risultino puramente eventuali al momento del riconoscimento; *dall'altro*, che le risorse effettivamente acquisite e, dunque, non puramente eventuali, siano in sé sufficienti rispetto allo scopo risultante dall'atto costitutivo, ossia che possano considerarsi compatibili con il programma che si annuncia di voler svolgere e assicurino funzionalità e stabilità dell'ente (7). Il legislatore, in altri termini, subordina il riconoscimento della personalità giuridica alla circostanza che un patrimonio si sia effettivamente formato e che questo appaia *ictu oculi* adeguato rispetto al raggiungimento dello scopo istituzionale. Lascia, invece, alla piena autonomia dell'ente riconosciuto (ossia, dei suoi organi) l'esercizio di

---

(6) In questo senso, C. IBBA, *La pubblicità degli enti del terzo settore*, in questa *Rivista*, 2019, p. 627 ss.; e parrebbe pure M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore (d. lgs. 3 luglio 2017): un'occasione mancata?*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2018, I, p. 29; diversamente, invece, ritenendo che dopo l'introduzione del comma 1-*bis* dell'art. 22, ad opera del correttivo del c.t.s. (d. lgs. 3 agosto 2018, n. 105), gli e.t.s. acquistano la persona giuridica solo con l'iscrizione disposta dall'art. 22, comma 1°, c.t.s., D. POLETTI, *Costituzione e forme organizzative*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del terzo settore. Commento al d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117*[2], Ospedaletto (Pi), 2021, p. 250 s.; Consiglio Nazionale del Notariato (N. Atlante, G. Sepio e E.M. SIRONI), *Atto costitutivo e statuto, nuovo sistema per il riconoscimento della personalità giuridica e pubblicità degli enti del terzo settore. Studio n. 104-2020/I*, p. 13.

(7) In questo senso, anche per i riferimenti alla posizione pressoché pacifica della giurisprudenza amministrativa, da sempre orientata ad escludere la possibilità di riconoscimento in mancanza, *da un lato*, di un patrimonio di sicura consistenza (o puramente eventuale) o in presenza, *dall'altro*, di una formulazione troppo generica dello scopo, senza precisazioni, anche esemplificative, delle modalità attraverso le quali lo stesso verrà perseguito (impedendo qualsiasi valutazione di adeguatezza patrimoniale), F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 246 ss.; M. TAMPONI, *Le persone giuridiche*, cit., p. 189 s.; M. BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., p. 134 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

qualsiasi potere in ordine alla disponibilità di tale patrimonio, mantenendo, dunque, sotto questo profilo, un atteggiamento non diverso da quello assunto, dal diritto privato "classico", a proposito del rapporto tra un soggetto ed i suoi beni: assicura al primo (soggetto) disponibilità e diritto di godimento dei secondi (beni), ma tratta, poi, come irrilevante (*rectius*: interamente libero) l'esercizio della relativa disponibilità, pretendendo soltanto, in termini generici, che il patrimonio venga funzionalizzato al perseguimento degli scopi istituzionali (8).

Bisogna, comunque, dire che la prassi, in fase applicativa, si è tutt'altro che mantenuta all'interno del perimetro del divisato controllo, disattendendo, all'evidenza, la portata delle disposizioni normative che lo prescrivono. Si deve, infatti, ricordare cha le autorità prefettizie (9) hanno, non di rado, richiesto che il patrimonio degli enti che si sottopongono a riconoscimento soddisfacesse ulteriori requisiti non menzionati dalla legge. Soprattutto in passato, è stata domandata una certa composizione qualitativa di detto patrimonio, ritenendo che lo stesso dovesse comprendere solo risorse dotate di attitudine allo scambio e suscettibili di diretta espropriazione: in grado, quindi, nel loro insieme, di costituire un fondo qualificato da mantenere a garanzia dei creditori (10). E benché, col passare del tempo, una simile composizione sia stata progressivamente superata, nondimeno, anche di recente, sono state reputate essenziali altre restrizioni: è stata, nello specifico, pretesa, nel caso di patrimoni formati da risorse diverse dal denaro, una composizione circoscritta alle sole entità suscettibili di valutazione economica, accompagnate, peraltro, da una relazione di

---

(8) In questi termini, A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino 2003, p. 136 (dove altre citazioni sul requisito patrimoniale ai fini del riconoscimento).

(9) In perfetta continuità con quanto facevano le diverse autorità governative investite del controllo sul patrimonio nel sistema previgente *ex* art. 2, comma 1°, disp. att. c.c., attesa la piena equivalenza di quest'ultimo controllo con quello richiesto dall'art. 1, commi 3° e 4°, d.p.r. n. 361/2000: lo rileva, tra gli altri, M. TAMPONI, *Le persone giuridiche*, cit., p. 189.

(10) Secondo l'opinione sostenuta da F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 248 s.; nello stesso senso, anche per i riferimenti alla posizione adesiva della giurisprudenza amministrativa, G. IORIO, *Le fondazioni*, Milano 1998, p. 197. La composizione qualitativa indicata nel testo è, talvolta, espressamente stabilita dai regolamenti regionali per l'iscrizione nel registro regionale delle persone giuridiche ai sensi dell'art. 7, comma 1°, d.p.r. n. 361/2000 (la quale è subordinata agli stessi requisiti di cui all'art. 1, commi 3° e 4°, d.p.r. n. 361/2000): v., ad esempio, Delibera della Giunta regionale della Regione Toscana del 30 settembre 2013, n. 788, che richiede un patrimonio minimo costituito da risorse liquide o immediatamente liquidabili (punto 1.1.), il quale deve costituire «un fondo patrimoniale vincolato e non utilizzabile per fare fronte ad oneri gestionali» (punto 1.2); Delibera della Giunta regionale della Regione Veneto del 14 febbraio 2017, n. 134, che richiede un patrimonio costituito da un deposito monetario destinato a costituire «il "fondo patrimoniale di garanzia", indisponibile e vincolato a garanzia dei terzi che instaurino rapporti con l'ente».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stima che ne accertasse il valore (11). Alle imposizioni sul piano qualitativo si sono, inoltre, aggiunti anche limiti di tipo quantitativo, esigendo che il patrimonio si attestasse non al di sotto (se non proprio al di sopra) di un certo ammontare (12).

Le menzionate richieste sulla composizione qualitativa del patrimonio risultano, all'evidenza, influenzate (se non proprio mutuate) dalle ricostruzioni che nel tempo si sono andate accreditando, nella giurisprudenza teorica e pratica, in tema di conferimenti e di formazione del capitale sociale nelle società commerciali (di capitali). La prima, più risalente, posizione (secondo cui il patrimonio delle persone giuridiche debba essere costituito da denaro o da beni realizzabili sul mercato, anche a seguito di un procedimento esecutivo instaurato su di essi) risente, infatti, dell'opinione (13) ad avviso della quale i conferimenti devono essere in grado di formare un capitale che rappresenti un fondo di garanzia, da rendere indisponibile e lasciare a tutela delle ragioni creditorie (= *Haftungsstock*). La seconda, più recente, posizione (secondo cui il patrimonio delle persone giuridiche deve essere costituito da entità suscettibili di valutazione economica, eventualmente da accertare attraverso una relazione di stima) è tributaria, invece, dell'opinione (14) che rileva come non ci sia nessuna prescrizione normativa che restringa l'aerea del conferibile alle sole entità

---

(11) Danno contezza di questa prassi, A. FUSARO e G. VIOTTI, *Commento all'art. 1* – par. I, in M.V. DE GIORGI, G. PONZANELLI e A. ZOPPINI (a cura di), *Il riconoscimento delle persone giuridiche. D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361*, Milano 2001, p. 50. La quale emerge solo che si guardino i siti internet (prefettura.it) di una qualunque prefettura, dove, tra la documentazione da allegare alla domanda di riconoscimento, è sempre richiesta «una relazione sulla situazione economica e finanziaria dell'ente...*corredata da una perizia giurata di parte, qualora l'ente sia in possesso (o titolare) di beni immobili*...» (corsivo aggiunto). Analoga documentazione è prevista per l'iscrizione nei registri regionali delle persone giuridiche, che resta subordinata alla «scheda riassuntiva della situazione patrimoniale e finanziaria recante l'esatta consistenza del fondo di dotazione e del fondo di gestione...corredata da *certificazione specifica*» (enfasi sempre aggiunta).

(12) E v. M. BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., p. 134. Anche i limiti quantitativi emergono dai regolamenti regionali per l'iscrizione nel registro regionale delle persone giuridiche: v., tra gli altri, Circolare della Regione Lombardia del 14 novembre 2011, che chiede livelli minimi di patrimonio a seconda del tipo di attività svolta dall'ente; Delibera della Giunta regionale della Regione Toscana del 30 settembre 2013, n. 788, Delibera della Giunta regionale della Regione Veneto del 14 febbraio 2017, n. 134; Delibera della Giunta regionale della Regione Puglia del 11 ottobre 2018, n. 1773, che, invece, distinguono i livelli minimi tra associazioni e fondazioni.

(13) Che si lega al nome di E. SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova 1950, p. 115 ss., 311 ss.

(14) Che si lega ai nomi di F. DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Napoli 1967, p. 45 ss., 86 ss. e, soprattutto, di G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *R. soc.*, 1970, p. 43 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

realizzabili, semmai in forma coattiva, ritenendo, per contro, che i conferimenti possano coincidere con ogni entità utile allo svolgimento dell'oggetto sociale e, se del caso, passibile di valutazione economica ragionevolmente attendibile: devono essere, infatti, idonei a costituire un capitale capace di assecondare l'iniziativa imprenditoriale all'insegna dell'equilibrio finanziario, patrimoniale e, in definitiva, economico (= *Betriebvermögen*).

Il dibattito sulla tipologia di conferimenti ammissibili non è, pertanto – e come ha chiaramente messo in luce Sabino Fortunato (15) –, fine a se stesso, ma confluisce in quello più generale relativo alla formazione e alla conseguente funzione del capitale sociale. E lo stesso Onorato, in questa prospettiva, ha aggiunto che i conferimenti producono un vincolo di destinazione che non si apprezza sui singoli beni ma sull'intero patrimonio sociale: «il processo produttivo in cui i conferimenti (e, quindi, il patrimonio) restano (resta) assorbiti (o) ne modifica continuamente l'originaria identità fisica, sì che, in definitiva, essi assumono rilievo giuridico in quanto esprimono valori e il vincolo di destinazione si traduce fondamentalmente in un vincolo di indistribuibilità di valori» (16). Ne consegue – prosegue sempre il Festeggiato – che i conferimenti devono consentire l'attivazione di una disciplina, sintetizzata nel sintagma "capitale sociale", «che regola un *'particolare' vincolo di indistribuibilità*, non già di singoli beni, ma di 'aliquote' o 'parti ideali' dell'attivo»: si tratta, in altri termini, di un *vincolo di valori* sul patrimonio (17).

Ora, alla luce di questo insegnamento, non si riesce davvero a comprendere la ragione per la quale si pretende che il patrimonio delle associazioni e delle fondazioni che richiedono il riconoscimento debba essere costituito da entità realizzabili (eventualmente in forma coattiva) e/o valutabili (per di più accompagnate da una relazione di stima). Non si coglie, in altri termini, il motivo di una siffatta composizione qualitativa del patrimonio. È evidente, infatti, che detta composizione non può essere strumentale al giudizio di consistenza (*ex* art. 1, comma 4°, d.p.r. n. 361/2000), né può essere necessaria per attribuire al patrimonio un valore complessivo ai fini del giudizio di adeguatezza (*ex* art. 1, comma 3°, d.p.r. n. 361/2000). La prima e la seconda valutazione, come si è già ricordato, postulano un riscontro di effettiva acquisizione delle risorse patrimoniali (la consistenza) e un apprezzamento di idoneità in sé di dette risorse al raggiungimento dello scopo (l'adeguatezza).

---

(15) S. FORTUNATO, *Capitale e bilanci nella s.p.a.*, in *R. soc.*, 1991, p. 130 ss.
(16) S. FORTUNATO, *Capitale e bilanci*, cit., p. 134.
(17) S. FORTUNATO, *Capitale e bilanci*, cit., p. 134.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La valutazione economica potrebbe, semmai, essere giustificata solo se il patrimonio dovesse essere riportato nell'atto costitutivo attraverso un valore complessivo (minimo). Ma si è sempre ritenuto che l'indicazione del patrimonio, disposta dall'art. 16, comma 1°, c.c., debba avere carattere descrittivo e non numerico (18). Una sintesi numerica sarebbe necessaria là dove si dovesse imprimere al patrimonio un'organizzazione "per valori": stabilendo, cioè, una cifra minima dello stesso patrimonio (da inserire, appunto, nell'atto costitutivo) che vincoli per equivalente (ossia, per l'ammontare corrispondente) e renda (nei limiti di questo importo) indisponibile e stabilmente a servizio dell'iniziativa posta in essere il medesimo patrimonio. È, però, opinione consolidata – e, a quanto mi consta, non ancora smentita – quella secondo cui l'organizzazione "per valori" possa essere immaginata sensatamente solo sul patrimonio di un imprenditore (19). E questo per due ordini di ragioni, connesse ad altrettante caratteristiche tipiche di un'iniziativa imprenditoriale: *da un lato*, perché un'impresa, quanto meno normalmente, soddisfa le esigenze finanziarie complessivamente richieste dagli investimenti produttivi non solo con il capitale proprio (= capitale acquisito senza vincolo di restituzione), ma anche con il capitale di terzi (= capitale acquisito con vincolo di restituzione); *dall'altro*, perché un'impresa si procura le risorse necessarie per adempiere alle obbligazioni (specie quelle derivanti dall'utilizzo di capitale di credito) attraverso l'interfaccia con il mercato, per il tramite, cioè, della vendita dei beni e dei servizi contro un corrispettivo che consenta di recuperare quanto meno i fattori della produzione.

Ebbene, l'organizzazione "per valori" – ed il vincolo patrimoniale che essa introduce – si può ipotizzare (anzi, a mio avviso, diventa cogente) anche nelle persone giuridiche non societarie se, e nella misura in cui, la

---

(18) V., per tutti, F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 244; diversamente, ma senza motivare, M. BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., p. 134.

(19) Precisa che l'organizzazione "per valori" non ha ragione di esserci al di fuori dell'impresa, essendo «disciplina dell'impresa non certo della società», nella quale si realizza soltanto un adattamento della stessa alle particolarità del soggetto che esercita l'impresa, P. FERRO-LUZZI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di passivo*, in A. JORIO (a cura di), *Il progetto italiano di attuazione della IV direttiva CEE*, Milano 1988, p. 124 s.; più di recente, ID., *Lezioni di diritto bancario*, I, *Parte generale*[3], Torino 2012, p. 47 s. Per analoga conclusione, seppure con differente percorso argomentativo, sottolineando, in particolare, la diversità strutturale e normativa tra il patrimonio dell'imprenditore e del debitore civile, F. CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 1965, p. 39 ss.; più di recente, ID., *Diritto dell'impresa*[2], Milano 2003, p. 13 ss., 19 e 87 s.; *adde*, tra gli altri, L. CALVOSA, *Fallimento e patrimonio d'impresa: luci ed ombre della vigente disciplina*, in *G. comm.*, 2003, I, p. 521 ss.; EAD., *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano 2003, p. 56 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

loro attività istituzionale sia un'impresa (20). E la stessa organizzazione dovrà, pertanto, sussistere sin dalla costituzione dell'ente, nel caso in cui questo nasca nella prospettiva di realizzare i propri scopi istitutivi attraverso un'iniziativa imprenditoriale. In questa eventualità (e sempreché dall'atto costitutivo emerga un oggetto qualificabile come impresa), non si può, in effetti, escludere che il controllo amministrativo, che si realizza in sede di riconoscimento, possa spingersi fino al punto di accertare (non solo la presenza, ma anche) l'effettività della somma che esprime il vincolo sul patrimonio: e, quindi, in questo caso, pretendere, a buon diritto, che detto patrimonio sia formato da entità suscettibili di valutazione economica (eventualmente accertata per il tramite di una relazione di stima) (21).

L'organizzazione "per valori" (ed il conseguente vincolo sul patrimonio) non mi pare, invece, giustificata (dunque, in assenza di un dato normativo che disponga diversamente, non suscettibile di pretesa la composizione patrimoniale che ne è il presupposto (22)) se, come accade nella gran parte delle associazioni e delle fondazioni e, in prospettiva, degli e.t.s., l'oggetto non ha carattere imprenditoriale: se, in altre parole, coincide con un'attività di produzione di beni o di servizi ma di tipo erogativo (priva, pertanto, del requisito di economicità). Basti considerare che, in questo caso, il vincolo sul patrimonio si andrebbe ad innestare nel contesto di un'attività profondamente diversa, sul piano ontologico, rispetto all'impresa: nella quale, quanto meno tipicamente, le esigenze finanziarie legate alla produzione non sono soddisfatte, se non marginalmente, con il capitale di credito e le risorse per l'adempimento delle eventuali obbligazioni, come quelle per il ripristino dei fattori produttivi, si acquisiscono, principalmente, attraverso periodiche operazioni di raccolta fondi senza vincolo di restituzione (si pensi alle cc.dd. operazioni di *funding* o *fund raising*) (23).

---

(20) Si rinvia, al riguardo, a quanto sostenuto in A. CETRA, *L'impresa*, cit., p. 187 ss.

(21) Si deve, tuttavia, ribadire con la massima chiarezza che la composizione del patrimonio di cui nel testo si lega alla presenza dell'impresa e non è, al contrario, prerogativa o presupposto del riconoscimento, risultando autonoma da quest'ultimo (si rinvia, ancora, a A. CETRA, *L'impresa*, cit., p. 208 s., nt. 157). La stessa composizione deve caratterizzare anche il patrimonio delle associazioni non riconosciute, qualora queste abbiano ad oggetto lo svolgimento di un'iniziativa imprenditoriale.

(22) Contesta, infatti, la legittimità di qualsiasi restrizione sulla composizione qualitativa del patrimonio ai soli fini del riconoscimento, M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche*, cit., p. 382 s.; con specifico riferimento alla presenza di entità suscettibili di valutazione economica (e alla connessa pretesa di una relazione di stima), A. FUSARO e G. VIOTTI, *Commento*, cit., p. 50; con riferimento alla presenza di risorse suscettibili di esecuzione forzata, G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti*, cit., p. 45 s.

(23) Nelle persone giuridiche del libro primo del c.c., non a caso, non sono previsti

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3. – La riforma del 2017 introduce la possibilità, per le associazioni e le fondazioni che intendano acquisire la qualifica di e.t.s. (a prescindere se ulteriormente declinata con l'assunzione di uno specifico statuto singolare: art. 4, comma 1°, c.t.s.), di conseguire la personalità giuridica in modo alternativo al sistema del riconoscimento di cui all'art. 1, d.p.r. n. 361/2000: sostituendo, sostanzialmente, l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche (art. 1, comma 1°, d.p.r. n. 361/2000) con quella nel registro unico nazionale del terzo settore (art. 22, comma 1°, c.t.s.). I controlli prodromici all'espletamento della formalità pubblicitaria (= iscrizione in un registro) passano, dunque, dall'autorità prefettizia (art. 1, commi 3° e 4°, d.p.r. n. 361/2000) al notaio «che ha ricevuto l'atto costitutivo di una associazione o di una fondazione...» (art. 22, comma 2°, c.t.s.): il quale, nello specifico, deve verificare «la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per la costituzione dell'ente, ed in particolare delle disposizioni del [c.t.s.] con riferimento alla sua natura di e.t.s., nonché del patrimonio minimo di cui al comma 4°...» (art. 22, comma 2°, c.t.s.). Ai sensi di quest'ultima disposizione, «si considera patrimonio minimo per il conseguimento della personalità giuridica una somma liquida e disponibile non inferiore a 15.000 euro per le associazioni e a 30.000 euro per le fondazioni». La stessa norma aggiunge che «se tale patrimonio è costituito da beni diversi dal denaro, il loro valore deve risultare da una relazione giurata, allegata all'atto costitutivo, di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro» (art. 22, comma 4°, c.t.s.). Il successivo comma 5° del medesimo art. 22 c.t.s. stabilisce, infine, che «quando risulta che il patrimonio minimo di cui al comma 4° è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, l'organo di amministrazione, e nel caso di sua inerzia, l'organo di controllo, ove nominato, devono senza indugio, in un'associazione, convocare l'assemblea per deliberare, ed in una fondazione deliberare la ricostituzione del patrimonio minimo oppure la trasformazione, la prosecuzione dell'attività in forma di associazione non riconosciuta, la fusione o lo scioglimento dell'ente».

Sembra, allora, possibile trarre due ordini di conclusioni. La prima è che il riformatore ha codificato (e, nel contempo, legittimato) quanto

---

obblighi di mantenimento del patrimonio: solo la perdita (o l'esaurimento) integrale di questo, infatti, è considerata causa di estinzione della personalità giuridica, con conseguente avvio della fase di liquidazione: F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 400; la sopravvenuta insufficienza dello stesso rileva come causa di estinzione solo là dove renda impossibile il raggiungimento dello scopo, M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 428 s.; M.V. DE GIORGI (e A. LAUDONIO), *Le persone giuridiche*, II, *Vicende estintive e modificative*[3], in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2020, p. 607 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

(illegittimamente) preteso dalla prassi del sistema di riconoscimento *ex* art. 1, d.p.r. n. 361/2000 in ordine alla composizione qualitativa del patrimonio delle associazioni e delle fondazioni: il patrimonio di un e.t.s. che intende diventare persona giuridica (*ex* art. 22 c.t.s.), dovendo soddisfare il requisito del patrimonio minimo, deve essere, perlomeno per la parte corrispondente a detto requisito, disponibile (da intendere – pare – in senso materiale) e costituito da denaro (= somma liquida) o da altri beni (= beni diversi dal denaro) valutabili e valutati da una relazione giurata di un revisore legale o di una società di revisione (24). La seconda è che lo stesso riformatore è andato oltre questa pretesa (si ripete: illegittima fuori dal riconoscimento ai sensi dell'art. 22 c.t.s.), attribuendo al notaio rogante l'obbligo di accertare che all'interno dell'atto costitutivo sia indicato «il patrimonio iniziale ai fini dell'eventuale riconoscimento della personalità giuridica» (art. 21, comma 1°, c.t.s.): vale a dire, «la sussistenza...del patrimonio minimo» (art. 22, comma 2°, c.t.s.). Siffatta indicazione non si deve intendere come quella prevista dall'art. 16, comma 1°, c.c., ossia la mera descrizione degli elementi patrimoniali (facendo emergere il denaro o gli altri beni). Il «...patrimonio iniziale ai fini dell'eventuale riconoscimento della personalità giuridica» si deve interpretare come il valore di sintesi del patrimonio: la cifra, cioè, che consente il riconoscimento là dove non sia inferiore a 15.000 euro per le associazioni e a 30.000 euro per le fondazioni (25): non avrebbe, altrimenti, senso la richiesta della valutazione dei

---

(24) Non sembra che la definizione di *patrimonio minimo* contenuta nell'art. 22, comma 4°, c.t.s. (anche alla luce della notazione che lo stesso patrimonio minimo possa essere diminuito...*in conseguenza di perdite*, ai sensi dell'art. 22, comma 5°, c.t.s.) legittimi ulteriori restrizioni sulla composizione del medesimo. Non si può, in particolare, condividere l'opinione secondo cui i beni diversi dal denaro devono essere (non solo – o non tanto – valutabili, ma soprattutto) liquidi (così, se si comprende bene, M. MALTONI e P. SPADA, *Patrimonio minimo*, cit., p. 3) o, addirittura, di pronta e facile convertibilità in denaro (così, ritenendo che queste ultime caratteristiche devono essere messe in rilievo nell'ambito della relazione giurata, N. RICCARDELLI, *Commento agli artt. 15-19*, in A. FICI e N. RICCARDELLI (a cura di), *Il registro unico nazionale del terzo settore. Commento al d.m. 15 settembre 2020, n. 106*, Napoli 2021, p. 205 s.). Il patrimonio minimo, in quest'ottica, verrebbe assimilato al fondo di garanzia, richiesto dalla prassi più risalente dei controlli effettuati in sede di riconoscimento: i quali pretendevano, appunto, che il patrimonio degli enti che aspiravano a diventare persone giuridiche fosse un *Haftungsstock*. Ma che al patrimonio minimo non possa essere attribuita la funzione di fondo di garanzia è cosa che discende dall'assenza di qualsiasi vincolo al mantenimento della composizione iniziale, la quale, pertanto, potrebbe senz'altro mutare subito dopo il riconoscimento (così, per confutare l'idea che il patrimonio richiesto ai fini del riconoscimento dall'art. 2, comma 1°, disp. att. c.c. dovesse essere un *Haftungsstock*, G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti*, cit., p. 45). Il vincolo è solo sul valore del patrimonio: risulterebbe, altrimenti, difficile comprendere come lo stesso potrebbe diminuire di oltre un terzo in conseguenza di perdite (art. 22, comma 5°, c.t.s.).

(25) Dello stesso avviso, affermando che «par certo che il "patrimonio minimo" ... sia

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

beni diversi dal denaro per il tramite di una relazione giurata di un revisore legale o di una società di revisione (art. 22, comma 4°, c.t.s.).

Se così è – come, in realtà, pare – se ne deve dedurre che si è voluto sottoporre il patrimonio ad un'organizzazione "per valori" non diversa (o molto simile) a quella sottostante al *capitale sociale minimo* delle società di capitali (26). Il patrimonio minimo, infatti, rappresenta il costo per l'accesso ad una certa forma giuridica (o, più correttamente, quanto meno nelle associazioni, per il riconoscimento della personalità giuridica e la fruizione del sottostante regime di responsabilità patrimoniale: art. 22, comma 7°, c.t.s.) ed opera come vincolo di valori. Esso rappresenta l'importo minimo del patrimonio netto, destinato a restare stabilmente a servizio dell'iniziativa: non è, cioè, passibile di distrazioni né attraverso uscite "volontarie" né per il tramite di uscite "involontarie". Se, infatti, la predetta soglia minima di patrimonio netto dovesse essere erosa a causa dell'uscita "involontaria" per antonomasia, ossia in seguito ad una perdita, è prevista l'attivazione di un rimedio che replica (o si avvicina molto a) quello contemplato dal diritto delle società di capitali (27). Il quale, peraltro, si attiva quando la perdita è *rilevante*: intendendosi per tale – mutuandone, ancora una volta, la nozione dal diritto societario – la perdita che riduca il patrimonio netto al di sotto del terzo del patrimonio minimo. E si risolve nel rendere operativa la regola conosciuta in letteratura con il sintagma "ricapitalizza o liquida": essa impone, come è noto, di riportare il patrimonio netto almeno al livello del patrimonio minimo oppure di disporre lo scio-

---

da concepirsi come "patrimonio netto" ...», sembrano essere M. MALTONI e P. SPADA, *Patrimonio minimo*, cit., p. 3.

(26) Ricordando la funzione normativa del capitale sociale (minimo) lucidamente evidenziata da S. FORTUNATO, *Capitale e bilanci*, cit., p. 134 s., testo e nt. 17, 137 s., 145, nt. 29, il quale sintetizza una disciplina, ossia una regola di organizzazione che persegue lo stabile mantenimento del corrispondente valore del patrimonio sociale a servizio dell'iniziativa. L'idea è stata ripresa, più di recente, da M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nelle società per azioni*, Milano 2000, p. 75 ss. Escludono, invece, qualsiasi forma di assimilazione tra patrimonio minimo e capitale sociale, muovendo, tuttavia, dall'idea che quest'ultimo istituto (declinato, in realtà, nell'accezione di capitale nominale) non si limiti ad assolvere ad una funzione vincolistica (ma – sulla scorta di quanto sostenuto da P. SPADA, *Un numero che detta regole ovvero il ruolo del capitale sociale nel diritto azionario italiano*, in *R. not.*, 2014, I, p. 439 ss. – sia funzionale all'applicazione di regole che governano la remunerazione dell'investimento nell'iniziativa speculativa), M. MALTONI e P. SPADA, *Patrimonio minimo*, cit., p. 4 s.

(27) Diversamente, ritenendo che l'assimilazione tra il rimedio previsto dall'art. 22, comma 5°, c.t.s. e la disciplina della riduzione per perdite del capitale delle società azionarie e a responsabilità limitata sia «un pensiero tanto spontaneo quanto fuorviante nell'attribuzione di un significato normativo agli enunciati del c.t.s. ed all'art. 22, in particolare», M. MALTONI e P. SPADA, *Patrimonio minimo*, cit., p. 3 e 9.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

glimento dell'ente (salvo optare per operazioni che consentano di proseguire l'iniziativa con minori risorse patrimoniali: in forma di associazione non riconosciuta, o in quella diversa risultante da un'operazione di trasformazione o di fusione).

Si può, in definitiva, affermare che la riforma del 2017 ha completato il processo di riproposizione (seppure parziale) della disciplina del "netto" contemplato dal diritto societario (*rectius*: delle società di capitali) nelle persone giuridiche non societarie, cominciato con la pretesa di una certa composizione qualitativa del patrimonio (quella, cioè, strumentale alla formazione di un capitale sociale effettivo) e culminata, ora, con la previsione di un patrimonio minimo che crea un vincolo di valori e attiva obblighi di mantenimento (quindi, assimilabile, sul piano della valenza normativa, al capitale sociale minimo).

4. – Stante il processo di "societarizzazione" che ha caratterizzato la disciplina degli e.t.s. e, per quanto qui interessa, il patrimonio, sarebbe ragionevole rinvenire la giustificazione di questa scelta nel fatto che gli stessi e.t.s. siano chiamati a perseguire i propri scopi istituzionali attraverso lo svolgimento di un'attività economica e, tipicamente, imprenditoriale. Se così non fosse, infatti, la soluzione di riproporre (seppure parzialmente) le regole del "netto" delle società apparirebbe, per molti versi, sorprendente e solleverebbe più d'una perplessità (finanche superiori rispetto a quelle che sono seguite alla riproduzione della *governance* societaria). Si potrebbe, certo, *da un lato*, dire che la previsione di un patrimonio minimo – oltre a rispondere all'esigenza di uniformare la dotazione patrimoniale richiesta dal controllo prefettizio [28] – è stata, in qualche modo, indotta dalle caratteristiche del nuovo sistema di riconoscimento: il quale, essendo imperniato sul controllo notarile, deve basarsi sul riscontro formale di singoli requisiti astrattamente previsti dalla legge (tra cui quello patrimoniale). Si dovrebbe, tuttavia, *dall'altro lato*, aggiungere che un vincolo di valori, corroborato, peraltro, da un meccanismo di mantenimento fondato su una perdita rilevante, risulta difficilmente conciliabile, se non proprio paradossale, in enti che operano con modalità erogative, nei quali, in realtà, le uscite di patrimonio si devono considerare – in qualche modo – "fisiologiche": il predetto meccanismo di mantenimento, in questi con-

---

[28] Il Ministero del lavoro, non a caso, con la *Circolare* del 29 dicembre 2017, nel rendere le prime indicazioni sull'applicazione della riforma e risolvere alcune questioni di diritto transitorio, auspica che il patrimonio minimo di cui all'art. 22, comma 4°, c.t.s. costituisca parametro di riferimento anche per il riscontro di adeguatezza di cui all'art. 1, comma 3°, d.p.r. n. 361/2000.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

testi, potrebbe addirittura rischiare di compromettere una compiuta realizzazione della missione istituzionale.

Le ipotizzate perplessità sembrano destinate a non restare infondate se sarà confermata l'impressione – molto forte, al momento, in chi scrive – che gli e.t.s. disciplinati dal c.t.s. operano nelle aree di attività di interesse generale (art. 5, comma 1°, c.t.s.) con modalità non economiche e, quindi, erogative. Gli e.t.s. che intendono agire nelle medesime aree con modalità imprenditoriali dovrebbero, infatti, essere solo quelli che assumono la qualifica di "impresa sociale": qualifica, quest'ultima, che appare irrinunciabile per evitare che le associazioni e le fondazioni "imprenditrici" rischino di essere trattate, su un piano fiscale, come enti (t.s.) commerciali (cfr. art. 73, comma 1°, lett. *b*, TUIR e art. 79, commi 2° e 5°, c.t.s.) (29).

Bisogna, inoltre, considerare che le imprese sociali, pur potendo *in astratto* rivestire qualunque forma giuridica privata (art. 1, comma 1°, d.i.s.), difficilmente *in concreto* assumeranno la forma non societaria (30). Perché il dato normativo riformato cerca di incentivare, per le imprese sociali, l'impiego delle società (le quali, invece, nella vigenza della disciplina previgente erano di dubbia o, quanto meno, limitata utilizzazione). Basti considerare che solo nelle imprese sociali-società (anche diverse dalle cooperative sociali) la clausola non lucrativa, cogente e inderogabile per tutti gli altri e.t.s. (cfr. art. 3 d.i.s. e art. 21, comma 1°, c.t.s.), può essere derogata, seppure parzialmente. Nel senso che una parte degli eventuali utili prodotti (inferiore al 50 %) può essere *autodestinata*: o per aumentare gratuitamente il capitale sottoscritto e versato (anche per tener conto delle variazioni dell'indice nazionale generale annuo dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e di impiegati: art. 3, comma 3°, lett. *a*, d.i.s.); o per distribuire dividendi (che comunque non possono eccedere l'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di 2,5 punti, rispetto al capitale versato: art. 3, comma 3°, lett. *a*, d.i.s.). Una qualunque società è stata, in questo modo (se non resa equiparata, quanto meno), avvicinata alle cooperative sociali: le quali – come è noto –, pur acquisendo di diritto la qualifica di "imprese sociali", sono (e lo erano anche sotto l'ègida della legislazione previgente) parificate, sul piano della destinazione dei risultati, alle cooperative a mutualità prevalente (art. 1, comma 4°, d.i.s. e art. 111-*septies* disp. trans. att. c.c.).

---

(29) Si rinvia, sul punto, a quanto si è sostenuto in A. Cetra, *Enti del terzo settore e attività di impresa*, in *R. d. soc.*, 2019, p. 674 ss.

(30) V., ancora, A. Cetra, *Enti*, cit., p. 678 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Se, allora, è ragionevole immaginare che l'impresa sociale si svolga in forma societaria, è evidente che nessuna utilità può avere, per la stessa impresa sociale, la disciplina del patrimonio contemplata ai fini del riconoscimento *ex* art. 22 c.t.s. Nelle società, infatti, troverà applicazione la disciplina del "netto", declinata nello specifico tipo prescelto. Qui, semmai, il problema si deve individuare nell'entità del capitale sociale, non potendosi scongiurare che questo, attestandosi sul minimo previsto dalla legge (nella s.r.l. addirittura sul simbolico *nummo uno*), risulti manifestamente inadeguato rispetto alle esigenze dell'iniziativa.

Già da tempo, in realtà, è stato messo in rilievo come il fenomeno della sottocapitalizzazione sia particolarmente avvertita negli e.t.s., specialmente operanti secondo metodi economici (quindi, imprenditoriali) (31). E sono state, in proposito, avanzate diverse proposte per cercare di porvi rimedio (32). Pur senza poter entrare, qui, nei dettagli di un tema così delicato, non si può omettere di rilevare come, all'interno della riforma e, specialmente, nel d.i.s., si possono scorgere misure che potrebbero contribuire ad attenuare detto fenomeno (endemico negli e.t.s. "imprenditori"): basti pensare all'incentivo all'autofinanziamento, che deriva dall'obbligo di incrementare il patrimonio con gli utili o avanzi di gestione, che non vengano eterodestinati in conformità agli scopi statutari o distribuiti a titolo di dividendo (art. 3, commi 1° e 2°, d.i.s.); come pure, e forse soprattutto, all'esenzione dall'imposizione fiscale degli utili o avanzi di gestione da utilizzare per aumentare gratuitamente il capitale sociale degli e.t.s. società (art. 18, comma 2°, d.i.s.) e degli apporti effettuati da terzi (persone fisiche o società e fino al 30% del relativo ammontare) in sede di aumento a pagamento del capitale sociale sempre di e.t.s. società (art. 18, commi 3° e 4°, d.i.s.) (33).

---

(31) Il problema era stato evidenziato già in un documento del CNEL (Gruppo di lavoro mercato sociale), *Una proposta per la disciplina dell'impresa sociale in Italia*, Roma 12 maggio 2000, diretto da E. Morley-Fletcher e A. Zoppini (di cui lo stesso A. ZOPPINI aveva dato ampia sintesi pubblicando la *Relazione introduttiva ad una proposta per la disciplina dell'"impresa sociale"*, in *R. crit. d. priv.*, 2001, p. 335 ss.), spec. Parte VI, p. 156 ss. E in una prospettiva economico aziendale, (MAGISTRO e) COSENTINO, *Il modello dell'impresa sociale: aspetti critici nel rapporto capitale proprio-capitale di credito*, Milano 2016, p. 63 ss. spec. 92 ss.

(32) V., ad esempio, nel documento CNEL appena citato, quanto suggerito al cap. IX, par. 3.

(33) Si aggiunge, a quanto detto nel testo, la possibilità, recentemente accordata alle imprese sociali costituite in forma di società di capitali e cooperative (art. 1, comma 5-*quinquies*, t.u.f.), di effettuare operazioni di *equity crowdfunding* (art. 100-*ter*, comma 1°, t.u.f.), attraverso l'emissione di opportuni strumenti finanziari per il tramite degli appositi portali di cui all'art. 50-*quinquies* t.u.b.: v., in termini generali, F. ACCETTELLA e N. CIOCCA,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

5. – Spostando, adesso, l'attenzione sugli enti religiosi civilmente riconosciuti, giova muovere dalla premessa che questi, allorché intendano operare nelle aree di attività di interesse generale (a prescindere, poi, se con metodo erogativo o economico), devono, tra le altre cose, costituire un patrimonio destinato all'iniziativa da porre in essere (art. 4, comma 3°, c.t.s. e art. 1, comma 3°, d.i.s.). Quest'obbligo, considerato da gran parte degli autori che hanno scritto in materia come una *novità della riforma del 2017* (34), in realtà – e a bene vedere –, rappresenta la generalizzazione di quanto si poteva già sostenere in via interpretativa per le attività di interesse generale di tipo imprenditoriale. Basti ricordare, in primo luogo, che la creazione di un siffatto patrimonio, imprimendo alle risorse da cui è composto una destinazione funzionale, è *la condizione* per enucleare, sul piano organizzativo, un "ramo" di attività e, di conseguenza, per rendere autonoma la gestione di detto "ramo" rispetto alle restanti iniziative dell'ente: il patrimonio destinato, in altri termini, è il presupposto per istituire un'*autonomia gestionale* dotata di propria capacità identificativa nella dinamica dei rapporti con i terzi e di propria attitudine alla rappresentazione contabile delle operazioni compiute (35). E, in secondo luogo, che il processo di istituzione dell'autonomia gestionale non può risentire di alcun margine di discrezionalità, quando l'iniziativa da autonomizzare (l'attività di interesse generale di natura imprenditoriale) è assoggettata ad uno statuto differente rispetto alle altre (le attività direttamente strumentali al perseguimento degli scopi di religione e di culto) (36).

Un tale obbligo di dotazione patrimoniale introduce, allora, inevitabilmente, all'interno dei contesti in discorso, un'organizzazione del patri-

---

*Emittente e portale nell'*equity crowdfunding, in *G. comm.*, 2017. I, p. 237; N. DE LUCA, S. L. FURNARI e A. GENTILE, voce Equity crowdfundig, in *Dig. disc. priv. - sez. comm.*, Aggiornamento********, Milano 2017, p. 164 ss.

(34) Specie da parte degli studiosi di diritto ecclesiastico: v., senza pretesa di completezza, i saggi di A. BETTETINI, *Riflessi canonistici della riforma del terzo settore* e di L. SIMONCELLI, *Il patrimonio destinato*, entrambi in A. GIANFREDA e M. ABU SALEM (a cura di), *Enti religiosi e riforma del terzo settore* , Tricase (Le) 2018, p. 39 ss., 243 ss.; M. FERRANTE, *Enti religiosi/ecclesiastici e riforma del terzo settore*[2], Torino 2019, p. 104 ss.

(35) In generale, con riferimento ad un'articolazione di un'iniziativa economica (ramo d'impresa o sede secondaria) dotata di una destinazione patrimoniale, P. MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli 1985, p. 163 e 222 s.

(36) In questo senso, con specifico riguardo agli obblighi di dotazione patrimoniale previsti per le non più attuali sezioni di credito speciale di un'azienda di credito (*rectius*: banca), G. OPPO, *Sulla «autonomia» delle sezioni di credito speciale*, in *Scritti giuridici*, IV, *Banca e titoli di credito*, Padova 1992, p. 26 ss.; a proposito dell'obbligo (implicito) di destinazione patrimoniale all'impresa non esclusiva di un ente del libro primo del c.c., A. CETRA, *L'impresa*, cit., p. 296 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

monio non diversa da quella più sopra vista a proposito degli e.t.s. (non societari) persone giuridiche: un'organizzazione, cioè, "per valori". Detta dotazione, infatti, deve essere riportata all'interno del regolamento che recepisce la disciplina che governa l'iniziativa in concreto svolta (art. 4, comma 3°, c.t.s. e art. 1, comma 3°, d.i.s.) non solo (e non tanto) descrivendo analiticamente le risorse da cui la stessa è costituita (suscettibili, peraltro, di mutamento nel corso dello svolgimento dell'iniziativa), ma anche (e soprattutto) attraverso l'indicazione di una *cifra* che ne rappresenti il valore di sintesi (destinata, invece, a rimanere stabile). E questo al fine di attivare un "vincolo di valori" sulle entità patrimoniali: più precisamente, sulla somma dei valori attribuiti alle stesse nel momento della relativa iscrizione nel sistema delle scritture contabili (rese, non a caso, obbligatorie per le attività di interesse generale degli enti in esame: art. 4, comma 3°, c.t.s. e art. 1, comma 3°, d.i.s.).

Bisogna, al riguardo, osservare che, nella versione originaria delle norme contenenti l'obbligo in questione (art. 4, comma 3°, c.t.s. e art. 1, comma 3°, d.i.s.), il "vincolo di valori" discendeva direttamente dagli effetti tipicamente prodotti da un patrimonio destinato (e la sottostante autonomia gestionale): che sono meramente interni e disposti all'indirizzo del (o dei) preposto (i) alla gestione dell'attività di interesse generale (37). Il "vincolo di valori" consegue, infatti, al "vincolo di gestione" che sorge in capo al (ai) preposto (i), rendendo cogente un comportamento in grado di rispettare la particolare destinazione impressa al patrimonio e di assicurare il mantenimento della stessa per tutta la sua durata. Il primo ("vincolo di valori") rappresenta lo strumento per accertare che la condotta insita nel secondo ("vincolo di gestione") sia coerente con la destinazione patrimoniale: per un verso, contenendo lo svolgimento dell'iniziativa nei limiti delle risorse che alla stessa sono state assegnate; per altro verso, evitando di coinvolgere in detta iniziativa la parte di patrimonio rimasta estranea.

---

(37) Quanto detto nel testo è mutuato da quanto dimostrato dagli studi rivolti a contesti diversi, ma accomunati a quello in esame dalla sussistenza di un obbligo legale di costituzione di un patrimonio destinato a servizio di una specifica attività: il riferimento è, soprattutto, studio sulle sezioni di credito speciale di G. OPPO, *Sulla «autonomia»*, cit., p. 45 ss., 53 ss.; le cui conclusioni sono state riprese, equiparando alla sezione di credito speciale il primo stabilimento di banca extracomunitaria (art. 14, comma 4°, t.u.b.), G.B. PORTALE, *Le «succursali» di banche estere (autonomia patrimoniale o «statuto personale autonomo»?)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, p. 1013 ss. In termini generali, nel senso che la destinazione di una massa patrimoniale ad uno scopo (priva di effetto "traslativo") incida, anzitutto, sulla disciplina dell'agire, P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in questa *Rivista*, 2003, I, p. 845 s. e 847 s.; v., anche, U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli 1994, p. 93 ss. e 97.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Con l'atto di destinazione patrimoniale, del resto, l'ente religioso sottrae una parte del patrimonio alla generica possibilità di utilizzazione in qualsivoglia altra iniziativa, vincolandola a quella specifica di cui agli art. 5, comma 1°, c.t.s. e art. 2, comma 1°, d.i.s. Il patrimonio destinato diventa, in questa prospettiva, l'investimento che l'ente intende fare nell'attività di interesse generale (38) e, quindi [quanto meno nel caso in cui tale attività rappresenti un'impresa (sociale)], rischiare e, eventualmente, anche perdere nella medesima attività.

L'attuale formulazione degli art. 4, comma 3°, c.t.s. e art. 1, comma 3°, d.i.s. (come novellati dalla l. 29 luglio 2021, n. 101, di conversione del d.l. 31 maggio 2021, n. 77) aggiunge agli originari effetti "organizzativi" dei veri e propri effetti "reali", atteso che il patrimonio destinato è stato elevato a garanzia esclusiva delle obbligazioni contratte nel corso delle attività di interesse generale, senza possibilità di essere gravato da alcuna forma di pretesa riconducibile ai creditori diversi. In questo modo, sono stati accolti gli auspici di quanti ravvisavano la segregazione patrimoniale già prima dell'emendamento che l'ha espressamente codificata (39), con il rischio, tuttavia, che una soluzione così fortemente voluta si riveli, alla prova dei fatti, controproducente. Perché l'avere attribuito agli elementi "distaccati" dal patrimonio di "provenienza" una sorte diversa sul piano dell'imputazione e della responsabilità, non è stata accompagnata da una benché minima disciplina, contenente le necessarie tutele che un regime di responsabilità limitata (con cui si consente all'ente religioso l'esercizio dell'attività di interesse generale) deve riconoscere nei confronti dei creditori (e, più in generale, dei terzi): tutele che sono state lasciate alla sola ricostruzione dell'interprete, con inevitabili margini di incertezza sulle soluzioni proposte (40).

---

(38) Negli enti ecclesiastici, in effetti, l'atto di destinazione in questione è sottoposto all'autorizzazione canonica, sul presupposto che si tratti di un "atto" di amministrazione straordinaria: cfr. CEI, *Istruzioni in materia amministrativa* del 2005: con il che liberando il patrimonio destinato – e l'esercizio della relativa disponibilità – dai presidi di controllo prescritti dal diritto canonico.

(39) Infatti, anche chi perveniva alla conclusione secondo cui la versione originaria dell'art. 4, comma 3°, c.t.s. e dell'art. 1, comma 3°, d.i.s. non consentisse di attribuire alla destinazione patrimoniale *effetto reale*, aveva comunque cercato di individuare istituti di diritto comune (come il patrimonio destinato allo specifico affare *ex* art. 2447-*bis*, comma 1°, lett. *a*, c.c.) o di diritto canonico (come la fondazione non autonoma *ex* can. 1303) che permettessero di adempiere all'obbligo di destinazione patrimoniale e, nel contempo, assicurare all'effetto di segregazione della responsabilità: v., ancora, pure per gli altri riferimenti, M. FERRANTE, *Enti religiosi/ecclesiastici*, cit., p. 109 ss.; L. SIMONCELLI, *Il patrimonio destinato*, cit., p. 244 ss., 255 ss.

(40) La sensazione, in altre parole, è che l'assenza di una chiara disciplina applicabile al

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È, comunque, indubitabile che l'introduzione degli effetti "reali" abbia addirittura rafforzato l'organizzazione del patrimonio "per valori", aggiungendo, nei confronti del patrimonio destinato, obblighi di mantenimento, che in precedenza potevano, probabilmente, essere prospettati solo nel caso in cui l'attività di interesse generale fosse un'impresa (sociale). È, infatti, evidente che nel momento in cui tale patrimonio diventa garanzia esclusiva per le obbligazioni contratte nel corso dell'attività di interesse generale, sorge, per i gestori, indipendentemente dal tipo di iniziativa svolta, un dovere di costante monitoraggio della relativa consistenza. Devono, pertanto, essere nelle condizioni di confrontare la cifra che sintetizza il patrimonio destinato con il patrimonio reale, al fine di appurare che la prima (valore di sintesi) risulti sempre l'entità minima del secondo (patrimonio reale): dunque, assumere le opportune determinazioni, nel caso in cui, al contrario, il patrimonio reale sia inferiore al valore del patrimonio destinato.

Ne discendono i due seguenti corollari. Il valore del patrimonio destinato, a prescindere dalla natura dell'iniziativa svolta, deve essere *effettivo*: vale a dire, equivalente o, con un grado di approssimazione ispirato alla prudenza, non superiore alla somma delle valutazioni delle entità che costituiscono il corrispondete patrimonio reale. L'entità del patrimonio destinato, quanto meno nel caso in cui l'iniziativa sia un'impresa (sociale), dovrà essere stabilita in modo da consentire l'espletarsi della stessa iniziativa in condizioni di equilibrio, nei suoi diversi profili, e, specialmente, sul piano del suo (ragionevolmente calcolato) fabbisogno finanziario complessivo: questo per evitare che l'adempimento delle obbligazioni relative all'impresa (sociale) possa dipendere o in altra maniera risentire da eventuali (e sempreché possibili) prelievi dal patrimonio "residuo".

6. – La divisata organizzazione patrimoniale che interessa le persone giuridiche del terzo settore (*ex* art. 22, comma 1°, c.t.s. o che "sospendono" il riconoscimento conseguito ai sensi del d.p.r. n. 361/2000 *ex* art. 22, comma 1-*bis*, c.t.s.) e gli enti religiosi operanti nelle aree di interesse

---

"ramo" di attività di interesse generale possa produrre, negli enti religiosi, una crisi di rigetto nell'utilizzo dell'istituto, non diversa da quella che, per le medesime ragioni, hanno avuto le società azionarie per il patrimonio destinato allo specifico affare di cui all'art. 2447-*bis*, comma 1°, lett. *a*, c.c.: il quale, in effetti, a quasi vent'anni dall'introduzione, non trova quasi riscontro nella tipologia della realtà. Le incertezze sulla disciplina applicabile possono, difatti, rendere molto costoso l'impiego del "ramo" e, di conseguenza, meno conveniente rispetto alla costituzione di un nuovo ente (societario o no) con il quale operare nelle aree di attività di interesse generale (con modalità economica o erogativa).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

generale (art. 5, comma 1°, c.t.s. e art. 2, comma 1°, d.i.s.) presuppone – soprattutto in ragione degli obblighi di mantenimento che la stessa rende operativi – che le entità che compongono il patrimonio (nella sua interezza, nelle persone giuridiche; nella parte assoggettata al vincolo di destinazione, negli enti religiosi) debbano essere valutate e, quindi, introdotte in un sistema di rappresentazione contabile (41). Un riscontro contabile di dette entità è, infatti, dettato dall'esigenza di realizzare un confronto (con costante stabilità) tra il valore del patrimonio reale (o netto) e la cifra del patrimonio minimo o del patrimonio destinato, al fine di assumere le opportune determinazioni in caso di perdita rilevante del primo (patrimonio minimo) o di riduzione della consistenza del secondo (patrimonio destinato).

Sorprende, pertanto, in quest'ottica, che la riforma del 2017 non abbia previsto, sul piano civilistico, un generico dovere di tenuta delle scritture contabili degli e.t.s. e, in particolare, delle persone giuridiche. Le scritture contabili sono espressamente richieste solamente agli e.t.s. che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale (art. 13, comma 4°, c.t.s.), alle imprese sociali (art. 9, comma 1°, d.i.s.) (42) e agli enti religiosi per le attività di interesse generale (art. 4, comma 3°, c.t.s. e art. 1, comma 3°, d.i.s.). Una siffatta mancanza, negli altri contesti, sembra, peraltro, suscettibile di essere superata soltanto parzialmente, per il tramite della norma che dispone la redazione del bilancio. Perché questa, benché stabilisca un obbligo generalizzato al riguardo (art. 13, comma 1°, c.t.s.), consente agli «e.t.s. con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate inferiori a 220.000,00 euro» di

---

(41) Nel senso che l'organizzazione "per valori" del patrimonio impone l'obbligo di tenuta delle scritture contabili, v., con diverse argomentazioni, G. FIGÀ-TALAMANCA, *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Milano 1997, p. 9 ss.; F. CORSI, *Diritto dell'impresa*, cit., p. 86 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Lezioni*, cit., p. 50 s.; G. FERRI *jr.*, in *Diritto delle società. Manuale breve*[5], Milano 2012, p. 85 ss., 109 ss.

(42) Già prima della riforma, in realtà, nessuno dubitava che gli enti non societari che esercitavano in via esclusiva o prevalente un'impresa fossero obbligati a tenere le scritture contabili (artt. 2214 ss. c.c.) e a redigere il bilancio di esercizio (art. 2217, comma 2°, c.c.): obbligo, peraltro, esplicitato (dall'art. 10, comma 1°, d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155) per le imprese sociali (seppure con qualche chiaroscuro: l'art. 10, comma 1°, d. lgs. n. 155/2006, anziché menzionare il bilancio, parlava di «apposito documento che rappresent[asse] adeguatamente la situazione patrimoniale ed economica dell'impresa»). La riforma ha, pertanto, fatto chiarezza solo su due profili: sul dovere di rispettare la struttura del bilancio prescritta dagli artt. 2424 e 2425 c.c. (cfr. il rinvio operato dall'art. 13, comma 5°, c.t.s. e dall'art. 9, comma 1°, d.i.s.) e, quindi, non solo i criteri di valutazione *ex* art. 2426 c.c., richiamati dall'art. 2217, comma 2°, c.c., seppure nei limiti di quanto compatibile; sul dovere di pubblicare il bilancio mediante il suo deposito nel registro delle imprese (art. 13, comma 5°, c.t.s. e art. 9, comma 1°, d.i.s.).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

preparare il bilancio nella forma del rendiconto per cassa (art. 13, comma 2°, c.t.s., sulla falsariga della disciplina fiscale: art. 87, comma 1°, c.t.s.). Ed è evidente che questo tipo di rendiconto, anche alla luce dello schema cui si deve attenere (a norma del d.m. 5 marzo 2020), presume come necessaria una contabilità per cassa, la quale deve documentare soltanto i flussi in entrata e in uscita e non, invece, le singole entità attive e passive ed il corrispondente patrimonio netto (43). Solo là dove il bilancio comprenda lo stato patrimoniale (perché deve essere redatto ai sensi degli artt. 2423 ss. c.c. o da e.t.s. che non rientrano nei limiti dimensionali indicati dall'art. 13, comma 2°, c.t.s.) non si può prescindere da una contabilità in grado di dare contezza del patrimonio (44). La cosa, del resto, emerge chiaramente considerando, da un lato, che lo stato patrimoniale deve conformarsi, sul piano della struttura, allo schema di cui al d.m. 5 marzo 2020 e guardando, dall'altro, al contenuto delle voci che nello stesso devono essere riportate, per come esplicitato nel glossario presente nel medesimo provvedimento ministeriale (45). Nello stato patrimoniale, pertanto, il patrimonio netto dovrà comprendere, tra le sue parti ideali, il patrimonio minimo (degli e.t.s. persone giuridiche) e il patrimonio destinato (degli enti religiosi), rappresentandone il limite inferiore. È ragionevole, in particolare, ritenere che l'uno e l'altro debbano essere iscritti nella voce A-II patrimonio vincolato: 1) riserve statutarie.

Se ne può, conclusivamente, dedurre che la disciplina alla quale si è voluto assoggettare il patrimonio (perlomeno delle persone giuridiche) non sembra essere pienamente allineata con le regole dettate per il profilo documentale (degli e.t.s.). La prima (disciplina del patrimonio), pedissequamente mutuata dalle forme approntate per le attività economiche, richiederebbe sempre una contabilizzazione per valori del patrimonio, che la seconda (disciplina delle scritture contabili e del bilancio), al contrario, non garantisce in tutti i casi: mettendo a rischio, là dove questo non accade (negli e.t.s. menzionati dall'art. 13, comma 2°, c.t.s.), il corretto adempimento degli obblighi di mantenimento del patrimonio (46). Dove, invece, la rappresentazione valoriale del patrimonio è assicurata dalla re-

---

(43) M. POZZOLI, *Il bilancio degli enti del terzo settore. Una prima analisi del decreto del ministero del lavoro e delle politiche sociali del 5 marzo 2020*, Roma 2020, p. 88 ss.; S. MARCHETTI, *La rendicontazione contabile, economico-finanziaria e sociale negli enti del terzo settore*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del terzo settore. Commento al d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117*^{2}, Ospedaletto (Pi) 2021, p. 123 ss.

(44) Cfr., ancora, S. MARCHETTI, *La rendicontazione*, cit., p. 106 ss.

(45) V., anche, OIC, *Principio contabile E.T.S.*, n. 35, febbraio 2022, Roma, p. 3 ss.

(46) Il rischio potrebbe essere temperato non sfruttando la deroga consentita dall'art. 13, comma 2°, c.t.s. e predisponendo per la redazione del bilancio nella struttura "ordinaria"

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dazione di un bilancio formato dallo stato patrimoniale (negli e.t.s. diversi da quelli menzionati dall'art. 13, comma 2°, c.t.s.), è senz'altro più agevole assicurare il rispetto degli obblighi di mantenimento. Rimangono, tuttavia, i dubbi (già avanzati a proposito della disciplina del patrimonio: v., *supra*, par. 4) sull'opportunità di un bilancio replicante la struttura di quello societario (art. 13, comma 1°, c.t.s.), predisposto per soddisfare esigenze conoscitive che, normalmente, non ricorrono nell'ambito di attività non economiche: qui, più che un «bilancio d'esercizio formato dallo stato patrimoniale, dal rendiconto gestionale...e dalla relazione di missione...» (art. 13, comma 1°, c.t.s.), sarebbe stato certamente più utile (assieme ad una diversa disciplina del patrimonio) un rendiconto di carattere essenzialmente descrittivo (dal contenuto parzialmente coincidente con quello previsto per la relazione di missione secondo quanto richiesto dal d.m. 5 marzo 2020) (47).

---

di cui all'art. 13, comma 1°, c.t.s. (con le implicazioni sul piano della tenuta delle scritture contabili che si sono dette nel testo).

(47) Il rendiconto dovrebbe essere strumentale alle esigenze conoscitive rinvenibili soprattutto nei soggetti (privati o pubblici) che sostengono finanziariamente dall'esterno gli e.t.s.: soggetti ai quali si riconosce una funzione di controllo del modo con cui le risorse apportate sono impiegate rispetto al raggiungimento degli scopi istituzionali, nell'osservanza della clausola non lucrativa (art. 8, commi 2° e 3°, c.t.s. e art. 3, comma 2°, d.i.s.). Assume, in quest'ottica, un ruolo di fondamentale importanza il c.d. bilancio sociale (da redigersi secondo le indicazioni contenute nel d.m. 4 luglio 2019), il quale, però, è reso obbligatorio solo per gli e.t.s. con rendite, entrate, ricavi o proventi comunque denominati superiori a un milione di euro (art. 14, comma 1°, c.t.s.) e per le imprese sociali (art. 9, comma 2°, d.i.s.).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

MAURO TESCARO
Prof. ass. dell'Università di Verona

L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DELLA PRESCRIZIONE: TERMINI, DECORRENZE E CAUSE DI ESTENSIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Termini di prescrizione e decorrenze. – 3. Cause di estensione della prescrizione. – 4. Conclusioni.

1. – La necessità dell'istituto della prescrizione, in un ordinamento giuridico moderno, può essere data per scontata (1), sebbene parlare di un «mécanisme, connu de tous temps, dans tous les systèmes juridiques et en toutes matières» (2) sia eccessivo (3).

Negli ultimi anni, anche grazie ad alcuni fondamentali studi dottrinali (4), si è in ogni caso verificata una notevole evoluzione del diritto della prescrizione, che integra così uno degli ambiti in più rapido mutamento tra quelli caratterizzanti l'ancora attuale processo di aggiornamento del diritto delle obbligazioni in Europa (5).

---

(1) In tal senso v., tra i tanti, A. DANCO, *Die Perspektiven der Anspruchsverjährung in Europa. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Sachmängelgewährleistungsfristen im Kaufrecht*, Berlin 2001, p. 72.

(2) A. BÉNABENT, *Droit des obligations*[19], Paris 2021, p. 681.

(3) Come rammentato da R. ZIMMERMANN, *Prescription*, in N. JANSEN e R. ZIMMERMANN (a cura di), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford 2018, p. 1823, infatti, nel diritto romano classico la maggior parte delle azioni non era sottoposta ad alcuna limitazione temporale e in Inghilterra la prima normativa concernente l'istituto risale solo all'inizio del diciassettesimo secolo.

(4) Tra i quali spiccano R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge 2002, p. 62 ss.; nonché, *ex multis*, ID., *Limitation of Actions under the Draft Civil Code for Israel*, in K. SIEHR e R. ZIMMERMANN (a cura di) *The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective*, Tübingen 2008, p. 221 ss.; ID. e J. KLEINSCHMIDT, *Prescription: General Framework and Special Problems Concerning Damages Claims*, in H. KOZIOL e B.C. STEININGER (a cura di), *European Tort Law 2007. Tort and Insurance Law Yearbook*, Wien 2008, p. 26 ss.

(5) Per un simile rilievo, v. O. REMIEN, *Schlusswort: Übereinstimmungen und Unterschiede in den Kernfragen der Verjährung in der europäischen Privatrechtsentwicklung*, in O. REMIEN (a cura di), *Verjährungsrecht in Europa*, Tübingen 2011, p. 378. Nella dottrina italiana, v., tra i tanti, G. MAGRI, *La prescrizione. Ricodificazione degli ordinamenti giuridici europei e prospettive di modernizzazione del diritto italiano*, Napoli 2019, p. 181 ss.; L.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Lo dimostrano la *Schuldrechtsmodernisierung* tedesca del 2002 (6) e le riforme realizzate in altri Paesi europei (7), per esempio in Francia nel 2008 (8), così come vari testi normativi sovranazionali privi di forza di legge, soprattutto i *PECL* (9) ma anche i *PICC* (10), nonché il *DCFR* (11),

---

CASTELLI, *Prescrizione e impedimenti di fatto*, Milano 2018, p. 95 ss.; P. GALLO, *Il principio della prescrizione: dal diritto romano ai testi di Soft Law*, in F. REINOSO BARBERO (a cura di), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Cizur Menor 2014, p. 753 ss.; A. GUARNERI, *L'*exordium praescriptionis, in questa *Rivista*, 2013, p. 1129 ss.; P. VITUCCI e F. ROSELLI, *La prescrizione*[2], I, *Artt. 2934-2940*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 2012, p. 12 ss.; A. LEPORE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del «giusto rimedio»*, Napoli 2012, p. 22 ss.; M. BONA, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e CEDU in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della ragionevolezza*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 1709 ss.

(6) Su cui v., in lingua italiana, soprattutto S. DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione*, in questa *Rivista*, 2003, p. 179 ss., nonché il testo italiano dei §§ 194 ss. BGB pubblicato in C.-W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, a cura di G. De Cristofaro, Padova 2003, p. 124 ss.

(7) Merita una menzione particolare l'avanzata disciplina catalana introdotta già dalla *Primera Llei del Codi Civil de Catalunya* del 2002 e poi trasfusa nel *Código civil de Cataluña*, su cui v. A. VAQUER ALOY e A. LAMARCA I MARQUÈS (a cura di), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, Barcelona 2005, p. 23 ss. Da ultimo, è inoltre entrato in vigore (a partire dal 1° gennaio 2020) un nuovo diritto della prescrizione svizzero, che a sua volta si segnala per alcune soluzioni innovative: v. F. KRAUSKOPF e R. STOPPELHAAR, *Das neue schweizerische Verjährungsrecht*, in *ZEuP – Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2022, p. 608 ss. Per riferimenti anche ad altre discipline nazionali adottate negli ultimi anni, v. R. ZIMMERMANN, *Prescription*, cit., p. 1823 ss.

(8) V., tra i tanti, E. CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2011, p. 1087 ss.; J. KLEINSCHMIDT, *Das neue französische Verjährungsrecht*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2008, p. 590 ss.

(9) *Principles of European Contract Law* elaborati dalla *Commission on European Contract Law* presieduta da Ole Lando, artt. da 14:101 a 14:601. V. O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM e R. ZIMMERMANN, *Principles of European Contract Law*, III, Den Haag-London-Boston 2003, p. 154 ss.

(10) *Principles of International Commercial Contracts* elaborati dall'Unidroit, artt. da 10.1 a 10.11. V. UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts 2004*, Roma 2004, p. 312 ss.

(11) *Draft Common Frame of Reference*, artt. da III.-7:101 a III.-7:601, su cui v. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE – RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, *Full Edition*, a cura di C. von Bar ed E. Clive, München 2009, 2, p. 1164 ss. Peraltro, la disciplina del *DCFR* in tema di prescrizione ripete, in modo quasi sempre pedissequo, quella dei *PECL*, con pochissime differenze, come illustrato tra gli altri da W. ERNST, *Das Verjährungsrecht des (D)CFR*, in O. REMIEN (a cura di), *Verjährungsrecht in Europa*, cit., p. 67 ss. e specialmente 89, secondo il quale di un diritto della prescrizione del *DCFR* non si dovrebbe, pertanto, nemmeno parlare. V. anche, in lingua italiana, C. BERTARELLI, *La disciplina della prescrizione nel DCFR all'esame del diritto italiano*, in C. MARCHETTI (a cura di) *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, Torino 2012, p. 171 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

il *FS* (12) e la *CESL* (13).

Essendo passati venti anni dalla modernizzazione tedesca (ed essendo intervenute alcune modifiche successive, che non hanno peraltro mutato l'assetto fondamentale del 2002), tornare a riflettere sulle principali particolarità del diritto della prescrizione del BGB, collocandolo altresì in un più ampio contesto comparatistico, è assai interessante dal punto di vista dell'auspicabile aggiornamento anche del diritto italiano, che nella nostra materia si è da tempo rivelato inadeguato alle esigenze di tutela emerse nella prassi oltre che sotto numerosi profili incerto (14) (nonostante che, paradossalmente, principio informatore della materia sia frequentemente considerato proprio quello di certezza del diritto). Poiché interpretazioni dottrinali innovative non hanno avuto la forza di affermarsi, occorre auspicare che il citato aggiornamento, magari anche sulla base delle sollecitazioni provenienti dalla Germania, sia finalmente

---

(12) *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law*, artt. 181-189, il cui testo integrale si trova pubblicato, insieme a vari commenti dottrinali, in R. SCHULZE e J. STUYCK (a cura di), *Towards a European Contract Law*, München 2011, p. 274 ss.

(13) *Common European Sales Law* ovverosia proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita dell'11 ottobre 2011 – COM (2011) 635 definitivo, artt. 178-186, su cui v. il commentario curato da R. SCHULZE, *Common European Sales Law (CESL)*, Baden-Baden 2012, *passim*. Con specifico riguardo agli artt. 178 ss., v. anche M. MÜLLER, *Die Verjährung im EU-Kaufrecht*, in M. SCHMIDT-KESSEL (a cura di), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, Monaco di Baviera 2012, p. 529 ss. Da ultimo, v. inoltre R. SCHULZE e F. ZOLL, *European Contract Law*[3], prep. da J. Watson, Baden-Baden 2021, p. 275 ss., ove oltre alla *CESL* sono esaminate particolari regole sulla prescrizione contenute in varie normative dell'Unione europea tra le quali spicca la Dir. (CEE) 1985/374 sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi (in argomento, v. pure S. PAGLIANTINI, Exordium praescriptionis *e rapporti di consumo: variazioni sulla prescrizione*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2021, p. 762 ss.; nonché, da un punto di vista più generale, G. DE CRISTOFARO, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei [contratti dei] consumatori?*, *ivi*, 2022, p. 1 ss.).

Meritano attenzione pure le modifiche alla *CESL* suggerite dall'*ELI* (*European Law Institute*), accessibili alla pagina web *www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/completed-projects-old/proposed-cesl*.

Di un certo interesse è anche la Convenzione Uncitral del 1974 sulla prescrizione nella vendita internazionale di beni mobili, sulla quale v. U. MAGNUS, *Limitation in the International Arena – the United Nations Limitation Convention for International Sales*, in O. REMIEN (a cura di), *Verjährungsrecht in Europa*, cit., p. 93 ss.

(14) Su una simile linea di pensiero, v. F. RANIERI, *Die Verjährung im italienischen Recht vor dem Hintergrund der europäischen Entwicklungen. Zugleich ein Beitrag zum Europäischen Zivilrecht*, in O. REMIEN (a cura di), *Verjährungsrecht in Europa*, cit., p. 325, il quale magistralmente evidenzia come il Codice civile italiano del 1942, salutato, al tempo della sua emanazione, (in generale, ma anche) con riguardo al diritto della prescrizione in esso contenuto, come moderno e avanzato, risulti oggi, al contrario, antiquato, se comparato soprattutto (ma non solo) con le discipline tedesca e francese.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

realizzato dal legislatore (15), allo scopo principale di indirizzare la giurisprudenza, che appare sovente disorientata oppure impegnata in pericolose acrobazie esegetiche semplicemente per evitare le inique conseguenze che sembrerebbero altrimenti derivare dalla rigorosa applicazione del Codice civile (16).

Si rammenti, a questo proposito, che la modifica del diritto della prescrizione francese del 2008 è stata realizzata addirittura come prima tappa della più generale riforma del diritto delle obbligazioni programmata dal governo francese in occasione del giubileo dei duecento anni del *Code civil*. Presa la decisione – sia pure molto criticata in dottrina – di procedere per tappe successive, appariva infatti incontestabile, in Francia, la necessità di partire proprio dal diritto della prescrizione, che era da tempo divenuto oltremodo caotico e comunque inadeguato ai bisogni della prassi, anche perché la giurisprudenza, il cui apporto innovativo era stato tutt'altro che trascurabile, incontrava limiti che, pur con la massima creatività, certamente non potevano essere superati, quale quello del termine ordinario trentennale, con tutta evidenza inadatto all'epoca di internet e però non sostituibile, *de iure condito*, con un termine più breve, per esempio quinquennale (come è poi stato effettivamente previsto nell'art. 2224 *Code civil*) (17).

2. – Quella della prescrizione è stata una delle materie più controverse nell'ambito del processo di riforma del diritto delle obbligazioni tedesco, vertendo la controversia soprattutto sulla domanda di fondo se si sarebbe

---

(15) Sulla necessità di una riforma del diritto della prescrizione italiano, v., tra gli altri, R. CAPONI, *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1321 ss.; M. TESCARO, *La rilevanza civilistica del principio* contra non valentem agere non currit praescriptio, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 262; S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2010, p. 33; G. ANZANI, *Riflessioni su prescrizione e responsabilità civile*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, II, p. 212; A. LEPORE, *Prospettive di riforma in tema di prescrizione*, in C. CICERO e G. PERLINGIERI (a cura di), Liber amicorum *per Bruno Troisi*, I, Napoli 2017, p. 617 ss.; nonché, da ultimo, G. MAGRI, *Alzheimer e sospensione della prescrizione: l'ABF sospende il decorso della prescrizione anche al malato di Alzheimer non interdetto*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2021, I, p. 328.

(16) V. *amplius* M. TESCARO, *La prescrizione dell'azione di riduzione, nel più generale contesto dell'inadeguato e incerto diritto della prescrizione italiano*, in *Fam., pers. e succ.*, 2012, p. 788 ss.; ID., *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento di direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012*, in *R. d. priv.*, 2012, p. 195 ss.

(17) Per simili considerazioni, v. P. ANCEL, *Charakter, System und Fristen der Verjährung in Frankreich nach der Reform*, in O. REMIEN (a cura di), *Verjährungsrecht in Europa*, cit., p. 29 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dovuto adottare un sistema oggettivo (detto anche assoluto) o soggettivo (detto anche relativo).

Un sistema oggettivo, per esempio quello tedesco prima della riforma, è caratterizzato dai seguenti elementi: la prescrizione inizia a decorrere senza riguardo al fatto che il titolare del diritto sia a conoscenza o dovrebbe essere a conoscenza delle circostanze essenziali per esercitarlo; i termini sono lunghi o relativamente lunghi; detti termini sono ampiamente differenziati tra loro. Un sistema soggettivo è invece caratterizzato dai seguenti elementi: la prescrizione inizia a decorrere solo quando il titolare è a conoscenza o dovrebbe essere a conoscenza delle circostanze fondati il diritto; il termine ordinario, oltre ad avere un esteso ambito di applicazione, è breve o relativamente breve; sussiste però, per esigenze di certezza, un secondo termine finale che decorre indipendentemente dalla conoscenza o conoscibilità (18) (oppure, al posto di un vero e proprio secondo termine finale, può esservi una indicazione di durata massima del termine ordinario, per il caso che esso sia allungato attraverso differimento della scadenza, sospensione o interruzione, soluzione quest'ultima preferita dalle discipline – i *PECL* e il *DCFR*, come vedremo meglio tra breve – nelle quali l'ignoranza del titolare del diritto è considerata nell'ambito di un'apposita causa di sospensione, non solo per l'individuazione del *dies a quo* della prescrizione (19)).

Il legislatore tedesco della riforma del 2002, dopo ampie discussioni, ha tendenzialmente scelto la seconda strada (in linea di massima seguita, sia pure con alcune significative differenze, anche dalla Francia nel 2008 (20)), con un termine ordinario di prescrizione breve, precisamente

---

(18) Per una simile sintesi, v. D. LOOSCHELDERS, *Verjährungsbeginn und -frist im subjektiv-objektiven System sowie die Wirkung von Treu und Glauben*, in O. REMIEN (a cura di), *Verjährungsrecht in Europa*, cit., p. 181 s.

(19) V. assai chiaramente R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1839, 1843 s. e 1867. Con particolare riguardo al diritto francese, v. la nt. seguente.

(20) V. P. ANCEL, *op. cit.*, p. 33 ss., il quale appunto evidenzia come il diritto francese si sia uniformato alla tendenza, in realtà più ampiamente europea e internazionale, del doppio termine: un primo termine, che decorre dal giorno in cui il titolare del diritto ha conosciuto o avrebbe dovuto conoscere i fatti che gli permettono di esercitarlo (art. 2224 *Code civil*) e che può essere in vario modo sospeso e interrotto, e un secondo termine, finale (*délai-butoir*), che decorre dalla nascita del diritto e che in linea di principio (salve eccezioni) non può essere né interrotto né sospeso (art. 2232, comma 1°, *Code civil*). Con riguardo al primo termine, l'A. sottolinea come i due più importanti obiettivi della riforma fossero non solo l'abbreviazione, raggiunta – con una soluzione di compromesso tra varie proposte – portando il termine ordinario a cinque anni (art. 2224 *Code civil*), ma anche la semplificazione, fallita – nonostante taluni, sempre dal punto di vista di questo A., passi in avanti, come l'abrogazione dell'istituto, che il diritto italiano ancora conosce, delle *prescriptions présomptives* –, essendo rimasti in vigore, all'interno e soprattutto all'esterno del *Code civil*, numerosi

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

triennale (§ 195 BGB), il cui inizio segue un criterio soggettivo (§ 199, Abs. 1 BGB, ove, in aggiunta alla *Entstehung des Anspruchs*, è appunto richiesta la *Kenntnis des Gläubigers*, su cui ci soffermeremo più dettagliatamente tra breve) e con un termine massimo oggettivo a seconda dei casi di 10 o 30 anni (§ 199, Abs. da 2 – compreso l'Abs. 3a (21) introdotto nel 2010 dal *Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts* (22) – a 4, BGB).

La prima strada, però, non è stata completamente abbandonata, sussistendo, anche dopo la riforma del 2002, rilevanti pretese sottoposte non a prescrizione ordinaria ma a un sistema oggettivo. Si può pertanto dire che il diritto della prescrizione tedesco ha assunto un carattere di compromesso tra le due diverse visioni, ciò che ha comportato lo svantaggio di impedire una unificazione dei termini, sebbene il legislatore abbia in seguito cercato di porvi rimedio, sia pure solo in parte (23).

Scendendo più nel dettaglio, quanto al sistema soggettivo, nel diritto tedesco (così come in quello francese, per il quale si parla di una decorrenza «glissant» (24)), la conoscenza o la gravemente colpevole ignoranza,

---

termini speciali, senza contare che la riforma non ha toccato i pure numerosi, nonché difficili da distinguere da quelli di prescrizione, termini di decadenza (*délais de forclusion*, su cui v. l'art. 2220 *Code civil*). Anche il secondo, per il diritto francese senz'altro innovativo, termine, quello finale (che, a ben vedere, integra non un vero e proprio termine speciale ma solo la massima durata del termine ordinario, nel caso in cui esso sia allungato per differimento della scadenza, sospensione o interruzione), presenta, ad avviso di Ancel, profili di criticità: innanzi tutto perché la poco felice formulazione letterale del testo normativo potrebbe anche giustificare interpretazioni contrastanti con la pur inequivocabile volontà del legislatore e anche perché sono state previste varie eccezioni che ne relativizzano la portata innovativa. Su una simile linea di pensiero, v. anche A. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 697, il quale ragiona di un *délai-butoir* che sembra dunque «bien percé».

(21) Ai sensi del quale «Ansprüche, die auf einem Erbfall beruhen oder deren Geltendmachung die Kenntnis einer Verfügung von Todes wegen voraussetzt, verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Entstehung des Anspruchs an». In dottrina, v. da ultimo G. DEPPENKEMPER, sub *§ 199 BGB*, in H. PRÜTTING, G. WEGEN e G. WEINREICH (a cura di), *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*[17], Hürth 2022, p. 321.

(22) L. 24 settembre 2009, in vigore dal 1 gennaio 2010.

(23) V. D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, p. 183 s., ove è menzionato soprattutto il *Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 9 dicembre 2004.

(24) A. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 688, secondo il quale questa nuova concezione «est sans doute la contrepartie du raccourcissement drastique des délais par la réforme de 2008. Mais elle ne manquera pas de susciter contentieux et insécurité: la faveur ainsi faite au créancier rendra plus incertain pour le débiteur le moment où il sera à l'abri d'une action». Come sottolinea sempre la dottrina francese, una simile decorrenza consente in ogni caso ai giudici di merito (senza possibilità di successivo sindacato da parte della *Cour de cassation*) di esercitare un notevole potere discrezionale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

da parte del creditore, dei fatti costitutivi la pretesa e della persona del debitore integrano un presupposto per l'inizio della prescrizione (§ 199, Abs. 1, BGB), mentre nei *PECL* (art. 14.301) e nel *DCFR* (art. III.-7:301) la ragionevole ignoranza delle medesime circostanze è oggetto di una causa di sospensione.

Sembrerebbe, a prima vista, trattarsi di una differenza significativa, perché, secondo una disciplina del tipo di quella tedesca, il debitore, avendo l'onere di provare le circostanze da cui deriva la prescrizione, dovrebbe dimostrare pure dette conoscenza o gravemente colpevole ignoranza; mentre, secondo una disciplina del tipo di quella dei *PECL* e del *DCFR*, graverebbe sul creditore l'onere di provare la propria ragionevole ignoranza, per evitare la prescrizione (25). Questa lettura – prospettata anche con riguardo al diritto francese riformato (26) – non convince però tutti gli studiosi, alcuni dei quali ritengono che tra le due impostazioni non sussista alcuna dissonanza pratica, perché in entrambi i casi agevolazioni probatorie e altre considerazioni porterebbero alla medesima conclusione, cioè che spetterebbe innanzi tutto al debitore allegare la conoscenza o non scusabile ignoranza in capo al creditore, sul quale ultimo graverebbe però poi l'onere di dimostrare il contrario (27).

Una simile conclusione dovrebbe con ogni probabilità valere anche per l'ordinamento giuridico italiano, qualora esso fosse riformato seguendo il modello tedesco, essendosi da tempo consolidato nella nostra giurisprudenza (28) il principio di riferibilità o di vicinanza della prova, secondo cui ciascuna parte è tenuta a dimostrare i fatti alla cui fonte può più agevolmente accedere (29). Ciò premesso, strutturare l'ignoranza come

---

(25) V., tra gli altri, R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1850.

(26) V. in tal senso P. ANCEL, *op. cit.*, p. 39 s., il quale peraltro critica, proprio per il motivo appena esposto nel testo, la disciplina francese considerando preferibili i *PECL* (art. 14:301).

(27) V. D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, p. 186 s. Sembra ragionare così pure H. BEALE, *Reform of the Law of Limitation in England and Wales*, in O. REMIEN (a cura di), *Verjährungsrecht in Europa*, cit., p. 51. Per una simile posizione, v. anche O. REMIEN, *op. cit.*, p. 386 ss., il quale peraltro considera preferibile, quantomeno per ragioni di buona tecnica redazionale (sembrandogli la causa di sospensione in parola assai diversa dalle altre), la soluzione tedesca, e il quale sottolinea la presenza di una tendenza internazionale a parificare alla conoscenza effettiva il dover conoscere, sia pure rammentando altresì come non manchino ordinamenti giuridici (per esempio quello olandese) che rifiutano questa parificazione e che debbono pertanto confrontarsi con il complicato problema pratico della prova della conoscenza effettiva.

(28) Almeno a partire da Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *F. it.*, 2002, I, c. 769, con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*.

(29) V., tra i tanti, U. CARNEVALI, *La prova della colpa grave nelle clausole di esonero da*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

causa di sospensione sembra preferibile, perché dà luogo a un diritto della prescrizione più semplice (in quanto caratterizzato solo da una durata massima dell'unico termine ordinario e non da un secondo termine finale che si aggiunge a quello ordinario) e perché consente senz'altro di tenere conto dei casi in cui la ragionevole ignoranza non sia iniziale bensì si verifichi solo successivamente, quando la prescrizione ha già cominciato a decorrere (ciò che può accadere per esempio e in particolare in caso di morte del creditore o del debitore) (30).

Quanto alla differenza di formulazione tra le previsioni da ultimo menzionate del BGB, da un lato, e dei *PECL* e del *DCFR*, dall'altro, nella parti in cui fanno riferimento, rispettivamente, alla ignoranza per colpa grave (come presupposto per l'inizio della prescrizione) e alla ragionevole ignoranza (come causa di sospensione), sebbene una parte della dottrina tedesca neghi ogni rilevanza pratica a questa discrepanza, altra parte della medesima dottrina ritiene che la soluzione dei *PECL* e del *DCFR* sia più svantaggiosa per il creditore, il quale si troverebbe, nei progetti in parola, pregiudicato, dal punto di vista della prescrizione, anche se solo in colpa lieve (31).

In argomento si segnala inoltre una interessante suggestione di provenienza inglese, secondo la quale nei termini di prescrizione con decorrenza incentrata sulla conoscenza o conoscibilità quest'ultima dovrebbe essere riferita pure alla significatività della pretesa, così da dare piena attuazione all'«idea [...] that you do not lose your rights until you know that the injury you have suffered is one that is worth bothering about» (32).

Una notevole particolarità tedesca è poi la *Ultimo-Verjährung* (detta anche *Jahresend-Verjährung* o *Silvester-Verjährung*), cioè la regola, sempre di cui all'Abs. 1 del § 199 BGB, secondo la quale il termine ordinario di prescrizione inizia a decorrere non nel preciso momento della verificazione dei presupposti di legge ma con la fine dell'anno in cui detta verificazione

---

responsabilità, in *Contratti*, 2005, p. 971 ss.; V. Occorsio, *Cartella clinica e «vicinanza della prova»*, in questa *Rivista*, 2013, p. 1249 ss.; M. Dragone, *Le S.U., la "vicinanza della prova" e il riparto dell'onere probatorio*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 687 ss.

(30) Per questa tesi, v. R. Zimmermann, *ibidem*.

(31) V. in tal senso D. Looschelders, *op. cit.*, p. 189.

(32) H. Beale, *op. cit.*, p. 52, il quale appunto segnala, nella riforma della prescrizione (*rectius*, *limitation of actions*) proposta nel 2001, in Inghilterra e Galles, dalla *Law Commission*, la regola della decorrenza del termine ordinario ancorata – sia pure con una formulazione letterale più ampia e dettagliata, nella sostanza – a quando il creditore conosceva o avrebbe dovuto conoscere le circostanze fondanti la pretesa, l'identità della controparte e anche che la pretesa era *significant*, requisito quest'ultimo alla base del quale sta l'idea che non si può perdere un diritto fino a quando non ci si rende conto che la lesione subita è un qualcosa di cui vale la pena di preoccuparsi.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ha luogo. Questa soluzione specificamente tedesca (non corrispondente ad alcuna tendenza europea o internazionale) si spiega nell'ottica della determinabilità pratica dell'inizio della prescrizione (potendo altrimenti risultare difficile individuare il preciso momento della conoscenza o conoscibilità in capo al creditore) e di una migliore tutela del titolare del diritto minacciato dalla prescrizione (33) (al quale è risparmiato un controllo continuo, nel corso dell'anno, sulla possibile scadenza di termini (34)) ma non convince tutta la dottrina, secondo parte della quale si sarebbe in tal modo introdotta una iniqua diversa impostazione della decorrenza dei termini (35).

Con riguardo alla durata, come si è già detto triennale (§ 195 BGB), del termine ordinario, essa corrisponde a quella prevista nei *PECL* (art. 14:201) e poi anche nel *DCFR* (art. III.-7:201), ma non si può affermare – a differenza di quanto i redattori dei *PECL* auspicavano – che si sia creato uno standard europeo in tal senso, come dimostrato, per esempio, dalla riforma francese del 2008 e dal relativo termine ordinario quinquennale (36).

Quanto al termine massimo oggettivo, che in Germania è a seconda dei casi di 10 o 30 anni (§ 199, Abs. da 2 a 4, BGB) (37) e che inizia a decorrere, in linea di principio, dalla nascita (*Entstehung*) della pretesa (38), si tratta di un qualcosa di normale per le discipline più recenti,

---

(33) Da questo punto di vista la scelta in parola è approvata da O. REMIEN, *op. cit.*, p. 393.

(34) V., per esempio, J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*[12], München 2020, p. 287.

(35) Per questa opinione, v. D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, p. 189 s.; ma v. anche R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1846, secondo il quale la regola in discorso «provides some kind of counterbalance against the practical problems associated with the "subjective system", particularly with the necessity of establishing when exactly the creditor has become, or could be expected to have become, aware of the facts as a result of which his right can be exercised».

(36) La parte sulla prescrizione, scritta da Malaurie, del precedente progetto Catala presentava peraltro un termine ordinario a sua volta triennale: v. al riguardo R. ZIMMERMANN, *"Extinctive" Prescription under the* Avant-projet, in *European Review of Private Law*, 2007, p. 805 ss.

(37) L'idea che un termine massimo di 10 anni sia ragionevole è dotata di una certa diffusione a livello internazionale (come dimostrato, oltre che dal § 199, Abs.3 e 4, BGB, tra l'altro dall'art. 14:307 *PECL*), ma il comma 1° dell'art. 2232 *Code civil* ha preferito indicare 20 anni. Un simile apprezzamento a livello internazionale ha riscosso anche il termine massimo di 30 anni (si pensi, per esempio, sempre all'art. 14:307 *PECL*) per le pretese risarcitorie derivanti da lesioni alla vita o alla salute (o ad altri diritti della personalità a questi assimilati) previsto invece nell'Abs. 2 del § 199 BGB, sebbene nel diritto francese manchi una disciplina di tal fatta. Per simili considerazioni, v. R. ZIMMERMANN, *Prescription*, cit., p. 1867 s.

(38) Secondo la dottrina tedesca, una pretesa può dirsi nata quando è esigibile: v. per

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che tendono a introdurlo come temperamento della decorrenza soggettiva del termine ordinario, sebbene vi si colleghi un rischio di relativizzazione del principio, frequentemente evocato, della leale *chance* per il creditore di esercitare il proprio diritto (39). Un ordinamento giuridico che intenda ammodernare la propria normativa sulla prescrizione è pertanto chiamato a riflettere attentamente sulla necessità di introdurre un simile limite, anche se escludendolo si correrebbe il rischio di prolungare a dismisura la possibilità di esercitare certe pretese, per esempio quelle risarcitorie, in relazione alle quali solo dopo vari decenni dal comportamento illecito, magari anche dopo la morte del danneggiato, il pregiudizio potrebbe risultare percepibile alla luce delle nuove conoscenze scientifiche. Una volta che si sia deciso di inserire un termine massimo oggettivo, occorre in ogni caso valutare talune eccezioni, da contemplare in considerazione di particolari esigenze di tutela (40).

La nascita di una pretesa risarcitoria dipende, ovviamente, dal prodursi del danno, ciò che potrebbe però portare, nel caso di pregiudizi lungolatenti (*Spätschaden*), a un notevole allungamento del termine massimo. Il delicato problema viene risolto dal diritto tedesco ponendo (sia pure con una disciplina parzialmente divergente tra le pretese al risarcimento basate sulla lesione della vita, del corpo, della salute o della libertà e le altre, come risulta dagli Abs. 2 e 3 del § 199 BGB) un termine ultimo trentennale decorrente – non dal prodursi del danno, ma – dal compimento dell'azione lesiva, dalla violazione dell'obbligo o dall'altro fatto che ha dato luogo al pregiudizio (41).

Il termine massimo oggettivo, in diritto tedesco, è sottoposto alle regole generali sulla sospensione e sull'interruzione della prescrizione e

---

esempio H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil*[46], München 2022, p. 265: «Entstanden ist ein Anspruch, sobald er geltend gemacht werden kann [...], also erst im Zeitpunkt seiner Fälligkeit (§ 271 BGB)». V. anche, *amplius*, J. NEUNER, *op. cit.*, p. 287; G. DEPPENKEMPER, *op. cit.*, p. 314 s.

(39) Su tale rischio, v. M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità. La rilevanza civilistica del principio* contra non valentem agere non currit praescriptio, Padova 2006, p. 48.

(40) Su una simile linea di pensiero, v. O. REMIEN, *op. cit.*, p. 386.

(41) Queste tre diverse espressioni sono efficacemente compendiate in termini di «Setzen der Schadensursache (nicht des Schadenseintritts)» da J. NEUNER, *op. cit.*, p. 288. Come sottolinea R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1844 s., ove anche dettagliati riferimenti comparatistici, le circostanze in discorso sono normalmente facili da determinare, ciò che non può sempre dirsi per il momento di produzione del danno; e certamente «under these circumstances prescription will sometimes occur before the creditor could reasonably become aware of his claim, but that is the necessary counterbalance to the creditor-friendly way in which the "general" (or "short") period of prescription operates (discoverability criterion)».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

può conseguentemente essere in certi casi allungato. Al riguardo, potrebbe considerarsi preferibile, per ragioni di certezza del diritto (*rectius*, di equilibrato bilanciamento degli interessi privati confliggenti), la diversa soluzione dei *PECL* (art. 14:307) e del *DCFR* (art. III.-7:307), ove il limite può essere invece superato solo attraverso la sospensione che opera durante procedimenti giudiziali o assimilabili (per esempio, arbitrali) (42). Parte della dottrina, prendendo le mosse dal già evocato principio della leale *chance* per il titolare del diritto di esercitarlo, predilige invece la disciplina tedesca, spingendosi ad aggiungere che, se vi è il timore di un eccessivo allungamento del termine, il legislatore potrebbe semmai introdurne un terzo questo sì davvero assoluto (43), ciò che, a parere dello scrivente, caratterizzando la normativa addirittura per tre diversi termini concorrenti, la renderebbe oltremodo complicata (44).

Venendo poi al sistema oggettivo, come si è detto non eliminato completamente dal diritto tedesco riformato, la previsione fondamentale è il § 200 BGB, ove si stabilisce che, per le pretese non soggette al termine ordinario, l'inizio della prescrizione coincide con la loro nascita, salva la possibilità di una diversa previsione speciale (come, per esempio, nel caso della garanzia per vizi, su cui torneremo tra breve).

In merito alla durata della prescrizione nel sistema oggettivo, le soluzioni sono varie: particolarmente importante è il termine trentennale previsto dal § 197 BGB, tra le altre, per le pretese alla restituzione derivanti dalla proprietà o da altri diritti reali e per le pretese accertate con pronunce passate in giudicato. Con riguardo a queste ultime, per le quali anche la maggior parte delle altre codificazioni nazionali riconosce un termine speciale, è interessante notare come il diritto italiano, nonostante che sia assai più risalente di quello tedesco riformato (e nonostante che la riforma in parola tendesse tra l'altro all'accorciamento dei termini), contempli una prescrizione notevolmente più breve, in linea di principio decennale ai sensi dell'art. 2953 c.c. (ove peraltro si fa riferimento alle sole sentenze di condanna) (45).

Altra disciplina rilevante nel contesto in discorso è quella dei rimedi contrattuali per il caso di vizi (*Mängel*) che si trovano, in seguito alla riforma del 2002, indicati nel § 437 BGB per quanto riguarda la vendita

---

(42) V. in tal senso D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, p. 192 s.

(43) Per questa proposta, v. O. REMIEN, *op. cit.*, p. 392.

(44) Già l'attuale formulazione del § 199 BGB integra, del resto, «eine komplizierte Regelung», come riconosciuto per esempio da H. KÖHLER, *op. cit.*, p. 265. V. anche S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, p. 189.

(45) Per ulteriori riferimenti comparatistici, v. R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1841.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

e nel § 634 BGB per quanto riguarda il *Werkvertrag* (46), con i rispettivamente successivi §§ 438 e 634a BGB che si occupano proprio dei relativi termini di prescrizione e delle loro decorrenze. La principale caratteristica di questa articolata disciplina, che non sarebbe utile ripercorrere nel dettaglio in questa sede, è il fatto che la decorrenza dei termini di prescrizione (alcuni importanti dei quali sono più brevi di quello ordinario triennale) ivi previsti risulta ancorata a circostanze (non soggettive, ma) oggettive quali, a seconda dei casi, *Übergabe*, *Ablieferung* (par. 438, Abs. 2, BGB) e *Abnahme* (§ 634a, Abs. 2, BGB). La normativa in esame, sotto questo profilo così diversa da quella generale della prescrizione, è peraltro circoscritta ai soli rimedi contro i vizi di cui ai già citati §§ 437 e 634 BGB, restando esclusi altri rimedi, pur significativi anche in materia di vendita e di *Werkvertrag*, sia contrattuali sia extracontrattuali. La finalità è tutelare il venditore e l'*Unternehmer* (letteralmente, imprenditore, ma si dovrebbe piuttosto tradurre appaltatore o prestatore d'opera), quali potenziali debitori, sotto due profili: evitare loro le difficoltà probatorie in cui potrebbero incorrere di fronte a vizi scoperti tempestivamente ma fatti valere tardivamente e sgravarli dal rischio di rispondere di vizi scoperti tardivamente (47).

Le particolari per non dire preminenti esigenze di tutela che, per motivi di politica del diritto, dovrebbero essere riconosciute a venditore e *Unternehmer* sono generalmente condivise dalla dottrina non solo tedesca (48), sembrando opportuno che siano tenute presenti anche in relazione al nostro ordinamento giuridico.

---

(46) Contratto tedesco, questo, che non trova una esatta corrispondenza nel diritto italiano, ove sussiste, tra l'altro, la distinzione tra appalto e contratto d'opera: per approfondimenti, v. M. TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi*, Milano 2017, p. 36 ss.

(47) Per simili considerazioni, v. F. JACOBY, *Verjährung im Kauf– und Werkvertragsrecht*, in O. REMIEN (a cura di), *Verjährungsrecht in Europa*, cit., p. 354 ss., il quale, concludendo il suo esame delle regole sopra citate (p. 361 ss.), afferma che esse dovrebbero essere considerate, dal punto di vista della politica del diritto, positivamente, perché avrebbero realizzato una adeguata distribuzione del rischio tra le parti contrattuali, soprattutto in relazione ai vizi non scoperti tempestivamente. Le questioni che la disciplina in discorso avrebbe lasciato aperte sarebbero, a ben vedere, di dettaglio, e quello che si tratterebbe, a tale riguardo, di auspicare, sarebbe solo una normativa ancora più unitaria, che consenta di evitare il più possibile problemi di delimitazione degli ambiti di applicazione dei diversi rimedi.

(48) V., per esempio, H. BROX e W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*[46], München 2022, p. 308, 310 e 312; nonché in prospettiva spiccatamente comparatistica, R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1876 ss., il quale ragiona di una «risk-allocation function». Nella dottrina italiana, v., anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, F. PIRAINO, *Garanzia per i vizi nella vendita e tempo: il nodo della durata e della prescrizione*, in Liber amicorum *per Giuseppe Vettori*, Firenze 2022, p. 3291 ss., il quale tra l'altro critica la notevole «manipolazione pretoria»

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il complessivo assetto del BGB appena illustrato è assai diverso da quello italiano. In merito alla decorrenza della prescrizione, il nostro legislatore del 1942, infatti, aveva senz'altro scelto, soprattutto nell'art. 2935 c.c., un sistema oggettivo, secondo il quale la conoscenza, da parte del creditore, del suo diritto e della possibilità fattuale di esercitarlo non avrebbe dovuto avere alcuna incidenza, salve solo circoscritte eccezioni come quella di cui al n. 8 dell'art. 2941 c.c. Si trova infatti pressoché costantemente ripetuto, soprattutto in giurisprudenza (49), che solo gli impedimenti giuridici, e non anche quelli di fatto, possono in linea di principio incidere sul corso della prescrizione e solo in alcuni specifici settori si sono affermati orientamenti diversi, come nell'ambito del diritto del lavoro (50) o della responsabilità extracontrattuale (51).

A quest'ultimo riguardo, si è consolidata, anche ai più alti livelli della giurisprudenza (52), la tesi secondo cui la prescrizione del diritto al risarcimento, ai sensi del comma 1° dell'art. 2947 c.c., inizia a decorrere solo dal giorno in cui il danno è percepito o può essere percepito, usando l'ordinaria diligenza, quale danno ingiusto conseguente al comportamento

---

della disciplina generale della garanzia per vizi verificatasi negli ultimi anni nel nostro ordinamento giuridico al fine fondamentale di riequilibrare equitativamente in favore dei compratori regole orientate in linea di massima in favore dei venditori.

(49) V. *infra*, nt. 89.

(50) Da ultimo, v. Cass. civ., sez. lav., 6 settembre 2022, n. 26246, in *F. it.*, 2022, I, c. 2981 ss., in tema di decorrenza della prescrizione dei crediti lavorativi, secondo il combinato disposto degli artt. 2948, n. 4, e 2935 c.c., solo dalla cessazione del rapporto di lavoro anche ove venga in rilievo il rapporto a tempo indeterminato così come modulato dalla l. n. 92 del 2012 e dal d. lgs. n. 23 del 2015. Per approfondimenti, v. F. ROSELLI, *Il declino del formalismo giuridico e la giurisprudenza del lavoro*, Milano 2021, p. 177 ss.

(51) Per simili considerazioni, v. F. RANIERI, *op. cit.*, p. 332 ss.

(52) V. soprattutto Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Nuova g. civ. comm.*, 2008, I, p. 623 ss., con nota di A. QUERCI, *La rilevanza della prescrizione nella responsabilità extracontrattuale per danni da emotrasfusioni ed emoderivati*. Nello stesso senso, v. anche, tra le tante, Cass. civ., sez. VI, ord. 27 settembre 2019, n. 24164, in *One legale*, sempre in tema di danni da emotrasfusioni; Cass. civ., sez. I, ord. 2 ottobre 2019, n. 24586, in *One legale*, in tema di malattie professionali; Cass. civ., sez. III, 21 febbraio 2020, n. 4683, in *One legale*, in tema di danno patito da investitori in conseguenza dell'omessa vigilanza del Ministero dello sviluppo economico verso una sua società fiduciaria; Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7677, in *One legale*, in tema di illecito anticoncorrenziale; nonché, da ultimo, Cass. civ., sez. lav., ord. 12 ottobre 2022, n. 29769, in *One legale*, in tema di responsabilità medica. Larga parte della dottrina approva questa soluzione: v., tra gli altri, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano 2012, p. 572 s.; C. ROMEO, *Nesso di causalità e descrizione dell'evento nella responsabilità per trasfusione di sangue infetto*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 994 s.; A. LEPORE, *op. ult. cit.*, p. 645 ss.; F. LONGOBUCCO, *Ragionevolezza del termine di prescrizione e danni lungolatenti alla persona*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli 2012, p. 523 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

doloso o colposo di un terzo, sembrando così il nostro ordinamento giuridico, a prima vista, essersi allineato all'evoluzione internazionale contemporanea. Questa tesi, però, anche senza contare che è sicuramente contraria alla volontà storica del legislatore, contrasta con il dato letterale dell'art. 2947 c.c. e risulta incoerente (oltre che con gli altri settori del diritto italiano nei quali non si è verificata una simile innovazione pretoria) sullo stesso piano comparatistico, perché i Paesi (*in primis*, Germania e Francia) che la hanno legislativamente sancita hanno altresì introdotto, come abbiamo verificato, complessi bilanciamenti mancanti in Italia (53).

3. – Intimamente collegato al tema della durata dei termini e della relativa decorrenza è quello degli effetti che possono prodursi sul corso della prescrizione finendo in vario modo per estenderlo, tema quest'ultimo che può anche essere, come non di rado accade, affrontato separatamente dal primo (54), purché però non si dimentichi che si sta considerando il medesimo problema di fondo di quando si compie davvero la prescrizione.

Il nostro istituto serve primariamente l'interesse del debitore a difendersi agevolmente da pretese troppo risalenti (e perciò sconosciute, inattese o infondate) ma non può non tenere adeguatamente conto anche degli interessi del creditore e proprio a tal fine sono previsti vari meccanismi diretti a cambiare il concreto corso dei termini. Nel diritto tedesco riformato, vengono in rilievo la *Hemmung*, che corrisponde al concetto italiano di sospensione, l'*Ablaufhemmung* (resa in inglese con *postponement of expiry* e che potrebbe tradursi in italiano con differimento della scadenza; da non confondere con l'*Anlaufhemmung* (55)), in forza della quale la prescrizione si compie non prima di un determinato momento o solo dopo il venire meno di particolari circostanze (56), e il *Neubeginn* (prima della

(53) Così F. RANIERI, *op. cit.*, p. 336 s.

(54) V. per esempio H. GROTHE, *Einwirkungen auf den Verjährungslauf: Hemmung, Ablaufhemmung und Neubeginn*, in O. REMIEN (a cura di), *Verjährungsrecht in Europa*, cit., p. 271 ss.

(55) Questo concetto concerne una sospensione per così dire iniziale, cioè che impedisce l'inizio del computo del termine di prescrizione fino alla cessazione della causa di sospensione. V., per tutti, R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1847, il quale indica come esempio emblematico l'ignoranza di cui all'art. 14:301 *PECL*. Il tempo di sussistenza di una causa di sospensione prima della decorrenza del termine (a differenza di quanto accade per la sospensione vera e propria, che si verifica dopo) non è però poi aggiunto: si tratta solo di un impedimento all'inizio del computo del termine, il quale venuta meno quella causa ha la sua normale estensione (v., con specifico riguardo al diritto tedesco, per esempio H. BROX e W.-D. WALKER, *op. cit.*, p. 312).

(56) Finalità generale dell'*Ablaufhemmung* è concedere al titolare della pretesa la possibilità di informarsi sull'esistenza della stessa: così H. KÖHLER, *op. cit.*, p. 267.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

riforma del 2002, *Unterbrechung*), che corrisponde al concetto italiano di interruzione (artt. 2943-2945 c.c.), sia pure con nuova e secondo parte della dottrina preferibile terminologia (57).

La riforma del 2002 ha comportato, in quest'ambito, una netta cesura rispetto al passato, riducendo fortemente il significato del terzo istituto e corrispondentemente ampliando quello del primo (58).

Le cause di sospensione tedesche sono regolate nei §§ da 203 a 208 BGB. Esse sono talmente variegate da non poter essere ricondotte a un principio di fondo comune che non sia quello, molto generico, della già accennata necessità di tutelare anche gli interessi del creditore. Inoltre, nuove cause di sospensione (come pure di interruzione), non previste dalla legge, possono essere introdotte dalle parti, sia pure nel rispetto dell'Abs. 2 del § 202 BGB. Secondo il diritto tedesco, poi, un termine di prescrizione può essere sospeso (come pure interrotto) anche più volte e non sussiste al riguardo alcun limite di portata generale, a differenza di quanto previsto, per esempio, nell'art. 14:307 *PECL* e nell'art. III.-7:307 *DCFR* (59).

Scendendo più nel dettaglio, il § 203 BGB disciplina la sospensione – tra le più significative dal punto di vista pratico (60) – durante le trattative (*Verhandlungen*) tra debitore e creditore e si giustifica, oltre che come applicazione del principio di buona fede, alla luce dell'apprezzabile scopo di politica del diritto di favorire composizioni non giudiziali delle controversie (61). L'opposta soluzione dell'irrilevanza delle trattative per così dire

---

(57) V. in tal senso R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1870, il quale, pur non disconoscendo che gli art. 2240 ss. *Code civil* riformati nel 2008 hanno preferito conservare la terminologia tradizionale, considera la parola *interruption* «awkward and perhaps even misleading» preferendole senz'altro *renewal*, secondo il modello degli artt. 14:401 e 14:402 *PECL*.

(58) Per una simile osservazione, v. H. BROX e W.-D. WALKER, *op. cit.*, p. 313; H. GROTHE, *op. cit.*, p. 271 s. V. anche O. REMIEN, *op. cit.*, p. 395, il quale sottolinea come la tendenza in discorso, pur con varie differenze specifiche, sia riscontrabile anche in altre normative recenti.

(59) Per simili rilievi, v. H. GROTHE, *op. cit.*, p. 272 s. V. anche quanto già osservato *supra* nel testo, par. 2.

(60) Così J. NEUNER, *op. cit.*, p. 290. Anche H. KÖHLER, *op. cit.*, p. 267, sottolinea che «*Die Rspr. fasst den Begriff der Verhandlungen außerordentlich weit*»; in favore di questa impostazione, v. pure G. DEPPENKEMPER, sub *§ 203 BGB*, in H. PRÜTTING, G. WEGEN e G. WEINREICH (a cura di), *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, cit., p. 324.

(61) In argomento, v. H. GROTHE, *op. cit.*, p. 273 ss.; nonché F. JACOBY, *op. cit.*, p. 364 ss., il quale, con riguardo al significato della previsione in esame per la garanzia per vizi nella vendita e nel *Werkvertrag*, evidenzia trattarsi di una sospensione che, a differenza di quanto può dirsi in termini più generali ai sensi del § 213 BGB (su cui torneremo tra breve nel testo), vale per i soli rimedi cui le trattative si riferiscono e per far scattare la quale è sufficiente che il venditore o l'*Unternehmer* inizino a esaminare il vizio.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

semplici (cioè che non siano condotte nell'ambito di una procedura di mediazione o conciliazione), preferita da vari diritti tra i quali quello francese anche dopo la riforma del 2008 (62), è a volte motivata facendo leva sulla possibilità per le parti che lo vogliano di stipulare un accordo di allungamento della prescrizione, possibilità questa che ove pure (a differenza che in Italia, ove persiste il rigido divieto di cui all'art. 2936 c.c.) formalmente sussista può peraltro rivelarsi più apparente che reale.

È pertanto consigliabile l'introduzione di una sospensione della prescrizione durante le trattative, anche se la regola tedesca pare sotto diversi profili eccessiva, sia perché, estendendo la sospensione fino a quando una delle parti si rifiuti di proseguire le *Verhandlungen*, evita di considerare esplicitamente che le trattative potrebbero semplicemente esaurirsi senza un siffatto rifiuto e pertanto rischia di operare all'infinito, sia perché, contemplando una vera e propria sospensione per tutto il tempo delle trattative (cui si aggiunge una *Ablaufhemmung*, compiendosi la prescrizione non prima di tre mesi dal venire meno della causa di sospensione), non si preoccupa di ridurre al minimo gli effetti sul corso della prescrizione, come invece fanno altre regole, per esempio l'art. 14:304 *PECL* (63), contemplando esclusivamente una *Ablaufhemmung* (64).

Il § 204 BGB (più volte oggetto, anche in tempi recentissimi, di modifiche e integrazioni che non sarebbe peraltro utile ripercorrere nel dettaglio in questa sede) contempla poi un gran numero di specifiche ipotesi di sospensione *durch Rechtsverfolgung*, cioè per mezzo di esercizio giudiziale del diritto (compresi alcuni atti stragiudiziali a ciò funzionali). Prima della riforma del 2002, similmente a quanto ancora previsto nel diritto italiano (art. 2943 c.c.) (65), ipotesi di tal fatta rilevavano al fine della interruzione della prescrizione, per la quale, in diritto tedesco, rimane invece oggi, accanto al riconoscimento del diritto da parte del debitore, solo la fattispecie del compimento o della richiesta di atti esecutivi giudiziali o amministrativi (§ 212, Abs. 1, n. 1 e 2, BGB).

---

(62) V. tra gli altri A. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 690 s. e 694, ove si menziona anche il diverso orientamento della giurisprudenza francese nell'eventualità di «manœuvres dolosives».

(63) Ai sensi del quale «If the parties negotiate about the claim, or about circumstances from which a claim might arise, the period of prescription does not expire before one year has passed since the last communication made in the negotiations».

(64) Per simili rilievi, v. R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1861.

(65) L'allineamento del diritto italiano a quello tedesco previgente così come a quello francese anche attuale (artt. 2241-2243 *Code civil*) è sottolineato da R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1852, il quale chiarisce che questa «is the solution traditionally adopted in Roman law-based legal systems».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Alla base di questa già accennata riduzione delle cause di interruzione e del corrispondente ampliamento di quelle di sospensione è riscontrabile l'idea secondo cui la necessaria protezione del creditore può essere garantita anche senza ricorrere a una così significativa incidenza sul corso della prescrizione come quella che deriverebbe dall'interruzione (66). Le varie ipotesi specificamente elencate nel par. § BGB sono comunque accomunate dal fatto che, in tutte esse, il titolare del diritto fa indubitabilmente capire alla controparte che intende davvero esercitarlo. Inoltre, il comma 2° del paragrafo in esame prevede che la sospensione abbia fine sei mesi dopo il passaggio in giudicato della decisione o la diversa conclusione del procedimento, ciò che si spiega alla luce dell'esigenza, particolarmente importante nel caso di assenza di una pronuncia sul merito, di lasciare al creditore un ulteriore termine entro il quale intraprendere nuove iniziative senza correre il rischio della prescrizione (67).

Il § 205 BGB contempla quindi la sospensione (che non trova alcuna corrispondenza né nei *PECL* né nel *DCFR*) fintantoché il debitore, in conseguenza di un accordo con il creditore (che potrebbe essere stipulato, per esempio, perché si vuole attendere l'esito di un diverso processo oppure lo sviluppo dei danni (68)), è provvisoriamente legittimato a rifiutare l'esecuzione della prestazione. Nell'ambito di applicazione della norma rientra il *pactum* (*ad tempus*) *de non petendo*, la cui efficacia sospensiva è da affermare anche secondo il diritto italiano (69).

Particolarmente interessante è poi il § 206 BGB, ove si prevede la sospensione per forza maggiore (*höhere Gewalt*), la cui rilevanza è peraltro limitata agli impedimenti che si verificano durante gli ultimi sei mesi del corso della prescrizione (70). La nozione di forza maggiore, secondo il

---

(66) In dottrina, condivide senz'altro la citata idea, tra gli altri, H. GROTHE, *op. cit.*, p. 277.

(67) Per simili riflessioni, v. H. GROTHE, *op. cit.*, p. 285. V. anche, *amplius*, G. DEPPENKEMPER, sub *§ 204 BGB*, in H. PRÜTTING, G. WEGEN e G. WEINREICH (a cura di), *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, cit., p. 326 ss.

(68) Per questi esempi, v. H. KÖHLER, *op. cit.*, p. 267, il quale chiarisce anche che un accordo su una dilazione di pagamento in merito a una pretesa esigibile comporta invece riconoscimento della stessa da parte del debitore e quindi nuovo inizio della prescrizione ai sensi del § 212, Abs. 1, n. 1, BGB.

(69) V., per esempio, M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità*, cit., p. 195 e 231 ss. È comunque convinzione tradizionale della nostra dottrina che detto patto integri un impedimento di carattere giuridico e come tale incida sulla decorrenza della prescrizione: v., *ex multis*, F. ROSELLI, *La sospensione della prescrizione*, in F. ROSELLI e P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Tratt. Rescigno*, 20, *Tutela dei diritti*[2], II, Torino 1998, p. 510. In giurisprudenza v., da ultimo, Cass. civ., sez. I, 7 dicembre 2022, n. 35960, in *One legale*, ove ulteriori riferimenti.

(70) Il titolare del diritto può quindi giovarsi solo di quanto rimane dell'originario

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

diritto tedesco, comprende non solo eventi esterni ma più in generale tutti i casi in cui il soggetto interessato non avrebbe potuto superare l'impedimento sia pure con la massima diligenza; anche la più lieve colpa esclude pertanto la forza maggiore, mentre l'assenza di colpa non basta per affermarla (71). Previsioni simili, ma non identiche, sono contenute, tra l'altro, nei *PECL* (art. 14:303) e nel *DCFR* (art. III.-7:303) (72).

Pure nel diritto francese riformato nel 2008 si segnalano importanti nuove cause di sospensione, tra le quali un ruolo di preminenza è svolto proprio da quella, comparabile con la *Hemmung* tedesca per *höhere Gewalt*, di cui all'art. 2234 *Code civil*, ai sensi del quale «la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure». Questa disposizione integra la consacrazione legislativa non solo della risalente massima *contra non valentem agere non currit*

---

termine di prescrizione una volta che l'impedimento è venuto meno, ciò che sembra talvolta irragionevole, come evidenziato da R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1859, il quale riporta l'esempio di un creditore rapito una settimana prima della scadenza del termine e quindi tenuto sequestrato dai suoi rapitori per più di un anno, soggetto questo dal quale pare eccessivo pretendere l'instaurazione di un giudizio per far valere il suo diritto nella prima settimana seguente la sua liberazione. Proprio per fare fronte a situazioni del genere nell'art. III.-7:303 (dedicato alla *suspension in case of impediment beyond creditor's control*) del *DCFR* è stato inserito un comma 3° ai sensi del quale, «Where the duration or nature of the impediment is such that it would be unreasonable to expect the creditor to take proceedings to assert the right within the part of the period of prescription which has still to run after the suspension comes to an end, the period of prescription does not expire before six months have passed after the time when the impediment was removed».

(71) Esempi ricorrenti sono una malattia improvvisa o un sequestro di persona che colpiscano il titolare della pretesa oppure una calamità naturale che blocchi l'attività giurisdizionale: v. J. NEUNER, *op. cit.*, p. 291.

(72) Cfr. al riguardo H. GROTHE, *op. cit.*, p. 288 s. Come si è già avuto modo di rammentare (*supra*, nt. 11), il *DCFR*, in tema di prescrizione, ripete in modo quasi sempre pedissequo i *PECL*, con pochissime differenze, le più significative tra le quali si trovano nell'art. III.-7:303, ove si segnala l'aggiunta – rispetto all'art. 14:303 dei *PECL* – non solo del comma 3° già considerato (v. *supra*, nt. 70) ma anche di un comma 4° in cui si precisa che «In this Article an impediment includes a psychological impediment». Si tratta di una precisazione fatta allo scopo di comprendere, nella causa di sospensione, fattispecie del tipo di quelle dei bambini vittime di abusi sessuali i quali, come si evince dalla casistica, riescono a esternare l'abuso subito o comunque a reagirvi solo a distanza di molti anni. La previsione sembra da salutare con favore, specialmente alla luce della casistica appena accennata, perlomeno se destinata a essere applicata in modo rigoroso (ciò che probabilmente avverrebbe ove si seguissero le indicazioni risultanti dai *Comments*, secondo cui «In such cases expert evidence would be required in order to establish that the impediment really was beyond the person's control»); ma parte della dottrina la considera, al contrario, non convincente, perché si tratterebbe di una sorta di invito ai creditori ad aggirare una prescrizione già compiutasi (così W. ERNST, *op. cit.*, p. 69). In argomento v. anche il § 208 BGB su cui ci soffermeremo tra breve nel testo.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

praescriptio ma anche di orientamenti già da molto tempo consolidatisi nella giurisprudenza francese, sia pure con la non trascurabile differenza che, secondo detti orientamenti, l'impossibilità di agire avrebbe dovuto rilevare solo se verificatasi in prossimità della scadenza del termine di prescrizione (con la conseguenza che il relativo rimedio, più che una sospensione, appariva, a ben vedere, una *restitutio in integrum* (73)), mentre ora tale impossibilità incide assai più ampiamente, cioè anche qualora si verifichi all'inizio o durante il corso del termine (74).

Dal punto di vista italiano, il § 206 BGB, così come altre previsioni di analogo tenore, sono tra le più interessanti in quanto contemplano una *Hemmung*, sia pure nel caso del BGB (ma non anche in quello del *Code civil*) con presupposti abbastanza restrittivi, di portata generale, in netta controtendenza rispetto alla nostra impostazione tradizionale incentrata su poche e tassative cause di sospensione, nessuna delle quali contemplante la forza maggiore o nozioni a questa assimilabili (75).

Il § 207 BGB (parzialmente modificato nel 2010 dal *Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*) contempla varie ipotesi di sospensione per motivazioni familiari (tra le quali, come in molti altri ordinamenti giuridici, un ruolo di spicco è assunto dal rapporto di coniugio (76)) o simili, fondamentalmente a tutela del *Familienfrie-*

---

(73) In questo senso, v., infatti, J. CARBONNIER, *La règle contra non valentem agere non currit praescriptio*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1937, p. 184. V. anche, da un punto di vista più generale, A. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 681 s., secondo il quale «les tribunaux, parfois influencés par l'injustice individuelle d'une institution qui ne se justifie qu'au plan général, ont multiplié les moyens (parfois byzantins et souvent contradictoire) de conserver une marge d'appréciation (en jouant notamment sur la computation du délai: point de départ, suspension, interruption)»; nonché R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1858, il quale evidenzia come la giurisprudenza francese precedente la riforma del 2008, su tale questione, abbia sostanzialmente fatto evolvere il diritto *contra legem*.

(74) Per simili considerazioni, v. P. ANCEL, *op. cit.*, p. 41.

(75) Lo sottolinea, per esempio, P.G. MONATERI, *Il regime giuridico della durata della prescrizione*, in P.G. MONATERI e C. COSTANTINI, *La prescrizione*, in *Tratt. Sacco*, Torino 2009, p. 119 s. Una assai particolare e discutibile sospensione per forza maggiore era stata peraltro introdotta dal comma 6° dell'art. 6 d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, previsione questa che ha poi perso retroattivamente ogni vigore essendo stata soppressa in sede di conversione: v. *amplius* M. TESCARO, *Una nuova decadenza, necessaria e urgente, nel comma 2 dell'art. 2947 c.c., anzi no*, in *Studium iuris*, 2014, p. 1123 ss.

(76) Tale rapporto, infatti, è menzionato per primo nel § 207 BGB, così come, tra gli altri, nell'art. 2941 c.c. e nell'art. 2236 *Code civil*. Commentando questa causa di sospensione dal punto di vista comparatistico, R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1865, si spinge peraltro a sostenere che «such a rule which leads to problems being swept under the carpet rather than solved appears hardly defensible today» (ma v. anche A. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 689, il quale con riguardo agli sposi più persuasivamente sottolinea che «il n'est pas d'usage qu'ils agissent en justice l'un contre l'autre pendant le mariage»), aggiungendo che l'ordi-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

de (77). Per quanto concerne il confronto con un sistema, come quello italiano, nel quale le cause di sospensione – lo si rammentava poc'anzi – sono comunemente considerate tassative, colpisce soprattutto la circostanza che la dottrina tedesca ragiona pacificamente della possibilità di applicare in via analogica questo paragrafo (78).

Significativo per l'auspicabile ammodernamento del diritto italiano è anche il § 208 BGB, ove, con riguardo alla prescrizione delle pretese derivanti dalla violazione dell'autodeterminazione sessuale, si prevede che essa sia sospesa fino al compimento del ventunesimo anno di età del creditore oppure fino alla cessazione della coabitazione con il debitore (79).

Le ipotesi di *Ablaufhemmung* si trovano quindi, oltre che nel già citato § 203, nei §§ 210, in tema di soggetti privi di piena capacità negoziale (80), e 211, in tema di successioni *mortis causa* (81).

---

namento giuridico che intendesse comunque mantenere una regola di tal fatta dovrebbe perlomeno estenderla ad altri legami personali (come avviene nel § 207 BGB, nell'art. 1, comma 18°, della l. n. 76 del 2016 e nell'art. 2236 *Code civil* i quali aggiungono, rispettivamente, i *Lebenspartner*, le parti dell'unione civile e i *partenaires liés par un pacte civil de solidarité*).

(77) Così J. NEUNER, *op. cit.*, p. 292.

(78) V. in tal senso H. GROTHE, *op. cit.*, p. 290 s.

(79) In argomento, v. da ultimo G. DEPPENKEMPER, sub *§ 208 BGB*, in H. PRÜTTING, G. WEGEN e G. WEINREICH (a cura di), *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, cit., p. 336. V. anche quanto osservato *supra*, nt. 72.

(80) Con riguardo al trattamento dell'incapacità, sono immaginabili due opposte soluzioni estreme, quella – scelta per esempio dall'art. 2235 *Code civil* – secondo cui la prescrizione in linea di principio (salve eccezioni) non corre contro l'incapace in genere (soluzione giustificata in Francia alla luce dell'opportunità che chi non può agire personalmente non subisca le conseguenze negative di una eventuale inattività negligente del suo rappresentante: v. in tal senso A. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 689), e quella che evita di dedicare qualsivoglia specifica previsione a tale fattispecie. Nel diritto tedesco (sostanzialmente in linea con altri testi normativi, tra i quali spicca il modello probabilmente ancora più equilibrato dell'art. 14:305 *PECL*) troviamo una terza soluzione che sembra preferibile, in quanto il § 210 BGB ha un ambito di applicazione ristretto all'ipotesi in cui l'incapace sia privo di un rappresentante, opera con riguardo non solo alle pretese spettanti all'incapace ma anche a quelle altrui nei suoi confronti e inoltre contempla non una *Hemmung* ma una *Ablaufhemmung*; a ciò si aggiunge una *Hemmung* – che è invece una *Ablaufhemmung* nei *PECL* – della prescrizione delle pretesi intercorrenti tra incapace e suo rappresentante ai sensi dei n. 2-5 dell'Abs. 1 del § 207 BGB (per simili rilievi, v. R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1863 ss.). Il diritto italiano, nel n. 1 dell'art. 2942 e nei n. 2-4 dell'art. 2941 c.c., presenta un assetto tutto sommato simile, la cui maggiore criticità è integrata dalla mancata menzione dell'amministrazione di sostegno, nonostante che tale istituto sia divenuto il principale strumento di protezione degli incapaci maggiorenni, anche per le fattispecie più gravi. Pertanto, dovrebbe essere, caso per caso, il giudice tutelare con proprio provvedimento, ai sensi del comma 4° dell'art. 411 c.c., a estendere gli effetti sul corso della prescrizione previsti dalla legge solo con riguardo all'interdetto (e all'inabilitato nel comma 4° dell'art. 2941 c.c.) al beneficiario di amministrazione di sostegno, per il quale altrimenti le regole in discorso, a rigore, non dovrebbero valere: v. M. TESCARO, sub *art. 411 c.c.*, in A. ZACCARIA (a cura di), *Comm.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Le cause di interruzione, come già accennato, sono invece previste nel § 212 BGB e si riducono, dopo la *Schuldrechtsmodernisierung*, solamente a due: il riconoscimento del diritto da parte del debitore (82) e il compimento o la richiesta di atti esecutivi giudiziali o amministrativi (83). Nel caso di concorso di una causa di interruzione con una causa di sospensione, se la sospensione finisce dopo il prodursi del fatto che dà luogo a interruzione, si ritiene che il nuovo termine di prescrizione inizi a decorrere solo dalla fine della sospensione, sebbene di per sé sarebbe già spirato

---

breve dir. fam.[4], Milano 2020, p. 1031 s. In quest'ambito si segnalano peraltro alcune interessanti interpretazioni innovative della giurisprudenza: v. *infra*, nt. 89.

(81) Alla base del § 211 BGB, così come di simili regole contenute anche in altri testi normativi (si pensi, per esempio, all'art. 14:306 *PECL*, nel quale la principale differenza rispetto alla soluzione tedesca consiste in una *Ablaufhemmung* di un anno invece che di sei mesi), sta l'idea che la morte debba rilevare per il diritto della prescrizione similmente all'incapacità, perché, da un lato, la morte del debitore può rendere il creditore impossibilitato a far valere il suo diritto giudizialmente finché manchi un erede o un rappresentante dell'eredità e, dall'altro, in caso di morte del creditore, la pretesa, venendo a fare parte di una eredità, può, per gli stessi motivi, trovarsi priva di qualcuno che la eserciti: v. per tale spiegazione R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1866. Il diritto italiano (similmente a quello francese: v. l'art. 2237 *Code civil*) si limita invece a contemplare una particolare causa di sospensione per i soli rapporti giuridici intercorrenti tra l'erede e l'eredità accettata con beneficio d'inventario (art. 2941, n. 5, c.c.). L'assenza di una più ampia rilevanza sulla prescrizione dell'apertura della successione potrebbe giustificarsi alla luce dell'istituto della curatela dell'eredità giacente (artt. 528 ss. c.c.), attivabile per esempio e in particolare da un creditore il cui debitore sia defunto per soddisfarsi prontamente sull'eredità non ancora accettata e che dovrebbe assumere un ruolo centrale nel procedimento successorio italiano, anche se ciò non sempre accade nella prassi. Su questi temi, cfr. *amplius* M. TESCARO, Fiscus post omnes. *La posizione subalterna dello Stato erede nella dinamica della successione* mortis causa, Milano 2022, p. 98 ss.

(82) V. R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1870 ss., il quale sottolinea l'ampia diffusione a livello internazionale di una simile causa di interruzione, presente anche nell'art. 2944 c.c. (ove peraltro, a differenza del n. 1 dell'Abs. 1° del § 212 BGB, non è precisato espressamente che il riconoscimento deve avvenire *dem Gläubiger gegenüber* né è contenuto un elenco di esempi), evidenziando che per varie ragioni «renewal of prescription appears to be the natural consequence of an acknowledgement».

(83) V. ancora R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1873, il quale chiarisce come si tratti anche in questo caso di una regola consolidata a livello internazionale, visti tra gli altri l'art. 2244 *Code civil* e l'art. 2943, comma 1°, c.c. Si noti che il § 212, Abs. 3, BGB contiene una particolare previsione diretta a evitare che richieste inammissibili di compimento di atti esecutivi siano presentate al solo scopo di far decorrere un nuovo termine. Una previsione del genere non è presente nel diritto italiano, ai sensi del quale, del resto, a determinare il nuovo corso della prescrizione basta anche solo qualsiasi atto che valga a costituire in mora il debitore (art. 2943, comma 4°, c.c.). L'interruzione in esame ha comunque scarso significato pratico in Germania, in quanto la procedura esecutiva presuppone in linea di principio un titolo esecutivo, in presenza del quale i n. 3-5 dell'Abs. 1 del § 197 BGB contemplano un termine di prescrizione addirittura trentennale. V. al riguardo J. NEUNER, *op. cit.*, p. 293.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

prima di detta fine (84).

Interessante è pure il § 213 BGB, in cui si stabilisce espressamente che le varie cause (segnatamente: *Hemmung*, *Ablaufhemmung* e *Neubeginn*) che mutano il corso della prescrizione di una certa pretesa operano anche per le pretese con lo stesso fondamento e che siano accordate al titolare, a sua scelta, in aggiunta o in alternativa a essa, previsione questa da cui si ricava, con particolare riguardo alla garanzia per vizi nella vendita e nel *Werkvertrag*, che le citate cause in linea di principio incidono simultaneamente su tutti i rimedi contro i vizi (85).

Orbene, tra i meccanismi in precedenza esaminati, il più importante, nel diritto tedesco ma anche nel *DCFR* così come nei diritti di altri Stati europei, è indubbiamente la sospensione. Una notevole particolarità del BGB è, però, soprattutto il già segnalato rifiuto della introduzione di un termine massimo, limitativo pure della sospensione e dell'interruzione: si tratta di una scelta che parte della dottrina approva, sottolineando come sia così possibile tenere conto del diverso modo in cui i vari interessi del creditore possono in concreto atteggiarsi (86). D'altra parte, la citata scelta porta a chiedersi se la riforma del 2002 persegua davvero e fino in fondo l'obiettivo, pur enfaticamente dichiarato (87), di un abbreviamento dei termini (88).

In ogni caso, l'attenta considerazione degli interessi del creditore, anch'essi di fondamentale importanza nella disciplina della prescrizione, integra il più importante insegnamento, tra quelli desumibili dalle regole tedesche in tema di estensione della prescrizione, su cui occorre riflettere anche in relazione al nostro ordinamento giuridico.

Si rammenti infatti che le cause di sospensione italiane (innanzi tutto, quelle di cui agli artt. 2941 e 2942 c.c.) sono ancora considerate, dalla giurisprudenza assolutamente prevalente (89), eccezionali e conseguente-

---

(84) In tal senso, v. per esempio H. GROTHE, *op. cit.*, p. 294.

(85) V. a tale proposito F. JACOBY, *op. cit.*, p. 364 ss.

(86) Per questa opinione, v. H. GROTHE, *op. cit.*, p. 297.

(87) Cfr. per esempio H. BROX e W.-D. WALKER, *op. cit.*, p. 311.

(88) Se lo chiede, infatti, anche O. REMIEN, *op. cit.*, p. 385.

(89) V., tra le tante altre, Cass. civ., sez. II, ord. 14 gennaio 2022, n. 996, in *Contratti*, 2022, p. 416 ss., con nota di L. CASTELLI, *Opera d'arte priva di autenticità: rimedi a disposizione dell'acquirente e disciplina della prescrizione*; Cass. civ., sez. lav., 24 maggio 2021, n. 14193, in *One legale*; Cass. civ., sez. lav., 11 settembre 2018, n. 22072, in *One legale*. Non mancano peraltro alcune pronunce di segno contrario. Tra le altre, v. Trib. Roma 5 settembre 2011, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, p. 825, la quale si è spinta ad affermare che «l'art. 2942 c.c., che regola la sospensione della prescrizione per la condizione del titolare, è applicabile analogicamente in caso di amministrazione di sostegno, con la conseguenza che la prescrizione dei diritti di cui è titolare l'amministrato rimane sospesa per i sei mesi successivi alla

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mente non applicabili in via analogica, ciò che conferma l'idea di un sistema tendenzialmente rigido, nonostante che un poco più flessibile appia la nostra disciplina dell'interruzione (90).

In un sistema così rigido è probabile che i giudici finiscano per intervenire portando in via meramente pretoria maggiore elasticità, come dimostrato con particolare chiarezza dall'esempio della Francia, ove la giurisprudenza, molto prima della riforma del 2008, superò, di fatto, la tassatività delle cause di sospensione richiamandosi, in relazione a varie fattispecie concrete, in un'ottica sostanzialmente equitativa, alla massima dell'*ancien droit contra non valentem agere non currit praescriptio* (91).

Una simile evoluzione è rimasta, però, estranea alla giurisprudenza italiana, che può dirsi in larga prevalenza timida, perché caratterizzata da un oltremodo formalistico rispetto per le previsioni di legge, oppure, quando tenta di elaborare soluzioni più flessibili, priva di sistematicità (92). Che un disegno unitario dotato di coerenza sistematica possa provenire dal potere giudiziario è, del resto, assai arduo per non dire inopportuno, essendo detto potere, come naturale, chiamato a decidere solo sulle specifiche controversie di volta in volta sottoposte al suo esame.

---

nomina dell'amministratore di sostegno». Su questa decisione, v. anche le osservazioni parzialmente critiche di T. BONAMINI, *Sospensione della prescrizione, per il caso di nomina dell'amministratore di sostegno*, *ivi*, p. 826 ss. Sempre con riferimento alla tutela delle persone prive di autonomia (e specialmente dei soggetti affetti da Alzheimer), un altro assai interessante esempio di interpretazione innovativa diretta nella sostanza ad allungare i termini di prescrizione è dato da A.B.F., Coll. Roma, 3 febbraio 2021, n. 2578, in *Nuova g. civ. comm.*, 2021, I, p. 323 ss., con commento adesivo di G. MAGRI, *Alzheimer e sospensione della prescrizione: l'ABF sospende il decorso della prescrizione anche al malato di Alzheimer non interdetto*.

(90) V. in tal senso F. RANIERI, *op. cit.*, p. 337 s. È particolarmente interessante dal punto di vista in discorso Cass. civ., sez. III, 18 gennaio 2011, n. 1084, in *Corr. giur.*, 2011, p. 490, con nota di A. DI MAJO, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*. Cfr. altresì, da ultimo, con particolare riguardo al comma 1° dell'art. 1310 c.c., Cass. civ., sez. un., 27 aprile 2022, n. 13143, in *Nuova g. civ. comm.*, 2022, II, p. 1072 ss., con commento di S. BALBUSSO, *Spunti critici in tema di solidarietà debitoria e interruzione della prescrizione*, *ivi*, p. 1065 ss.

(91) V. al riguardo, tra gli altri, F. RANIERI, *op. cit.*, p. 346 ss.

(92) Un simile giudizio è condiviso da F. RANIERI, *op. cit.*, p. 349 ss., al quale ciò appare ancora più criticabile considerato come, nella disciplina italiana, non manchino appigli testuali per elaborare soluzioni diverse, quali la causa di sospensione («tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto») di cui al n. 8 dell'art. 2941 c.c. (interpretata però quasi sempre, dalla giurisprudenza, in modo estremamente restrittivo). Significativamente, l'A. conclude la sua brillante indagine in argomento sottolineando come vi siano studiosi italiani che hanno suggerito applicazioni più flessibili (o addirittura una riforma) nonché auspicando che queste opinioni possano essere finalmente prese in considerazione dalla Cassazione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4. – L'indagine del diritto della prescrizione tedesco in un contesto più ampio, in questa sede condotta con particolare riguardo a termini, decorrenze e cause di estensione, ci porta a concludere che non si è ancora compiutamente formato un modello di riferimento a livello europeo, ammesso e non concesso che sia possibile arrivare a un simile esito (93).

Paesi come l'Italia, che dovrebbero indubbiamente imboccare la via di un ammodernamento, non possono, pertanto, limitarsi a recepire un siffatto modello, bensì debbono fornire un proprio contributo anche originale al dibattito (94). È pertanto apprezzabile che le riflessioni dottrinali italiane, in questo ambito tradizionalmente scarse (almeno rispetto ad altri settori del diritto privato), siano negli ultimi anni aumentate notevolmente (95).

---

(93) V., con particolare riguardo al Regno Unito e alla riforma della *limitation of actions* proposta nel 2001, in Inghilterra e Galles, dalla *Law Commission*, H. BEALE, *op. cit.*, p. 45 ss. e specialmente 49, secondo il quale, se certamente sussistono tendenze generali comuni, è appunto facile riscontrare, tra i diversi ordinamenti giuridici, anche significative differenze di carattere altrettanto generale, riguardanti soprattutto: la maggiore o minore durata del termine ordinario; aspetti dell'istituto strettamente collegati a caratteristiche di fondo, sostanziali o processuali, dei vari sistemi; nonché la tecnica di formulazione dei testi normativi, nel Regno Unito – com'è noto, anche al di fuori di questa materia – più ampi e dettagliati di quelli propri, tradizionalmente, dei diritti continentali.

(94) Per un simile modo di ragionare, sia pure incentrato sul diritto tedesco, v. O. REMIEN, *op. cit.*, p. 401 s., il quale, osservato proprio come nella evoluzione europea in materia di prescrizione siano riscontrabili una notevole convergenza ma anche non trascurabili divergenze, sostiene che talune deviazioni compiute dalla disciplina tedesca del 2002 rispetto al modello contenuto nei *PECL* (e, successivamente, nel *DCFR*) siano pienamente giustificate, oltre che per vari motivi concernenti le singole questioni, anche perché simili progetti europei e internazionali, pur essendo utili anche dal punto di vista dell'ammodernamento dei singoli ordinamenti giuridici nazionali, non è detto che debbano essere seguiti in ogni dettaglio. L'A. evidenzia pertanto, in conclusione, che il diritto della prescrizione richiede di cercare un bilanciamento tra certezza del diritto (*Rechtssicherheit*) e giustizia (*Gerechtigkeit*) ma anche che la soluzione ideale non è ancora stata trovata, essendo la relatività una caratteristica del tempo così come della prescrizione. V., inoltre, P. ANCEL, *op. cit.*, p. 32, secondo il quale, in materia di prescrizione, si tratta di bilanciare certezza del diritto, che richiederebbe regole semplici, chiare e rigorose, e giustizia, che richiederebbe invece di edulcorare il rigore in considerazione del particolare atteggiarsi di ogni fattispecie concreta; ma, secondo tale A., non si può sostenere che questi obiettivi siano raggiunti sempre con gli stessi mezzi, precisamente la certezza con pochi e brevi termini e la giustizia con una certa flessibilità in materia di decorrenza, sospensione e interruzione, oltre che con la possibilità di accordi derogatori rispetto alla disciplina legale. Se si considerano, infatti, tutti questi aspetti nel dettaglio, è dato cogliere, tra i diversi ordinamenti giuridici, differenze ragguardevoli, e così anche il diritto francese, se pure può dirsi generalmente in armonia con le tendenze internazionali ed europee, certamente conserva le sue particolarità, in relazione sia alla determinazione dei termini (ove prevale la certezza) sia al meccanismo della prescrizione (ove sono stati invece introdotti significativi elementi di flessibilità).

(95) Tra le numerose altre opere, v. C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 507 ss.; S. PATTI, *Possesso e*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il nostro attuale termine ordinario di prescrizione, peraltro, essendo decennale, non può dirsi breve ma nemmeno lunghissimo, a maggior ragione se comparato con i tradizionali termini ordinari trentennali dei diritti tedesco e francese prima delle rispettive riforme. Da questo particolare punto di vista, si può comprendere, almeno in parte, come la modifica del diritto della prescrizione sia potuta sembrare, in Italia, meno urgente che altrove.

Abbiamo in ogni caso verificato che una generale incidenza sul corso della prescrizione della eventuale ignoranza incolpevole, in capo al titolare del diritto, delle circostanze fondamentali per esercitarlo potrebbe essere in futuro sancita esplicitamente pure nella legislazione italiana, auspicabilmente adottando la soluzione dei *PECL*.

Anche una sospensione per forza maggiore (o simile nozione) è uno strumento che occorrerebbe introdurre, soprattutto ove si decidesse di abbreviare il termine ordinario di prescrizione e al tempo stesso di assegnare generale rilevanza ai più importanti impedimenti di mero fatto.

Sarebbe inoltre utile una *Hemmung* o meglio ancora una semplice *Ablaufhemmung* per le trattative tra le parti, in ossequio all'obiettivo più generale da tempo perseguito anche dal diritto italiano di favorire la soluzione stragiudiziale delle controversie (96).

Simili regole sono applicative del principio di buona fede, il quale potrebbe di per sé giustificare alcune soluzioni flessibili pure nel diritto italiano attualmente vigente, ma l'introduzione di una disciplina dettagliata è preferibile per limitare le dispute interpretative (97).

Nell'attesa di una riforma organica, una soluzione tutto sommato plausibile per il nostro ordinamento giuridico potrebbe peraltro anche essere il mantenimento in linea di massima della disciplina attuale, da un lato tornando ad alcune interpretazioni rigorose dei primi decenni di vigenza del Codice civile e dall'altro aggiungendovi elasticità attraverso un potere discrezionale del giudice del tipo di quello di cui si discute nel Regno Unito (98) e di cui si era di fatto appropriata la giurisprudenza

---

prescrizione. Le nuove problematiche, Padova 2012, p. 135 ss.; S. MAZZAMUTO (a cura di), *Tempo e diritto. Atti della giornata di studi in memoria di Paolo Vitucci*, Napoli 2010, *passim*.

(96) Si pensi, da ultimo, al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – PNRR (liberamente accessibile alla pagina web *https://italiadomani.gov.it*) che, in tema di riforma della giustizia (p. 56 ss.), si ripromette non solo di «assicurare "rimedi giurisdizionali effettivi" per la tutela dei diritti, specie dei soggetti più deboli» ma anche di «arrestare sin d'ora il trend in crescita della domanda di giustizia».

(97) Per un simile ragionamento, v. R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, p. 1862.

(98) V. H. BEALE, *op. cit.*, p. 52 s., il quale sottolinea che, nella riforma della *limitation of actions* proposta nel 2001, in Inghilterra e Galles, dalla *Law Commission*, con riguardo ai

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

francese prima del 2008 creando una sorta di *restitutio in integrum* atipica (v. *supra*, par. 3), che in Italia potrebbe fondarsi sul principio di autoresponsabilità, come altrove si è tentato di sostenere (99). È comprensibile che una soluzione di tal fatta sia assai ardua da accettare per una mentalità giuridica come la nostra, che finisce peraltro per giungere nella prassi a un esito di quel tipo, sia pure disordinatamente, cioè senza il coraggio o l'onestà intellettuale di esplicitarlo.

Tutto ciò considerato, non ci rimane che continuare a invocare una riforma, con ogni probabilità inutilmente almeno per quanto concerne il prossimo futuro (100).

---

casi di danno alla persona (*personal injury*) non sussiste alcun termine finale (bensì solo un termine ordinario triennale con decorrenza soggettiva) ed è persino concesso al giudice il potere discrezionale di ritenere esperibile un'azione *out of time*.

(99) V. M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità*, cit., p. 49 ss.

(100) Stupisce non poco e al tempo stesso giustifica un certo pessimismo il fatto che il disegno di l. 19 marzo 2019, n. 1151, presentato al Senato della Repubblica dal Presidente del Consiglio dei ministri Conte di concerto con il Ministro della giustizia Bonafede (per un sintetico esame, v. L. BALESTRA, V. CUFFARO, C. SCOGNAMIGLIO e G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 589 ss.), pur intendendo ammodernare ampiamente e con riguardo a numerosi istituti il Codice civile, abbia trascurato la prescrizione. Tale scarso interesse per la nostra materia trova, peraltro, precedenti dottrinali autorevoli, ma non per questo meno criticabili: si pensi all'approfondita discussione sulla generale riforma del diritto delle obbligazioni italiano raccolta nel fasc. n. 6 del 2006 di questa *Rivista*, discussione che ha a sua volta trascurato la prescrizione (considerata invece, vale la pena di ribadire, centrale e anzi prioritaria proprio per l'ammodernamento del più generale diritto delle obbligazioni sia in Germania sia in Francia). In linea di massima positiva può invece considerarsi, da ultimo, la circostanza che un'apposita Commissione di studio della *Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile* (*S.I.S.Di.C.*) sta predisponendo un articolato progetto per la riforma della prescrizione e della decadenza, progetto questo che non è stato peraltro ancora reso pubblico e sul quale non è pertanto possibile formulare un giudizio approfondito in questa sede.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

FLORIANO D'ALESSANDRO
Emerito dell'Università di Roma "La Sapienza"

RUMORE
(OVVERO: COME LA PSEUDO-SCIENZA STIA SOFFOCANDO LA SCIENZA VERA)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un ricordo didattico. – 3. Diffusione del sapere a costi decrescenti. – 4. I riflessi sul mondo degli studi. – 5. Segue: l'accumulazione diacronica. – 6. Le conseguenze: il dilettantismo forzoso e la legge di Gresham. – 7. Segue: la specializzazione. – 8. Lo studioso accademico del terzo millennio ed il professor Ippolit Ippolitic'. – 9. L'inevitabile e l'evitabile.

"*Mai prima, nella storia dell'umanità, tanti hanno scritto così tanto pur avendo così poco da dire a così pochi*" (Mats Alvesson)

"*Non appena esaminiamo un argomento qualsiasi, rischiamo di soffocare nell'enorme quantità di materiale che in ogni campo è a nostra disposizione*" (Thomas Bernhard)

"*L'enorme moltiplicarsi dei libri in ogni ramo dello scibile è uno tra i peggiori flagelli dell'età nostra, uno dei più seri ostacoli al raggiungimento d'ogni conoscenza positiva*" (Edgar Allan Poe)

1. – Il titolo è mutuato da un libro recente del premio Nobel Daniel Kahneman, ma è qui inteso in senso diverso.

Scopo di queste note è dare voce al disagio che prova un vecchio studioso a causa dei mutamenti subiti dal suo lavoro dai remoti esordi di oltre sessanta anni fa ad oggi.

Si tratta, presumibilmente, di uno stato d'animo che dovrebbe essere condiviso da molti colleghi, almeno tra i più anziani. Ma esso, tuttavia, non è manifestato pubblicamente, per quanto io ne sappia, né in modo diretto, né, forse, attraverso il suggerimento o l'attuazione di rimedi. Nulla, comunque, di adeguato a quanto la sua importanza indurrebbe ad attendersi.

Ciò suscita in chi scrive il dubbio che possa trattarsi (per dirla alla Gadda) di "bizze di un professore in congedo".

È anche nella speranza di essere aiutato a capire se è davvero così che questo sfogo è stato scritto.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

2. – Quando il professore in parola ancora insegnava, era solito inaugurare i suoi corsi universitari (allora annuali) con un discorsetto pressappoco del seguente tenore.

La parola "università" è l'equivalente volgare del latino "*universitas*", che significa "gruppo, associazione di persone". L'istituzione è molto antica, risale almeno all'undicesimo secolo; molto prima, dunque, dell'invenzione della stampa a caratteri mobili, che invece ebbe luogo, come tutti sanno, alla metà del quindicesimo secolo. Il procedimento messo a punto da Gutenberg si diffuse assai rapidamente ovunque e deve essere considerato come il primo (o uno dei primi e più importanti) fenomeno di produzione in serie (1). Conseguentemente, il libro divenne un prodotto industriale, con la correlativa, drastica riduzione del suo costo (ma su questa epocale vicenda tornerò fra breve).

Prima di allora, il libro era manoscritto ed era un articolo di gran lusso, dal costo proibitivo, che ben pochi si potevano permettere. Gli studenti avevano pertanto convenienza ad associarsi per assoldare un professore, il quale, in possesso del Libro, ne dava "lettura" ("*lectio*", d'onde la nostra parola "lezione") al gruppo dei discenti.

Il rigore storico di questa ricostruzione può lasciare a desiderare (2). Ma la sua tenuta di massima resta sufficiente a sorreggere la tesi che mi premeva di prospettare ai miei studenti: non è di alcuna utilità farsi ripetere a voce dal professore cose che si possono ormai trovare, anche dette meglio, in uno dei molti manuali della materia che chiunque può acquistare a prezzo facilmente accessibile. Se al docente universitario (almeno a quello delle nostre discipline) si vuole conservare un ruolo, questo non può essere quello di "lettore" del libro, magari scritto da lui stesso. A siffatta premessa seguiva poi l'illustrazione del c.d. "metodo di Harvard", al quale sarebbe stato improntato il corso: discussione di sentenze, codice alla mano, fra gli studenti e con il professore. Che poi mi sembrava e mi sembra anche il miglior modo di interpretare il grande retaggio socratico.

---

(1) Quanto alla diffusione della stampa a caratteri mobili, risulterebbe che nell'anno 1500, ossia dopo mezzo secolo, la nuova industria tipografica era ormai presente in almeno duecentocinquanta città europee: cfr. P. BURKE, *Il rinascimento europeo-Centri e periferie*, Milano 2022, p. 73.

(2) V. tuttavia W. SOMBART, *Il capitalismo moderno*[2], Torino 1967 (ma 1916), p. 573: «Da ora in poi tutto il sapere [tecnico] è *oggettivato* ... Non vi è più quindi trasmissione del sapere da maestro a maestro, non vi sono più forme di "istruzione" personale (...), il sapere al contrario è trasmesso da dotti, i raccoglitori ed amministratori del sapere oggettivo, agli studiosi che se ne possono anche impadronire direttamente attraverso i libri: il posto dell'"insegnamento" è preso dallo "studio"» (corsivo nell'originale).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3. – Devo indugiare un poco sul tema del costo dei libri. Quantunque si tratti di cose risapute, e quantunque io non sia in grado di trattarne in modo scientifico, richiamare l'attenzione su qualche dato, anche quantitativo, potrà essere utile a mettere meglio a fuoco le dimensioni del fenomeno.

Di rilevante interesse sono le notizie che uno storico illustre ci fornisce circa alcune biblioteche private (è importante ricordare che allora non esistevano biblioteche pubbliche) (3) di cospicui personaggi pavesi del XIV secolo, professori del locale ateneo o avvocati (4). Si trattava di raccolte comprendenti poche decine di volumi (30/40). Il prezzo medio di un libro di diritto era di 25-30 fiorini, equivalenti a quanto spendeva per vivere una persona di ceto medio in un anno e quattro mesi. È come se oggi una copia della Divina commedia costasse trentamila o quarantamila euro (il reddito medio pro-capite in Italia nel 2021 è stato di USD 35.551).

Dopo di allora, il progresso tecnico incessante e sempre più rapido ha eroso quei costi in ogni possibile direzione.

E, quantunque si tratti ancora una volta di cose notissime, non sarà del tutto inutile ricordarle, almeno per rapidi cenni.

La prima, rivoluzionaria vicenda è, l'ho già detto, l'invenzione di Gutenberg, la quale, la si voglia o no considerare "il più grande avvenimento della storia umana" (5), dalla metà del Quattrocento dà comunque l'avvio a molti dei fenomeni che più hanno contribuito a dare al mondo la fisionomia onde oggi lo conosciamo. E adesso non mi riferisco più solo, né tanto, alla produzione in serie, ma soprattutto alla c.d. industria culturale (6), agli istituti della proprietà intellettuale (7), ai c.d. mezzi di comunicazione di massa, in particolare ai giornali, se non pure, come pensa qualcuno, addirittura alla riforma protestante, nonché alla Guerra dei trent'anni ecc.: a

---

(3) Sembrerebbe, tuttavia, che i dotti non avessero difficoltà ad accedere alle biblioteche dei conventi e che inoltre usassero prestarsi reciprocamente le opere (v. per es. P. BURKE, *op. cit.*, p. 39 e p. 45, ove si riferisce tra l'altro il lamento di Poggio Bracciolini, che non era riuscito dopo dieci anni ad ottenere la restituzione del Lucrezio prestato a Niccolò Niccoli; per un simile episodio, questa volta tra il Filelfo e Francesco Barbaro e relativo a un Plotino, v. E. GARIN, *La rinascita di Plotino*, ora in ID., *Rinascite e rivoluzioni. Movimenti culturali dal XIV al XVIII secolo*, Milano 2022, p. 99 s.).

(4) C.M. CIPOLLA, *Civiltà e prezzi*, in ID., *Moneta e civiltà mediterranea*, Bologna 2020, p. 95 ss., a p. 102 ss.

(5) V. HUGO, *Notre Dame de Paris*, libro V.

(6) V. p. es. U. ECO, *Apocalittici e integrati*, Milano 1964, p. 8 e *passim.*

(7) F.H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *Univ. of Chicago Legal Forum*, 1996, p. 207 ss., a p. 208.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

conferma del resto della tesi di Marshall McLuhan secondo la quale l'avvento di una nuova tecnica di comunicazione modifica i rapporti sociali (8).

Da allora, quella tecnica ha fatto ancora moltissima strada. Un abisso separa il torchio di legno di Gutenberg dalle macchine contemporanee (basti pensare alle "rotative" usate per i giornali e le riviste). L'elettronica ha nel contempo rivoluzionato l'attività di composizione, riducendo drasticamente l'intervento umano. Contributi di grande importanza sono venuti pure dall'industria cartaria, già con l'invenzione, alla fine del Settecento, della macchina continua in piano, nonché con l'impiego di nuove materie prime (9).

L'ultimo stadio di questa evoluzione lo abbiamo sotto gli occhi. L'informatica, la telematica, *internet* hanno dematerializzato il testo scritto. Documenti, giornali, riviste sono pubblicabili e consultabili liberamente, senza costi o con costi minimi. Ed i filosofi discutono ormai di "documanità" e vi vedono, non a torto, una nuova rivoluzione, quella *paperless*, cinque secoli dopo quella gutenberghiana (10).

4. – Nell'affrontare la questione dell'influenza che le tecniche di comunicazione del sapere e la loro evoluzione hanno spiegato sul mondo degli studi, è indispensabile circoscrivere anzitutto il campo. Le esigenze, i metodi, il tipo di risultati, le modalità di esposizione e comunicazione sono diversissimi a seconda che si tratti di scienze sociali, di discipline umanistiche, di scienze naturali o "dure" (come oggi piace dire), di scienze formali quali la matematica, la logica, la geometria. Occuparsi di tutto sarebbe impossibile in una sede come questa, e forse non avrebbe neanche senso. In ogni caso, trascenderebbe le possibilità di chi scrive, le cui cognizioni ed esperienze non vanno al di là di un po' di diritto. È con riferimento prevalente, quantunque non esclusivo, a quest'ultima disciplina che vanno quindi intese le considerazioni che seguono.

---

(8) Come tutti sanno, la prima pubblicazione di Gutenberg fu la Bibbia, nella traduzione latina. Qualche decennio più tardi, grazie alla sua invenzione poteva esser pubblicata e diffusa con una certa larghezza la traduzione tedesca di Martin Lutero. La tesi è che il libro prodotto in serie e a buon mercato (nonché scritto in volgare) avrebbe fatto saltare l'intermediazione della Chiesa di Roma tra i credenti e le Scritture. Su ciò v. per es. F. DEBENEDETTI, *Fare profitti*, Venezia 2021, p. 181.

(9) Gravita in gran parte intorno a questa vicenda, come si ricorderà, il romanzo, in parte autobiografico, di Balzac "*Illusioni perdute*".

(10) M. FERRARIS, *Documanità – Filosofia del mondo nuovo*, Bari-Roma 2021. Secondo questo scrittore, oggi muoviamo verso una realtà in cui tutti gli atti della vita di ciascuno lasciano traccia documentale nel *web*, l'infosfera che registra tutto e che, a differenza dei vecchi *media*, non veicola informazioni dai pochi ai molti, ma da tutti verso tutti.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nei cinque secoli abbondanti (un tempo che può sembrare lungo, ma che in realtà è brevissimo se rapportato all'intera storia umana) che ci separano dalla svolta epocale gutenberghiana, assistiamo al graduale sviluppo di alcuni importanti fenomeni e alla nascita di altri, variamente collegati con quella svolta o da essa causati.

Nei termini molto sommari che si addicono a questa sede e, ancor più, alla universale notorietà delle cose che sto per dire, segnalerei il cammino parallelo da un analfabetismo di massa ad un alfabetismo parimenti di massa, da un lato, e un incremento esponenziale del materiale pubblicato, ossia della carta stampata, dall'altro lato (11). A ciò segue naturalmente una crescita delle biblioteche private degli studiosi e, ben presto, anche la nascita, o almeno la diffusione, di una nuova, fondamentale istituzione: la biblioteca pubblica (sostanzialmente a partire dal XVII secolo).

Non sono in grado di fornire elementi quantitativi precisi. Posso dare solo notizie a campione spigolate qua e là, di cui spesso ho dimenticato la fonte. Spero di poter contare sull'indulgenza del lettore, grazie anche all'importanza marginale e prevalentemente esemplificativa dei dati in questione ai fini che qui interessano.

Pare che Dante possedesse 76 volumi (12). Di Leonardo si conoscono 116 libri (ma egli si dichiarava uomo "sanza lettere", perché ignorava il latino). 161 se ne attribuiscono a Spinoza. Al grande erudito don Ferrante, Alessandro Manzoni assegna la proprietà di "quasi" 300 volumi (ma altrettanti se ne attribuiscono già a Petrarca). Circa 500 sono quelli di Galileo e altrettanti quelli di Kant. Ma già Montaigne pare possedesse pressappoco cinquemila libri, e presto arriviamo ad uno studioso dilettante di provincia, il conte Monaldo Leopardi, possessore di una biblioteca, ancora esistente, di circa ventimila volumi.

Siamo così giunti a ieri, cioè al XIX secolo. Nei successivi duecento anni la marea è salita ancora ed ha assunto ormai dimensioni mostruose. Per darne un'idea, è sufficiente dire che in Italia nel 2019 sono stati

---

(11) La qualità di "anziano analogico" dell'autore di queste pagine lo induce ad occuparsi qui prevalentemente di questo, ossia della carta stampata. Le considerazioni svolte intorno alla sterminata crescita della letteratura "scientifica" valgono naturalmente *a fortiori* quando si voglia, come si deve, tener conto anche della rivoluzione digitale in atto, non meno importante di quella gutenberghiana e a questa assimilabile, dal punto di vista che qui interessa, in virtù del fattore comune fondamentale costituito dalla maggiore facilità e dai minori costi della comunicazione del sapere.

(12) Sulla sua biblioteca è stata recentemente organizzata una mostra dall'Accademia dei Lincei.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pubblicati 86.475 titoli, 237 al giorno, quasi 10 ogni ora (13).

È difficile, almeno per me, stabilire quanta parte di questi libri abbia carattere specificamene giuridico e quanta parte, pur non avendo quel carattere, sia comunque di rilevante interesse per il giurista, perché attinente a disciplina affine (sociologia, economia, storia, politica, filosofia ecc.) o per altre ragioni (14).

Ciò che deve essere in ogni caso considerato è almeno che, in primo luogo, ai libri veri e propri devono essere aggiunte le pubblicazioni periodiche (riviste, cartacee ed informatiche, e simili), in numero di circa trecento, e dunque di millecinquecento o duemila fascicoli all'anno (circa quattrocentomila pagine?); e che, in secondo luogo, non è dato prescindere da ciò che avviene in un certo numero di ordinamenti di altri paesi, quelli più importanti o più vicini, nonché nell'Unione europea, con la conseguenza tendenziale che le grandezze con le quali occorre fare i conti sono in realtà un multiplo di quelle sopra indicate (15).

Il mio analfabetismo informatico mi impedisce di reperire il numero delle riviste spogliate da *Google Scholar*. Per quanto riguarda il *Web of Science* (peraltro considerato più selettivo), esse sarebbero 13.200, di cui 3.000 relative al sotto-settore delle scienze sociali (16).

---

(13) Fonte: Istat. Aggiunge G.L. Beccaria, *In contrattempo*, Torino 2022, p. 71, che il 30% dei volumi pubblicati non vende neppure una copia.

(14) Riferisco tuttavia, per quanto possa valere, una notizia di stampa (dalla *Lettura*, supplemento settimanale del *Corriere della sera*, del 30 giugno 2018). Nei primi sei mesi di quell'anno furono pubblicati 766 volumi di filosofia. Dunque per una sola disciplina (presumibilmente coltivata da un numero di persone più ristretto di quello di coloro che si occupano di diritto), in una sola lingua (certamente non tra le più importanti), 1532 libri in un anno, pari a 4, 2 al giorno.

(15) Nel censimento dei "materiali" andrebbe poi tenuto conto anche dei vari congressi, convegni, seminari, tavole rotonde ecc., i cui atti poi non sempre sono pubblicati (e dunque si traducono in carta stampata) e, quando lo sono, escono perlopiù con grande ritardo. Si tratta dunque, tendenzialmente o provvisoriamente, di una forma di trasmissione orale del sapere, avente, tra l'altro, e almeno in teoria, l'assai importante funzione di facilitare l'incontro e il dialogo tra gli studiosi. Nella realtà, avviene spesso che le finalità perseguite siano prevalentemente altre, mentre anche qui si registra un fenomeno inflattivo, con il conseguente scadimento della qualità. E sulle facce del pubblico, afflitto dalle estemporanee divagazioni dell'oratore di turno, sembra spesso di leggere la frase di Louise de Vilmorin: «il parle sans cesse, avec trop de salive e pas assez d'idées». Si deve inoltre in proposito registrare un fenomeno importante. È a tutti noto che gli strumenti informatici e telematici oggi disponibili consentono di "incontrarsi" in rete a più persone pur situate in città o paesi differenti. Ciò ha tra l'altro reso possibile tenere convegni scientifici a costi enormemente più bassi, non occorrendo pagare spese di viaggio e di alloggio ai partecipanti, o almeno ai relatori, provvedere locali ecc. Il fenomeno – che può in qualche modo considerarsi un *pendant*, in altro campo, di quello gutenberghiano – ha moltiplicato a dismisura, sospinto anche dalla recente pandemia da Covid 19, pure questa forma di comunicazione.

(16) D. Archibugi, *L'apprendista stregone*, Roma 2022, p. 136.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

5. – I dati quantitativi che ho sopra riferito rischiano di perdere buona parte del pur limitato e generico significato che possono avere se non sono inseriti in una prospettiva diacronica. Poco monta sapere quanto materiale esce in un anno se non è noto quanti siano gli anni da considerare.

Nell'affrontare questo aspetto della questione, mi sembra opportuno sottolineare una (peraltro ovvia) diversità che sussiste, almeno tendenzialmente, tra la nostra disciplina (o, forse, in genere tra le scienze umane) ed altre (quelle naturali e quelle formali). In queste ultime sembra esserci ormai una sorta di validazione collettiva dei trovati. Questi vengono a mano a mano proposti, con indicazione degli esperimenti empirici o delle dimostrazioni deduttive formali che li dovrebbero corroborare. Dopo un certo tempo, si forma nella comunità scientifica specifica un apprezzamento diffuso, che stabilisce se la tesi è fondata oppure no. Se il responso è positivo, essa diviene un elemento che va ad integrare l'edificio di quella disciplina, rendendolo sempre più articolato e complesso, ma anche provocando però, all'occorrenza, l'espulsione di eventuali tesi preesistenti contrarie alla nuova o con essa incompatibili. Dunque una sorta di ricambio delle "cellule" conoscitive, con caduta di quelle morte e loro sostituzione con quelle nuove, più solidamente fondate. Per ricorrere ad un esempio molto banale: dopo un po', è prevalsa l'idea che la terra sia tonda, e così il c.d. terrapiattismo è scomparso tra gli astronomi di professione (che non si vogliano candidare al ricovero in una casa per la cura delle malattie mentali).

Nelle scienze giuridiche non è mai stato così. Non disponendo di strumenti euristici altrettanto taglienti (il calcolo, logico o matematico; l'esperimento empirico), il ricambio delle cellule conoscitive avviene con assai maggiori difficoltà o non avviene affatto.

Non vi è perlopiù una selezione "darwiniana" delle tesi fondate, una loro inserzione nel *corpus* della disciplina con la caducazione definitiva di quelle infondate. Tutto e tutti galleggiano e tutto e tutti convivono col loro contrario: tolemaici e copernicani, terrapiattisti e non, tendenzialmente con lo stesso *status* e la stessa aspirazione alla dignità dell'uomo di scienza e del prodotto scientifico.

Insomma: se è vero, come vuole Karl Popper, che il carattere distintivo di una affermazione scientifica è la sua "falsificabilità" (ossia l'esistenza di procedimenti rigorosi ed univoci capaci di dimostrare all'occorrenza che essa non è fondata), allora le tesi del giurista hanno effettivamente assai poco di scientifico. Una volta formulate, esse restano là. Fanno parte irreversibilmente ed eternamente, almeno per quanto attiene all'ordinamento cui si riferiscono, dell'arredamento dello scibile, assieme, naturalmente, con quelle di segno assolutamente contrario.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È stato sempre così. Tanto è vero che quando la distanza tra la norma, la giurisprudenza teorica e quella pratica (come diremmo adesso) era minore, l'imperatore Valentiniano III, come tutti ricordiamo, dettava (426 A.D.) una costituzione (la c.d. legge delle citazioni) per limitare tendenzialmente la possibilità di valersi in giudizio dell'autorità di celebri giuristi a cinque scrittori soltanto: Gaio, Modestino, Paolo, Papiniano e Ulpiano (17).

Una legge sulle citazioni, magari anche non scritta, non sarebbe oggi pensabile, neppure se articolata in sezioni per tenere conto delle diverse e sempre più numerose branche dell'universo giuridico e legislativo.

L'oceano di materiali (già normativi, e poi, conseguentemente) interpretativi sembra destinato a restare indifferenziato e privo di gerarchie interne. L'opinione del grande e celebrato Maestro è posta accanto, e sullo stesso piano, al compitino dovuto al neo-laureato esordiente (18).

Né varrebbe obiettare che l'accumulo diacronico dei testi, teorici e pratici, possa essere temperato dal fenomeno della sempre più rapida riduzione della vita media delle norme (19). È vero che viene alla mente la frase citatissima di Julius von Kirchmann (*Die Werthlosigkeit der Juri-*

---

(17) In proposito non si può non ricordare il divieto, quantunque diverso e ispirato a motivi diversi, di citare autori giuridici fatto adesso al nostro giudice civile (art. 118, comma 3°, disp. att. c.p.c.).

(18) «Si sta ottundendo la capacità di discernimento tra ciò che conta e ciò che è superfluo, tra ciò che è mezzo, mercanzia, e ciò che è sostanza. È il trionfo dell'indistinzione. Una purea universale» (G.L. BECCARIA, *op. cit.*, p. 46 s.).

Sui c.d. Maestri (con l'iniziale maiuscola, come è d'uso scrivere) vi sarebbe molto da dire. Un tempo le figure eminenti avevano maggiore spicco e risalto, anche fuori del ristretto ceto degli addetti ai lavori (e quantunque, specie nel secondo caso, la fama apparisse a volte legata più alla paternità di opere generali, diffuse ed apprezzate allora soprattutto per le doti di chiarezza, ordine, completezza informativa, sintesi ecc., che a quella di contributi monografici di particolare originalità ed importanza scientifica). Oggi, la dilatazione dei numeri, la polverizzazione specialistica, la stessa rarefazione dei talenti enciclopedici e "generalisti" rendono più difficile l'emergere di personalità dominanti e la costruzione di vaste notorietà (un caso a parte è, naturalmente, quello dei penalisti, o, più esattamente, dei cultori accademici del diritto penale che esercitano anche la professione di avvocati: la diversità si deve, come è evidente, all'ampia risonanza pubblica delle vicende criminali, o almeno di alcune di esse).

Si registra per contro, come tutti sappiamo, il diffondersi di tentativi intesi a individuare criteri para-oggettivi atti a suddividere i contributi di ricerca in categorie disposte lungo una scala ordinale parametrata a seconda della maggiore o minore rilevanza scientifica. Ma su ciò dovrò tornare più avanti.

(19) Compare ora nel testo il riferimento alla giurisprudenza. Il tema richiederebbe trattazione a sé. Qui basti segnalare che anch'essa fa registrare una crescita impressionante, sia in assoluto, sia perché cresce la percentuale delle decisioni che sono rese accessibili al pubblico degli studiosi, non solo attraverso le riviste cartacee, ma anche, in misura sempre crescente, fruendo dell'informatica. A quanto risulta da notizie di stampa, anzi, sembrereb-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sprudenz als Wissenschaft), secondo la quale «basta una parola del legislatore per mandare al macero intere biblioteche». Ed è vero che quella parola viene detta ormai frequentissimamente. Ma, per la fortuna degli studiosi del passato e per la disgrazia di quelli a venire, essa non basta quasi mai a permettere di ignorare tutto il patrimonio di riflessione formatosi sul testo previgente. La considerazione storica degli sviluppi e dell'evoluzione di una certa disciplina, infatti, è generalmente preziosa ai fini della migliore intelligenza dei testi attuali. È anche vero che oggi non accade più, come era invece frequente una volta, vedere le monografie di diritto civile aprirsi con un capitolo sullo *status quaestionis* nel diritto romano (20). Ma, se ben vedo, la causa principale di ciò è da attribuirsi al fatto che il tradizionale *jus civile*, un tempo identificato *tout court* e antonomasticamente con il Diritto senza aggettivi, è ormai un'isoletta nello sterminato oceano costituito dalla legislazione dello Stato sociale (21). Dal che consegue che sono meno frequenti le occasioni in cui possano riscontrarsi precedenti diretti di istituti o regole di oggi in quelli romani; non anche che, nei casi in cui ciò accade, il raffronto non sia doveroso; né che i concetti e le categorie generali desunti dai secondi non meritino di essere all'occorrenza utilizzati anche nell'analisi di figure del tutto nuove e prive di esatti corrispondenti romanistici.

Si potrebbe continuare a lungo, ma non sembra indispensabile.

Se esiste, come detto, una sorta di principio della selezione darwiniana dei trovati scientifici, resta confermato che a tale regola sfuggono in larga misura le discipline umanistiche in generale, e quelle giuridiche in special modo. Queste appaiono semmai governate da una specie di legge di Lavoisier della conservazione, o meglio dell'accrescimento, della massa. I

---

be prossimo il momento in cui tutto il materiale giurisprudenziale sarà reso consultabile in rete.

(20) Sulla questione dei rapporti con il diritto romano v., in una assai ampia letteratura, per es. l'autorevole e articolata opinione di R. ORESTANO, *Del problema del diritto romano e della sua storicità*, in *Riv. trim. d. proc. civ.*, 1985, p. 533 ss.; ID. *"Realtà" "parole" "valori" nella scienza del diritto*, in *R. d. civ.*, 1985, I, p. 461 ss.; nonché F. SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno*, in *R. d. civ.*, 1982, I, p. 170 ss.; B. BIONDI, *Funzione della giurisprudenza romana nella scienza giuridica e nella vita moderna*, in *R. d. civ.*, 1964, I, p. 1 ss.; tra i civilisti v. G. STOLFI, *Il diritto romano nell'esperienza di un civilista*, in *R. d. civ.*, 1976, I, p. 14 ss., nonché l'equilibrata posizione di W. BIGIAVI, *Diritto romano e legislatore italiano*, in *R. d. civ.*, 1964, I, p. 14 ss.

(21) Per rendersene conto, quando pure ce ne fosse bisogno, è sufficiente sfogliare una delle nostre riviste di giurisprudenza "generaliste". In ogni fascicolo, su qualche decina di decisioni pubblicate, se ne trovano a stento una o due che vertano sull'interpretazione di una norma del codice civile. E questo, a sua volta, copre un'area assai più vasta di quella delle Pandette, e comunque non coincidente con quella.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nuovi contributi si assommano ai precedenti, ma non li distruggono né li sostituiscono. Nessuna acquisizione, o presunta tale, supera ineluttabilmente le precedenti e sgombra definitivamente il terreno da queste. Vi sono tesi che riscuotono maggiori consensi di altre (la c.d. "dottrina dominante"); vi sono (forse soprattutto) le mode; vi sono condizionamenti ideologici. Ma nulla su questo terreno può impedire a qualche eccentrico equipollente di un terrapiattista di rimanere della sua opinione senza che questo lo candidi, come avverrebbe, ripeto, ad un astronomo, al ricovero in un istituto per alienati (22).

6. – L'obiettivo di queste note è ormai chiaro.

L'importanza del fenomeno segnalato nelle pagine che precedono non richiede di essere sottolineata. Il compito del ricercatore consiste nell'arricchire il patrimonio di conoscenze della sua disciplina, e cioè nell'aggiungere un *quid*, per modesto che sia, *nuovo* rispetto all'esistente, a ciò che si sapeva già. Presupposto indispensabile di ogni intrapresa scientifica è pertanto la preliminare ricognizione dello stato dell'arte, dal quale si deve partire per tentare di muovere un passo più avanti. In difetto di ciò, si rischia di ripetere inconsapevolmente tesi già sostenute da altri; o, peggio, delle quali già altri hanno dimostrato l'erroneità.

Ora, tale ricognizione è divenuta quasi sempre impossibile. Per prendere un esempio a caso: si calcola che già alla fine del secolo scorso la letteratura sulle cause della prima guerra mondiale contasse oltre venticinquemila volumi (23). Leggendo un libro al giorno, ci vorrebbero più di sessantotto anni (senza dire degli articoli e di altro possibile materiale) (24).

---

(22) Colgo l'occasione per segnalare un'altra differenza rilevante tra le scienze della natura, da una parte, e quelle umanistiche e sociali (e, tra queste ultime, quelle giuridiche in particolar modo) dall'altra parte.

Se si riconsidera adesso, alla luce dei rilievi appena svolti, l'affermazione di Kirchmann ricordata poco sopra nel testo, si scorge che le due categorie di discipline sono contraddistinte anche dal fatto che nelle prime (poniamo: nella fisica) l'oggetto è fondamentalmente fisso ed immutabile, onde la ricerca non fa se non migliorare ed arricchire la conoscenza dei medesimi fenomeni; mentre nelle seconde (per esempio, e soprattutto, per quanto qui interessa, nel diritto; ma anche nella storia, nella sociologia, nella critica letteraria ecc.) l'oggetto dell'indagine è mobile e si accresce nel corso del tempo (*scil.*: con l'emanazione di nuove norme), senza che ciò, al contrario di quanto sostenuto da Kirchmann, produca in compenso il venir meno dell'interesse del diritto previgente (o almeno il suo ridursi a misura trascurabile).

(23) V. per esempio P.L. VERCESI, nel *Corriere della sera*, 20 luglio 2022.

(24) Per gli storici, si pone tra gli altri il problema degli archivi. Anche qui, e seppure la tendenza alla digitalizzazione ne agevoli enormemente l'accesso, appaiono schiaccianti le dimensioni quantitative: nel supplemento del *Corriere della sera*, "*La lettura*", del 14 luglio 2022, si legge che la recente informatizzazione del *corpus* documentario della Società delle

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Solo ai poeti è data dunque licenza per affermare di aver letto tutti i libri (e, per giunta, a ventitré anni) (25).

Il corollario, necessitato, è che, se non si vuole o non si può rinunciare a (tentare di) dare il proprio contributo, si è *costretti* a prendere in mano la penna senza una visione completa di ciò che sul tema è stato scritto in precedenza (26).

Ed in effetti capita (a me come a tutti noi, immagino) di consultare un nuovo saggio su un argomento che si conosce bene e constatare che l'autore ha bellamente ignorato contributi precedenti, anche di poco, che hanno profondamente innovato sul modo in cui per l'innanzi era affrontata la materia. E capita pure (a me, purtroppo, e forse anche ad altri) che, dopo avere pubblicato un lavoro, ci si imbatta in uno scritto che non si era considerato e che avrebbe reso necessaria una impostazione più o meno profondamente diversa della nostra opera, o almeno modificazioni o integrazioni non trascurabili della stessa.

Da ciò viene una spinta irresistibile al *dilettantismo forzoso*. La dilatazione del sapere collettivo si traduce in riduzione di quello individuale. L'espandersi oggettivo della conoscenza totale comporta infatti il restringersi della quota che il singolo studioso può sperare di riuscire a dominare (inseguendo affannosamente per tutta la vita, tra l'altro, l'incalzare delle nuove acquisizioni).

Il giurista del terzo millennio si aggira smarrito, emulo di Bouvard e Pecuchet, in una foresta selvaggia e sterminata di carta stampata e di *files* informatici, ciascuno dei quali rinvia, direttamente o indirettamente, ad infiniti altri (e perlopiù in ciò esaurisce la sua funzione) (27). Questa au-

---

Nazioni (vissuta, come si sa, tra la fine della prima guerra mondiale e la fine della seconda, e dunque circa un quarto di secolo) ha comportato la formazione di trenta milioni di *files*.

(25) «La chair est triste, hélas! Et j'ai lu tous les livres»: Stéphane Mallarmé. Che cosa possa significare, al di là delle immagini poetiche, il sintagma "tutti i libri" non sono in condizione di dire. Leggo però che una delle biblioteche maggiori del mondo, quella del Congresso a Washington, ha messo in rete ottanta milioni di volumi: v. G.L. BECCARIA, *op. cit.*, p. 97.

(26) Ad evitare malintesi, voglio precisare: neppure in passato è mai stato possibile raggiungere l'ideale di una informazione assolutamente completa. Ma il grado di approssimazione a questo traguardo che era pensabile un tempo era, quantitativamente e qualitativamente, enormemente superiore a quello che oggi si può realisticamente immaginare di attingere.

(27) Flaubert lamentava di essersi dovuto *absorber* più di 1500 volumi per scrivere quell'apoteosi della "*bêtise énorme*" che è il romanzo ricordato nel testo.

Prima di lui, un altro grande aveva scritto «i libri specialmente, che ora per lo più si scrivon in minor tempo che non ne bisogna a leggerli, vedete bene che, siccome costano quel che vagliono, così durano a proporzione di quel che costano» (G. LEOPARDI, *Dialogo di Tristano e di un amico*, in ID., *Operette morali*). E gli faceva eco, pressoché contempora-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tentica realizzazione dell'incubo borgesiano della biblioteca di Babele è per lo più costituita da *junk science*. Nell'infinito ed insapore brodo di parole galleggia certo ogni tanto un raro pezzetto di materia solida, il lume di un'idea o, almeno, di un'informazione rilevante (28). Ma frastornati dal rumore, costretti alla mortificante fatica di leggere migliaia di pagine senza ricavarne alcunché e senza certezza di non trascurare per avventura proprio quelle utili, la mente, stanca e distratta, privata della possibilità di riflettere con attenzione, rischia allora paradossalmente di lasciarsela sfuggire (29). Ne risulta un fenomeno che ricorda la legge di Gresham: come la moneta cattiva scaccia quella buona, così la sterminata mole dei falsi contributi rischia di oscurare i pochi contributi veri, dispersi e confusi tra quelli (30).

---

neamente, Ugo Foscolo: «... le molte opinioni de' molti libri, e le contraddizioni storiche, t'inducono al pirronismo e ti fanno errare nella confusione, e nel caos, e nel nulla: ond'io, a chi mi stringesse o di sempre leggere, o di non leggere mai, mi torrei di non leggere mai» (*Ultime lettere di Jacopo Ortis*, lettera del 17 marzo 1798).

(28) Può venire alla mente il giudizio che Gioacchino Rossini dava dell'opera di altro compositore: "c'è del buono e c'è del nuovo; ma il buono non è nuovo e il nuovo non è buono". In realtà, purtroppo, la situazione è perfino peggiore. Nella maggior parte dei casi, non si rinviene una vera e propria "tesi", giusta o sbagliata che sia, nella quale sia individuabile lo specifico contributo dell'autore, ma solo una raccolta di notizie, più o meno ordinata e più o meno perspicua, relativa a dati ed argomenti già noti. Ciò, beninteso, è in parte fisiologico. Il risultato è però che, dopo aver letto i primi cento articoli sulla questione che stai studiando, il tasso di utilità/apprendimento marginale delle ulteriori letture si approssima *tendenzialmente* allo zero, senza peraltro che sia consentito di escludere la possibilità, ancorché statisticamente rara, che proprio il centunesimo saggio si riveli invece decisivo.

(29) Mi sembra indubbio che la questione abbia acquisito ormai dimensioni tali da non poter più essere governata in alcun modo.

Non si deve tuttavia credere, ripeto, che essa sia nuova (nuove sono le dimensioni del fenomeno, incomparabilmente maggiori di quelle del passato). In realtà, anche a causa del peso determinante che nella giurisprudenza pratica e teorica ha quasi sempre avuto l'argomento *ab auctoritate* (tradizionalmente *fortissimum in lege*), le conseguenti difficoltà sono state avvertite fin da tempi remoti. Ho sopra ricordato l'esempio delle costituzioni di Valentiniano III; ma, senza risalire tanto indietro, mi piace trascrivere il pensiero di un autorevolissimo avvocato del Cinquecento: «La scienza della legge è ridotta oggi in luogo che se nella decisione di una causa è da uno canto qualche viva ragione, dall'altro la autorità di uno dottore che abbia scritto, più si attende nel giudicare la autorità. Però e' dottori che praticano sono necessitati volere vedere ognuno che scrive; e così quello tempo che s'arebbe a mettere in speculare, si consuma in leggere libri con stracchezza di animo e di corpo, in modo che l'ha quasi più similitudine a una fatica di facchini che di dotti» (F. GUICCIARDINI, *Ricordanze*, serie C, n. 208).

(30) La difficoltà è amplificata dal declino (per non dire dalla scomparsa) subíto nel campo delle scienze giuridiche da quel potenzialmente utile strumento di orientamento che è la recensione. Sulla vicenda cfr. da ultimo le sobrie ma dense considerazioni di E. VULLO, *L'indice bibliografico di Francesco Carnelutti: recensire "tutto e tutti"*, in *R. d. proc.*, 2021, p. 1316 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

7. – Reazione spontanea ed inevitabile ai fenomeni sopra richiamati è stata e continua ad essere, come anche in altra occasione ebbi modo di accennare, la tendenza alla specializzazione. Nell'impossibilità di dominare una mole di materiali di dimensioni vastissime e crescenti con moto accelerato, gli studiosi si sono difesi spezzettando il sapere in frammenti sempre più piccoli, circoscrivendo il campo delle loro competenze professionali entro confini sempre più ristretti. Nel che è dato vedere ancora una volta, da un'angolazione solo apparentemente particolare, la denunciata correlazione inversa tra sapere collettivo e sapere individuale.

Non occorre indugiare ad illustrare quanto è sotto gli occhi di tutti. Né avrebbe senso manifestare nostalgie per un sapere universale il cui tramonto è stato non solo inevitabile, ma ha costituito un semplice epifenomeno dell'indubbio e mirabile progresso delle scienze di questi ultimi secoli.

Giova piuttosto, per quanto pure qui senza alcuna pretesa di enunciare scoperte clamorose, ricordare che anche la specializzazione, accanto ai suoi ovvi benefici, ha dei costi. Senza arrivare alla caricatura dello specialista che, a furia di restringere l'orto che coltiva, si avvicina all'ideale del sapere tutto ... sul nulla (31), siamo tutti ben consapevoli che ogni limitazione dell'angolo visuale comporta il sacrificio delle informazioni concernenti tutto quanto circonda la minuscola isoletta della nostra scienza e che, tuttavia, intrattiene con essa molteplici ed essenziali rapporti (32). L'ignoranza di questi ultimi compromette evidentemente anche la più compiuta intelligenza dei frammenti sui quali si concentra l'indagine. Si può fare, è vero, ricorso alla interdisciplinarietà, intesa come dialogo e collaborazione tra gli specialisti dei diversi settori. Ma è come, per mutuare il paragone di un giornalista famoso, pretendere di afferrare al buio il senso complessivo degli affreschi della Cappella Sistina illuminando a volta a volta con un fiammifero una parte della superficie dipinta (33). E si tenga presente che

---

(31) Il che sarà anche preferibile al non sapere niente su tutto (come osserva D. ARCHIBUGI, *op. cit.*, p. 99), ma resta tuttavia un ben misero obiettivo.

(32) La mente corre all'immagine, figlia del sarcasmo icastico di Nietzsche (*Also sprach Zarathustra*, parte II, cap. XX), dello specialista monomane come storpio alla rovescia, come cioè individuo che, anziché mancare di un membro, ne ha uno grottescamente sviluppato (l'orecchio il musicologo, e così via), innestato su un corpo misero, filiforme ed impotente in tutte le rimanenti parti.

Un singolare scrittore di oggi ci ricorda a sua volta che «la connessione tra diverse esperienze ... è un prerequisito per concepire idee davvero innovative» (T. Mc LEISH, *Poesia e musica della scienza*, Roma 2022, p. 182).

(33) L. BARZINI, *La battaglia di Mukden*, Milano 1907, p. 107 s. Del resto, il tema della difficoltà per il singolo osservatore di ricostruire il senso di realtà complesse quale una

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nel nostro caso non si tratta di un uomo munito di una scatola di fiammiferi, ma di un cospicuo numero di persone munite di un fiammifero ciascuna, ognuno dei quali, dunque, potrà osservare direttamente il proprio pezzetto, ma dovrà ricorrere agli altri per farsi un'idea del resto (e inoltre, si badi, con tutte le limitazioni della *ekphrasis*).

8. – Nonostante quanto sopra, ossia nonostante gli argini eretti dalla specializzazione all'altrimenti ingovernabile estensione del sapere, molta della produzione scientifica recente, specie di quella dei giovani studiosi, riporta alla memoria un personaggio di Cechov (34).

Il professor Ippolit Ippolitic', insegnante di storia e geografia al ginnasio, «era una persona poco loquace: o stava zitto o parlava solo di ciò che già era noto a tutti da un pezzo». Al suo collega ed amico che gli lodava la bella giornata, così rispose: «Sì, un tempo bellissimo. Ora è maggio, presto sarà vera estate. E l'estate non è come l'inverno. D'inverno occorre accender le stufe, invece d'estate anche senza stufe si ha caldo. D'estate tieni aperte le finestre la notte e tuttavia fa caldo, mentre d'inverno anche con le doppie finestre si ha freddo»". Invitato al matrimonio del collega, gli si avvicina per esprimere le sue congratulazioni, gli stringe forte la mano ed esclama con sentimento: «Finora eravate celibe e vivevate solo, adesso invece siete sposato e vivrete in due».

La somiglianza, beninteso, si arresta al secondo carattere. L'operosità non lascia a desiderare (onde si è semmai tratti ad evocare il detto di Coco Chanel: ci vuole un grande sforzo per riuscire a tacere quando non si ha niente da dire).

Al vuoto di contenuti si cerca di supplire con l'ipertrofia degli apparati, destinati fondamentalmente a persuadere (specie chi sarà chiamato a decidere sugli avanzamenti di carriera dell'autore) della serietà dell'impegno, siccome basato su estese indagini e sulla raccolta di grandi quantità di dati e di opinioni.

Ne risulta un carattere essenzialmente auto-referenziale della letteratura "scientifica" (almeno nei campi che si prestano a queste tecniche). Chi affronta un determinato tema censisce, in modo più o meno intelligente ed ordinato, quanto in proposito è stato pensato prima di lui, forse classifica e raggruppa orientamenti e tesi, istituisce raffronti, dà atto degli atteggiamenti critici e così via. Produzione, come è stato detto, di articoli per

---

grande battaglia è piuttosto comune: occorre appena ricordare per esempio Fabrizio del Dongo a Waterloo nella stendhaliana Certosa di Parma.

(34) A. CECHOV, *L'insegnante di letteratura*, traduz. di A. Polledro, in ID., *Racconti*, Milano, 1985, vol. II, p. 880 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mezzo di articoli. Tutto ciò non è naturalmente privo di qualsiasi interesse, ma dovrebbe avere un ruolo strumentale e dunque preludere al famoso "contributo originale", che però quasi sempre brilla invece per la sua assenza.

Intanto, si paga un prezzo salato in termini di leggibilità. I testi sono costellati da un'infinità di richiami a sesquipedali note a piè di pagina, destinate a raccogliere, e spesso a commentare, ricche indicazioni bibliografiche e arrestografiche (mi è capitato recentemente, ma non è certo caso isolato, di trovare in una dotta monografia otto richiami a note in calce in un unico periodo di sei righe! e il fastidio è considerevolmente aumentato dalla prassi, sempre più diffusa, perché corrispondente a ragioni di comodità editoriale e tipografica, di raccogliere tutte le note in fondo al volume, costringendo così il povero lettore a lasciare continuamente il testo per andare a cercare, magari alcune centinaia di pagine più avanti, le fonti, i dati e le notizie cui esso si riferisce) (35).

Uno storico di Princeton, Anthony Grafton, ha dedicato al tema un intero libro (36), nel quale tra l'altro si riferisce che Noel Coward avrebbe osservato come «having to read a footnote resembles having to go downstairs to answer the door while in the midst of making love» (37). Al

---

(35) Non si deve credere che le note in calce siano utilizzate solo per fornire i necessari ragguagli bibliografici (e, nel caso dei saggi giuridici, arrestografici). Esse per lo più fanno anche ben altro: integrano il testo, lo commentano, introducono argomenti supplementari, confutano opinioni divergenti da quelle dell'autore ecc. Ne risulta spesso un rapporto quantitativo tra testo e note che vede prevalere queste ultime, non di rado anche in larga misura. I cultori della materia attribuiscono la palma al reverendo John Hodgson (1840) nella cui *History of Northumberland*, in più volumi, è contenuta una nota di 264 pagine, con 659 contronote, ossia note alla nota: cfr. A. VARZI, *Salviamo le note (a margine)*, nella *Repubblica*, 18 dicembre 2012. Ma la pratica era già messa alla berlina da uno scrittore del Settecento: Wilhelm Gottlieb Rabener, autore di un saggio costituito da sole note (*Noten ohne Text*, che sono riuscito a leggere grazie ad internet nella traduzione francese, *Satyres*, Parigi 1754, III, p. 115 ss.; devo entrambe le indicazioni a Giovanni Cabras, che ringrazio).

(36) *The Footnote*, Cambridge (Mass.) 1997. Il passo trascritto nel testo si legge a p. 70. L'opera è recensita da J.J. O'DONNELL, in *Bryn Mawr Classical Review*, 5 gennaio 1998.

(37) Nello stesso luogo si apprende che John Barrymore preferiva una "*stronger version*" della frase. V. pure *ivi*, nota 18, la citazione di un bel passo di Fustel de Coulanges, che già nel 1891 lamentava come «l'usage d'aujourd'hui est de presenter au lecteur l'appareil d'érudition plutôt que les résultats». Uso che dunque porta verso il modello dello studioso che, per dirla alla Clemenceau, «sait tout ... et rien d'autre». Franco Fortini avrebbe forse commentato: «da immani fumi minimali arrosti» (la frase è ricordata da W. SITI, *Contro l'impegno*, Milano 2021, p. 59).

Una difesa, quantunque assai imperfetta, forse ci sarebbe: l'esercizio del "diritto di saltare le pagine" (o le note), o addirittura del "diritto di non finire un libro" (D. PENNAC, *Come un romanzo*, Milano 2020, rispettivamente pp. 121 ss. e 124 s.) Il vostro autore, pur convinto dell'inattendibilità dell'antico detto secondo il quale "*nullum esse librum tam malum, ut non aliqua parte prodesset*" (attribuito a Plinio il Giovane e riprodotto tra l'altro

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pensiero del popolare commediografo americano mi associo là dove lamenta il fastidio di dover scendere al piano di sotto, quantunque vada riconosciuto che interrompere la lettura di un saggio giuridico comporti incomodo di gran lunga minore rispetto alla interruzione cui si riferisce Coward (38).

Assai rara è per contro la pratica, molto più sana ed opportuna, di presentare gli apparati in un unico corpo autonomo, leggibile in modo indipendente dal testo, ove le fonti utilizzate trovino indicazione e commento ragionati ed ordinati.

Questi rilievi possono forse apparire come una sentenza severa e ingenerosa. Se li espongo, contravvenendo al comandamento *nolite judicare* (*nisi judicari vultis*), non è tuttavia per muovere rimprovero ai più giovani colleghi, ma al contrario per denunciare le aberrazioni di cui sono vittime a causa delle regole dissennate ed assurde cui sono sottoposti e alle quali farò cenno nel paragrafo successivo.

9. – Le pagine che precedono potranno forse essere accolte dal lettore con fastidio. Esse registrano – si dirà – una situazione che è sotto gli occhi di tutti, inseparabile dalla nostra attuale civiltà e dal mondo in cui oggi viviamo, enormemente più complesso e articolato di quello di ieri. Si può rimpiangere, in particolare, il tempo in cui il diritto si riduceva a quello civile, e quello civile si riduceva alle persone, alle cose e alle azioni. Ma si tratterebbe di sterile nostalgia di un passato in cui le esigenze disciplinari della società umana erano relativamente elementari e di gran lunga più semplici, così come la realtà ad esse sottesa. I mutamenti da allora intervenuti non solo sono irreversibili, ma costituiscono l'altra faccia e l'inevitabile costo dei vantaggi, ben più rilevanti, di quegli sviluppi.

---

sulla parete nella biblioteca del palazzo Caetani-Lovatelli a Roma), confessa però di non riuscire a valersi di siffatte misure se non in casi estremi, e anche allora non senza avvertire un leggero senso di colpa.

(38) Con tutto il rispetto per chi ama le note (o addirittura le adora, come autorevolmente dichiara Achille Varzi nell'articolo citato poco sopra), e il riconoscimento della loro utilità quando impiegate con giudizio, non posso esimermi dal segnalare la loro intrinseca natura due volte auto-contraddittoria.

Una prima volta perché si attribuisce loro la funzione di ospitare materiale utile ad integrare il discorso svolto nel testo senza comprometterne la continuità e senza infliggergli cesure, mentre poche cose distraggono il lettore come il dover correre con l'occhio e con la mente da un luogo all'altro della pagina, magari più volte in una stessa frase.

Una seconda volta, perché il canone non scritto del rigore scientifico odierno esige bensì che ogni affermazione sia documentata, con l'indicazione delle fonti, ma anche e simultaneamente che il contributo dell'autore sia originale: due prescrizioni che cozzano frontalmente (in realtà, il rilievo è risalente: v. A. GRAFTON, *op. cit.*, p. 143).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È innegabilmente così. Ciò non impedisce tuttavia di chiedersi se i fenomeni lamentati costituiscano davvero, e in tutta la loro estensione, effetti ineluttabili di quelle cause. E, dunque, anche se non sia per avventura possibile fare qualcosa per ridurne la gravità e limitarne gli inconvenienti.

Propendo a pensare che la risposta alla prima domanda debba essere negativa, e che positiva invece possa essere, di conseguenza, quella alla seconda. Il tema è tuttavia troppo vasto per essere trattato qui in tutte le sue articolazioni, onde mi limiterò a qualche cenno esemplificativo su alcuni aspetti.

Dal punto di vista del giurista, una delle radici prime del problema è naturalmente, si è detto, da individuarsi nel carattere "alluvionale", come è stato autorevolmente definito, della legislazione, nella sua duplice faccia dell'estensione sempre crescente della materia regolata, e dunque del *corpus* normativo, da un lato, e, ancor più, del frenetico ritmo di modificazioni e ritocchi cui quest'ultimo è ormai sottoposto. In proposito, ci si deve limitare ad auspicare che entrambe le tendenze siano tenute per quanto possibile a freno; in ogni caso, che si eviti di dover ricorrere ad esse solo a causa della sciatteria ed improvvisazione che ormai contraddistinguono, almeno nel nostro paese, la tecnica legislativa (e d'onde nasce, in particolare, il bisogno di rabberciare, spesso a più riprese, testi viziati all'origine da lacunosità, ambiguità, contraddittorietà, ecc.) (39).

Il secondo profilo che vorrei fuggevolmente toccare è quello che, in mancanza di meglio, definirei come delle "indicizzazioni". Con questa parola intendo riferirmi a tutto l'insieme delle tecniche intese a permettere l'individuazione delle fonti normative e dei materiali bibliografici e arrestografici (repertori, cartacei o informatici, rassegne, banche di dati ecc.). Il buon funzionamento di tali strumenti è fortemente dipendente dalla attenta utilizzazione dei sistemi destinati a classificare i singoli documenti: parole-chiave, massime, c.d. *abstracts*. Le regole sono note (specificità, univocità, sintesi, chiarezza ecc.), ma raramente sono osservate con rigore, anche perché si tende a ricorrere a criteri meccanici e a sottovalutare le difficoltà del compito (v. per esempio le massime giurisprudenziali chilo-

(39) Chiarisco. La frequenza dei mutamenti normativi che oggi osserviamo è fondamentalmente effetto dei profondi e sempre più rapidi cambiamenti che si verificano nella realtà sottostante; e, sotto questo profilo, costituisce un fenomeno fisiologico. Altro è quando ci si trova costretti ad intervenire per correggere una norma, a distanza di settimane o di mesi dalla sua emanazione, solo perché ci si avvede che essa era stata scritta male all'origine, per disattenzione, approssimazione, dilettantismo ecc.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

metriche, ricalcate sul testo normativo, prive di legame con la fattispecie concreta, accomunanti *obiter dicta* e *rationes decidendi* ecc.).

L'ultimo punto che vorrei toccare è quello preannunciato alla fine del paragrafo precedente e cioè quello dei rapporti tra la creazione del "rumore" ed il sistema della cooptazione accademica.

Di tale sistema, che ho visto tra l'altro più volte mutare nel corso della mia carriera, non sono un esperto. So tuttavia abbastanza delle regole in vigore da diverso tempo a questa parte per affermare, con la genericità che si addice a questa sede, che esse attribuiscono rilievo cospicuo, se non addirittura determinante, al numero dei contributi pubblicati dai candidati alla cattedra universitaria e alla frequenza di tali pubblicazioni.

Lo scopo sembra essere quello di porre un freno alla discrezionalità delle commissioni giudicatrici (40). È purtroppo innegabile che queste, specie negli ultimi tempi, abbiano dato troppo spesso pessima prova di sé. Tuttavia, il rimedio cui si è fatto ricorso è peggiore del male. L'introduzione di criteri misurabili oggettivamente è certamente possibile, ma solo a costo di spostare l'oggetto della valutazione da quello che costituisce l'*unico* elemento rilevante, ossia la capacità di fornire un contributo alla scienza. Onde tanto varrebbe vincolare le commissioni giudicatrici a considerare solo i candidati alti almeno centottanta centimetri e le candidate alte almeno centosettanta centimetri: ogni potere discrezionale (e così pure ogni abuso dello stesso) sarebbe escluso, ma con esso si perderebbe anche ogni senso della selezione rispetto ai fini che le sono propri (41). In altri termini: qualunque ricerca di scorciatoie è destinata su questo terreno ad inevitabile fallimento.

E infatti i risultati, che abbiamo tutti sotto gli occhi, sono disastrosi.

I giovani studiosi, aspiranti ad una cattedra, sono stati trasformati, come è stato felicemente detto, in "ragionieri delle mediane", preoccupati solo di pubblicare in quantità e con frequenza non inferiori a quelle prescritte e su argomenti sufficientemente lontani tra loro, così da evitare

---

(40) Non manca, tra le ragioni ispiratrici di queste misure, il consueto scimmiottamento di quanto avviene oltreoceano, e dunque dell'imperativo *publish or perish* che domina il mondo accademico statunitense.

(41) «Richiedere che sia i c.d. concorrenti, sia i commissari ... debbano provare di avere pubblicato in un dato periodo un tot numero formale di articoli mi sembra offensivo prima ancora che idiota ...; già [stabilire] il "valore" di una data ricerca umanistica risulta sempre difficile, è da stupidi pensare di poter buttare dietro le spalle questa difficoltà accontentandosi del "numero" e del "dove" le ricerche sono state pubblicate» (sono parole di un assai autorevole giurista: A. PROTO PISANI, *Facoltà di giurisprudenza vecchia e nuova*, in *F. it.*, 2022, V, c. 206 ss., 212).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

il rimprovero di non aver dimostrato di ampiezza e varietà di orizzonti culturali.

Ciò può con buona approssimazione essere considerato l'equipollente ad una condanna a produrre *junk science*. Se è vera, come si afferma, la "regola dei dieci anni", onde si stima che sia tendenzialmente questa la durata dell'impegno necessario per conseguire un risultato scientificamente apprezzabile (42), esigere, specie dai giovani studiosi (i quali, per definizione, non dispongono ancora di una consolidata visione della materia e di fermi e sicuri strumenti di metodo), un paio di saggi ogni anno e un libro ogni tre può avere solo il risultato di contribuire alla deforestazione del pianeta e al declino della ricerca e della cultura. Charles Darwin si imbarca sulla HMS *Beagle* nel 1831; l'"Origine delle specie" esce nel 1859. Oggi non sarebbe forse stato considerato idoneo all'insegnamento universitario in Italia.

In conclusione, se si concede l'ovvio, e cioè che esigere maggiori quantità non può che tradursi in peggiore qualità, occorre trarne le conseguenze (43).

Non è tanto per esibire questa scoperta (dell'acqua calda), e dunque per rendere omaggio al professor Ippolit Ippolitic', che sono state scritte queste pagine.

Ciò che ho cercato di mettere in luce sono i danni indiretti che il sistema denunciato produce.

Costringere gli studiosi ad investire le loro energie in plurime ricerche di corto volo (sorta di equivalente conoscitivo del famigerato "short-termismo" che tanto preoccupa economisti e giuristi quando inspira il comportamento delle imprese) preclude loro la possibilità di concentrarsi per il

---

(42) V. T. Mc LEISH, *op. cit.*, p. 85, che richiama altresì H. GARDNER, *Intelligenze creative*, Milano 2019.

(43) Incidentalmente voglio osservare che sarebbe illusorio pensare che la cura della malattia possa essere costituita dall'istituto dei revisori. Non è questo il luogo per tentare un discorso che sarebbe lungo e complicato. Basti considerare, per un verso, che la prova della affermazione appena fatta l'abbiamo sotto gli occhi tutti e tutti i giorni nel nostro lavoro di studiosi. Per altro verso, che le cause (o le cause principali) di ciò si lasciano individuare con facilità nel fatto che, al di là dell'impegno, della competenza e della serietà individuale (quando ci sono), nessun revisore può pensare di arginare la marea bocciando sistematicamente la quasi totalità dei lavori sottopostigli. E invero nessun revisore può esigere molto di più di un livello medio, livello medio che la pressione quantitativa non può se non abbassare.

Sul tema v. per esempio, di recente e diffusamente, D. ARCHIBUGI, *op. cit.*, p. 143 ss. (*ivi*, tra l'altro, notizie su saggi respinti dai revisori e poi valsi il premio Nobel ai loro autori: cfr. p. 150. Il che la dice lunga, sotto altro profilo, sulla affidabilità dello strumento).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

non breve tempo necessario in indagini capaci di recare contributi scientificamente apprezzabili.

Inondare i *media*, analogici e digitali, di un'infinità di lavori del tutto o quasi del tutto insignificanti intralcia ed ostacola l'opera dell'intera comunità degli studiosi, obbligandoli ad interminabili letture inutili e mettendoli a rischio, frastornati dal "rumore", di non riuscire ad individuare, e quindi di trascurare, quelle invece utili. Se non pure, massima iattura, di incorrere, come già detto, in ... plagi involontari (44).

Per stringere infine in una sintesi il "sugo di tutta la storia": l'oggettivo accrescersi del sapere rende sempre più difficile per il singolo studioso dominare la letteratura della sua materia e lo costringe pertanto a chiudersi in aree sempre più ridotte; ogni sforzo andrebbe fatto per evitare però che tale fenomeno, di per sé ineluttabile, sia artificialmente ingigantito dal dilagare di letteratura pseudo-scientifica.

Non mi illudo di certo che i miei suggerimenti, quando pure fossero attuati, riuscirebbero a guarire il male.

Che cosa fare allora?

Confesso di non saperlo. Tuttavia, più che altro allo scopo di alleggerire la tetra atmosfera delle pagine che precedono, mi provo a formulare qualche "modesta proposta" *à la* Swift: a) istituire una occhiuta e feroce censura; b) ripristinare l'*Index librorum prohibitorum*; c) organizzare falò sulle pubbliche piazze alimentati da tutte le opere di tutti i professori Ippolit Ippolitic'; d) stabilire che gli aspiranti alla carriera accademica possano sottoporre al giudizio delle commissioni di concorso non più di una singola opera.

---

(44) Per il vero, devo dire che, almeno nella mia esperienza, siffatta evenienza è assai difficile da individuare in concreto. Ma credo che la ragione di ciò sia da rinvenire nel carattere per lo meno sfuggente che, come già denunciato, tende ad assumere il "contributo individuale" nelle nostre materie. Voglio dire che se uno storico dell'arte scrive un saggio per tentare di dimostrare che un determinato dipinto, tradizionalmente attribuito a Boltraffio, è invece di mano di Leonardo (o viceversa), difficilmente successivi contributi riguardanti la stessa opera potranno, comunque siano orientati, ignorare il precedente. In mancanza, per il solito, di una così netta caratterizzazione della tesi, i rapporti tra i contributi dei giuristi assumono note più sfumate, onde sono rese difficili associazioni o contrapposizioni nette. Nulla è più lontano dell'opera media del giurista dal monito di Matteo: «sia il vostro dire sì, sì, no no, perché il di più viene dal Maligno».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

RECENSIONI

ISRAEL GILEAD – BJARTE ASKELAND (eds.), *Prescription in Tort Law, Analytical and Comparative Perspectives*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2020, p. 747.

1. Il volume curato da Israel Gilead e Bjarte Askeland raccoglie i contributi dedicati alla prescrizione del diritto (o dell'azione) al risarcimento del danno da illecito civile in tredici paesi europei, negli Stati Uniti e in Sud Africa.

Un capitolo riguarda l'Unione europea e precisamente le pretese di risarcimento del danno fatte valere nei suoi confronti, le direttive in materia di illecito civile che contengono termini di prescrizione, nonché le fattispecie di danno causate da stati membri violando diritto dell'Unione europea.

La trattazione della normativa dei singoli ordinamenti in tema di prescrizione è preceduta da due capitoli iniziali di diritto comparato e di analisi economica.

La ricerca, svolta nell'ambito dell'attività dell'*European Group on Tort Law* (EGTL), è rivolta in primo luogo a mettere in luce caratteristiche comuni e differenze di disciplina della prescrizione nelle esperienze giuridiche prese in esame.

L'analisi comparativa ha consentito di dimostrare la permanenza di rilevanti divergenze nella disciplina della prescrizione in materia di responsabilità civile negli ordinamenti giuridici presi in esame, soprattutto – come si vedrà – per quanto riguarda il *dies a quo* di decorrenza del termine e la durata del periodo previsto per il verificarsi della prescrizione. Altra importante caratteristica può scorgersi la previsione di un termine apposito in materia di responsabilità extracontrattuale, come avviene in Italia, o la riconducibilità della fattispecie al termine di prescrizione generale, come si verifica anzitutto in alcuni ordinamenti che hanno di recente abbreviato il suddetto termine.

Permane inoltre la nota varietà di soluzioni in merito agli effetti della prescrizione, cioè se essa determini l'estinzione del diritto o limiti la possibilità di agire in giudizio. Nella ricerca si sostiene che le tradizionali ripartizioni non rispecchiano la realtà poiché, anche negli ordinamenti in

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cui tradizionalmente prevale la visione sostanziale dell'istituto, almeno una parte della dottrina afferma che «prescription does not actually extinguish rights» bensì «simply creates a defence for the defendant» (p. 11).

2. Come si riscontra nell'esperienza del nostro paese, una delle questioni di maggiore interesse in tutti gli ordinamenti oggetto di indagine ha ad oggetto il momento iniziale del periodo di prescrizione. Risulta diffuso il convincimento che il *dies a quo* non debba precedere la data in cui siano presenti tutti i presupposti sostanziali necessari affinché il danneggiato possa agire in giudizio nei confronti del danneggiante, secondo un'espressione già utilizzata da R. Zimmermann, «the moment when the claim becomes enforceable». In altri termini, il danneggiato, per potere agire in giudizio, deve disporre dei seguenti elementi: a) conoscenza dei fatti riguardanti la condotta pregiudizievole (atto o ammissione); b) pregiudizio subito a seguito della condotta del danneggiante; c) norma di responsabilità violata, che consente di qualificare la condotta come atto illecito, legittimando il danneggiato a chiedere il «rimedio» per il danno subito (p. 22 s.). Le problematiche vengono affrontate mediante l'analisi di casi relativi a vicende frequenti e ben note: dall'incidente dello sciatore che si è avventurato «fuori pista» senza casco con conseguente responsabilità dell'istruttore, il quale «negligently» ha omesso il dovuto controllo; all'errore del medico le cui conseguenze dannose si manifestano dopo alcuni anni; o a quello dell'ingegnere il quale non progetta a regola d'arte le fondazioni di un edificio che rischia il crollo.

Interessanti, in questo contesto, anche le pagine dedicate agli atti illeciti ed alle relative conseguenze dannose che si producono e si protraggono per un periodo di tempo, come avviene, ad esempio, nel caso di prolungata esposizione di un lavoratore a sostanze pregiudizievoli. In tal senso si parla di *continuous tort* e nel volume vengono analizzate le possibili soluzioni: considerare ogni giorno un autonomo *dies a quo* (*the recurrence model*), oppure fare riferimento al giorno in cui si conclude la sequenza dannosa (*the forward condensing model*), con una variante – favorevole al danneggiante – che ritiene invece rilevante il primo giorno della sequenza dannosa.

In termini generali, può comunque osservarsi una convergenza a favore della *rule of late discovery*, in base alla quale il termine di prescrizione non decorre fino a quando il danneggiato non ha conoscenza (o oggettiva conoscibilità) dei fatti che gli consentono di agire in giudizio.

Il periodo «effettivo» di prescrizione varia poi in tutti gli ordinamenti a causa delle regole relative alla sospensione ed alla interruzione. La valu-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tazione del termine di prescrizione, più o meno lungo, deve quindi tenere conto delle regole connesse. Un termine di prescrizione molto lungo, ad esempio, consente di non dare specifica rilevanza alla conoscenza (o alla conoscibilità da parte) del danneggiato circa gli elementi dell'illecito subito; viceversa, un termine estremamente breve si giustifica soltanto se tiene conto delle suddette circostanze e attribuisce maggiore rilevanza a cause di sospensione e di interruzione. In definitiva, la valutazione dei diversi termini di prescrizione previsti negli ordinamenti presi in esame non può prescindere dal *gap* esistente tra *prescription period* ed *effective time of prescription*.

Altra questione, di grande interesse, trattata con riguardo ai vari ordinamenti, concerne l'opportunità di un unico termine di prescrizione o di una molteplicità di termini, la cui lunghezza, ad esempio, è commisurata all'importanza del bene della vita che ha subito il torto. In generale, può dirsi che in Europa quasi tutti i paesi, in materia di responsabilità civile extracontrattuale, prevedono termini di tre anni (ad es. Austria, Repubblica Ceca, Germania, Norvegia, Polonia) o di cinque anni (Belgio, Francia, Grecia, Italia). Un periodo di un anno è previsto in Spagna e in Svizzera. I suddetti termini sono, tuttavia, accompagnati da numerose eccezioni.

3. Il report italiano è stato curato da Giovanni Comandè e Elena Occhipinti (p. 413-447).

L'ampia trattazione, che segue in gran parte lo schema dettato per tutti i contributi nazionali, offre un quadro esauriente e per molti versi originale della materia.

Da un lato, infatti, gli autori rimangono fedeli alla visione, dominante nel nostro paese, della prescrizione come istituto che determina l'estinzione del diritto se il titolare non lo esercita per il periodo di tempo previsto dalla legge, ed il cui fondamento si ravvisa nella necessità di «preserve the predictability of legal relations»; dall'altro, analizzano criticamente alcune delle tesi e delle soluzioni diffuse nella nostra esperienza, utilizzando anche un metodo espositivo basato su tavole e schemi che non trova precedenti nella letteratura italiana.

Costante e preciso, infine, il riferimento alla giurisprudenza, che in diversi casi ha elaborato un «diritto vivente», non sempre in linea con il dato letterale della norma, adeguato alle esigenze di settori specifici e alle aspettative di una moderna società. [Salvatore Patti]

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ALFIO GUIDO GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello* status, Giappichelli, Torino, 2022, p. XI-328.

1. Nell'ampia ed approfondita monografia pubblicata di recente per i tipi dell'editrice Giappichelli ed inserita nella Collana catanese della Facoltà di Giurisprudenza, il dottor Alfio Guido Grasso si cimenta con un tema di estrema attualità; l'Autore, nel fornire un quadro esaustivo sugli sviluppi fin qui raggiunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ne mette in luce alcune criticità, prospettando interessanti soluzioni che si discostano, almeno in parte, da quelle che tendono ad affermarsi attualmente nel contesto del c.d. diritto vivente, così assolvendo al compito, proprio della dottrina, di fornire al giudice nuovi spunti di riflessione su cui orientare le proprie decisioni.

L'Autore ha avuto modo di riflettere a lungo sull'argomento fin dalla redazione della tesi di laurea, continuandone lo studio negli anni successivi, i cui esiti, ancora *in itinere*, sono stati pubblicati, in una prima versione monografica del 2020, dall'editrice Aracne, dal titolo "La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva". Al tema della surrogazione di maternità l'A. ha dedicato anche alcuni contributi minori. È fuor di dubbio quindi che ci si trovi al cospetto di un lavoro meditato, non privo di spunti interessanti, argomentati con rigore, nel contesto di una materia di complessità non inferiore alla sua attualità, in ragione innanzitutto di una disciplina legislativa estremamente stringata e lacunosa ma anche avendo l'A. dovuto dar conto di una copiosa letteratura e di una giurisprudenza in continua evoluzione. Quest'ultima in particolare è stata chiamata, a più riprese, a dare risposte al problema della riconoscibilità nel nostro Paese di atti dello stato civile o provvedimenti giudiziali stranieri nei quali si considerano genitori i componenti la coppia che è ricorsa, al fine di procreare, alla surrogazione di maternità.

Il legislatore italiano – come è noto – si è limitato a disciplinare la materia mediante l'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004, il quale sanziona il ricorso alla madre surrogata, prevedendo la pena della reclusione sino a 2 anni e una pesante sanzione pecuniaria per tutti coloro che se ne sono resi responsabili, "organizzando o realizzando in qualsiasi forma" la surrogazione stessa, ivi compresa dunque la coppia committente, mentre qualche dubbio si è avanzato per la madre portante, i cui interessi il divieto è in larga parte volto a tutelare (ma la sua responsabilità potrebbe fondarsi sui principi di indisponibilità delle funzioni generative). Quantunque detto divieto risulti perentorio ed omnicomprensivo (a prescindere dunque dal fatto che la madre portante fornisca o meno anche l'ovulo), non prevedendo eccezioni, in dottrina si è sviluppato un ampio dibattito volto a

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

verificare la fondatezza di tale conclusione. Essa ha incontrato il consenso di alcuni autori, ma in maniera contraria si sono espressi altri studiosi i quali ritengono che necessiti tenere distinti gli effetti della surrogazione a seconda che l'accordo, intercorso tra le parti, preveda dazione di denaro o meno così perseguendo, in quest'ultima ipotesi, essenzialmente una finalità altruistica: a cadere sotto il divieto sarebbe infatti solo il primo, perché esclusivamente in questo caso si verificherebbe una sorta di mercificazione della donna, con conseguente lesione della sua dignità; non anche nel caso di surrogazione altruistica, in quanto la pratica si caratterizzerebbe per la finalità di mettere in condizione la coppia di generare esclusivamente per ragioni solidaristiche, dando in tal modo attuazione ad un valore costituzionalmente tutelato e moralmente apprezzabile. Rilevanza potrebbe altresì assumere il fatto che il concepimento del feto sia avvenuto o meno mediante contributo genetico di uno dei componenti della coppia, in assenza del quale la costituzione dello stato filiale potrebbe porsi in conflitto con l'art. 71 della legge sull'adozione.

Grasso privilegia la lettura della norma che circoscrive la portata del divieto, sostenendo che già *de iure condito* la surrogazione di maternità solidaristica è consentita nel nostro Paese, senza dovere dunque attendere l'intervento del legislatore, perché tale pratica non contrasterebbe con i valori caratterizzanti il nostro ordinamento, ed in particolare con il rispetto della dignità e della salute psicofisica della donna – che non ne risulterebbero compromesse – nonché della sua libertà di autodeterminazione, a patto tuttavia che si compia preventivamente un rigoroso esame circa la libertà e consapevolezza del suo volere (sulla base delle prescrizioni caratterizzanti il consenso informato) e che le venga garantito il diritto di ritornare sulla decisione iniziale, mediante richiesta di essere menzionata nell'atto di nascita, con conseguente riconoscimento dello stato materno (ma diversa potrebbe essere la soluzione, in vista della tutela dell'interesse del minore, al cospetto di un ripensamento tardivo, espresso cioè dopo il consolidarsi del rapporto tra il minore e la coppia genitoriale); al contrario, un divieto inteso in senso assoluto frustrerebbe ingiustificatamente le aspirazioni della coppia a procreare, sia pure ricorrendo alla tecnica suddetta. Ad un tempo verrebbe tutelato l'interesse del minore ad essere inserito nella propria famiglia senza che possa configurarsene una sorta di compravendita.

È tuttavia da tener presente che nessuna delle pur numerose decisioni della Corte costituzionale, susseguitesi in questi anni, che si sono espresse per l'incostituzionalità di alcune regole contenute nella l. n. 40, hanno riguardato il divieto di surrogazione di maternità, o ne hanno circoscritto la legittimità della portata alla surrogazione con carattere oneroso. Alcuni

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rilievi sono stati mossi tuttavia – come si dirà in seguito – riguardo al riconoscimento in Italia dello stato genitoriale conseguito all'estero ricorrendo alla pratica suddetta.

Dopo alcune premesse di carattere storico (incentrate in prevalenza sulle soluzioni applicabili alle fattispecie insorte anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 40) e comparatistico (oggetto del primo capitolo) l'Autore sviluppa, nei due capitoli successivi, una serie di considerazione volte a delineare la portata del divieto, adombrandone la ricostruzione mediante interpretazione costituzionalmente orientata. Al fine di argomentare la tesi sostenuta, secondo la quale esso non riguarderebbe la c.d. maternità surrogata altruistica, l'Autore affronta una serie di delicate problematiche quali, ad es., la conformità o meno della pratica suddetta alla morale e all'ordine pubblico; l'individuazione dei requisiti della coppia per accedervi; la natura ed il contenuto dell'accordo di surrogazione intervenuto tra la coppia committente e la donna (ed in particolare i criteri per distinguere la maternità con scopi altruistici da quella onerosa, mascherata da rimborsi per le spese sostenute o le perdite subite); l'eventuale diritto di ripensamento della coppia committente dopo avere formulato un consenso informato alla pratica; le modalità attraverso le quali il medico dovrebbe accertare la libertà del volere espresso dalla madre surrogata; l'eventualità che la coppia committente possa pretendere nei suoi confronti una sorta di indennizzo qualora, senza ragioni, o addirittura dolosamente, abbia ripensato, dopo la nascita, alla decisione iniziale. Pretesa quest'ultima che viene decisamente esclusa sulla base della natura dell'intesa che, pur rilevante giuridicamente, non farebbe nascere alcun obbligo in capo alla gestante, alla stregua della disciplina a cui sono sottoposti gli atti di disposizione di organi del proprio corpo da parte di persona vivente, dovendosi dunque escludere anche il ricorso a coercizione indiretta derivante da una obbligazione risarcitoria posta a carico della gestante.

L'economia del presente contributo non consente peraltro di dare adeguato conto dello sviluppo della trattazione delle questioni innanzi indicate.

Grasso si sofferma inoltre, con cura, sul problema riguardante l'incidenza della pratica posta in essere sulla determinazione dello *status* genitoriale, distinguendo – come accennato – l'ipotesi in cui uno dei componenti la coppia abbia fornito un contributo genetico da quella in cui venga a mancare alcun apporto in tal senso (individuando altresì le azioni da esercitare in giudizio per il riconoscimento della maternità in capo a colei che non ha partorito il bambino); rilevanza assumerebbe altresì il fatto che la coppia si sia uniformata o meno alla legislazione straniera che contempla la pratica stessa.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La questione riguardante lo *status* chiaramente si colloca all'interno di una tematica più generale riguardante l'individuazione dei criteri, accolti dal nostro ordinamento, per determinare lo *status* di genitore e quello di figlio. Essa ha costituito oggetto di ampio esame da parte della giurisprudenza, proprio con riferimento a casi in cui il divieto di surrogazione di maternità fosse stato aggirato ricorrendo alla pratica in Paesi stranieri che la consentono. Fino all'entrata in vigore della l. n. 40/2004 sulla PMA – come è noto – era dato dai più per scontato che la genitorialità giuridica in senso proprio coincidesse con quella genetica (ferma restando la distinzione rispetto all'adozione legittimante volta a sopperire all'inadeguatezza della famiglia d'origine). In particolare, l'attribuzione della maternità alla partoriente era legata al fatto che da lei derivava necessariamente anche il contributo genetico. Era altresì assodato che i genitori fossero persone di sesso diverso. Solo in casi sporadici peraltro la giurisprudenza aveva dovuto affrontare il problema se il criterio genetico si applicasse o meno anche a pratiche di PMA eterologa o di maternità surrogata, poste in essere prima dell'avvento della normativa (e quindi non espressamente vietate).

Tale criterio viene posto parzialmente in crisi dalla l. n. 40 in quanto il legislatore ne introduce una eccezione, attribuendo la genitorialità alla coppia che abbia illegittimamente fatto ricorso alla fecondazione eterologa, alla quale viene precluso, in base all'art. 9, l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità e l'esercizio, da parte della donna, del diritto all'anonimato, proprio in vista di assicurare adeguata tutela agli interessi del minore. Nulla si precisa, invece, in merito alla possibilità o meno della coppia committente di sottrarsi alla genitorialità nel caso di violazione del divieto di procreare ricorrendo a madre surrogata. Ben diversa invece si prospetta la situazione, nel primo caso, dopo l'avvento della nota pronunzia 162/2014 della Corte costituzionale la quale, nel dichiarare illegittimo il divieto di fecondazione eterologa – a causa del contrasto col principio di uguaglianza, con la libertà di autodeterminazione e col diritto alla salute psichica della coppia affetta da gravi patologie, non superabili col ricorso alla fecondazione omologa – legittima il ricorso a tale pratica introducendo così senza alcun dubbio il riconoscimento della c.d. genitorialità di intenzione, nei confronti della persona che sia ricorsa alla donazione di gameti, equiparandola al genitore genetico.

Analoga *ratio* ricorre, secondo l'A., ove le patologie che affliggono la coppia siano superabili unicamente mediante il ricorso a maternità surrogata, onde anche in tale ipotesi si riserva spazio ad una genitorialità d'intenzione, nei confronti della donna che ne abbia tratto giovamento per divenire madre mentre, alla stregua del donatore dei gameti, la c.d. madre

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

portante non vedrebbe riconoscersi alcuno stato giuridico (fatto salvo il caso in cui ne faccia richiesta esercitando il diritto di pentimento). Peraltro l'A. non ignora che il ruolo esplicato dalla madre portante è ben più impegnativo e coinvolgente di quello del donatore o della donatrice di gameti, soprattutto sotto il profilo della tutela del diritto alla salute fisica (la gestazione presenta pur sempre dei rischi) e psichica, ma ritiene l'obiezione superabile prospettando appositi limiti e condizioni che rendono compatibile la pratica con i principi etici e costituzionali: in particolare, la dignità personale è salvaguardata proprio dalla gratuità dell'atto di disposizione del proprio corpo, mentre il rischio per la salute fisica non è superiore a quello che la donna corre al fine di dare alla luce il proprio figlio e comunque la gestazione non produce una menomazione permanente. Più rilevanti sono i rischi di pregiudizi riguardanti la salute psichica che la donna potrebbe subire in seguito al distacco dal bambino, i quali però, a giudizio dell'Autore, risultano alquanto marginali proprio per la normale ricorrenza di un rapporto amicale o parentale fra la donna e la coppia committente in virtù del quale si garantirebbe la continuità di frequentazione fra i due soggetti, mentre nel caso di dissapori sopravvenuti fra la partoriente e la coppia, detta continuità potrebbe salvaguardarsi mediante ricorso al giudice ai sensi dell'art. 337-*ter* c.c., da interpretarsi in maniera estensiva.

Padre sarebbe il marito o il convivente della madre d'intenzione che abbia fornito il suo contributo genetico. Non tutelabile si considera invece la doppia genitorialità d'intenzione, ritenendosi essenziale che la pratica sia stata posta in essere con il contributo genetico da parte di almeno uno dei membri della coppia onde evitare – come detto – che la stessa entri in conflitto con l'art. 71 l. adoz.

È quando il divieto viene violato (situazione che dipende dalla ricostruzione del contenuto del medesimo compiuta dall'interprete) che si pone allora il problema di stabilire i criteri di individuazione dei genitori che siano ricorsi alla maternità surrogata e, di conseguenza, se possano essere delibati in Italia i provvedimenti stranieri con i quali si riconoscono come tali i genitori di intenzione (problema che viene preso in esame nel quarto capitolo). Violazione che ricorre altresì nei casi (di certo non marginali) in cui la coppia richiedente sia composta da persone del medesimo sesso, come consentito in alcuni ordinamenti stranieri, in quanto la pratica si pone anche in contrasto col dettato dell'art. 5, l. n. 40/2004 in virtù del quale alla PMA sono ammesse solo coppie coniugate o conviventi di sesso diverso, in conformità peraltro col principio generale, vigente nel nostro Paese, secondo il quale la genitorialità può essere riconosciuta solo a persone di sesso diverso.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Detta tematica viene trattata, con particolare cura, prendendo in esame svariate decisioni della Corte EDU, della Corte costituzionale e della Cassazione (oltre che delle corti di merito), pervenute a conclusioni diverse sia a seconda della natura commerciale o altruistica della pratica, sia in virtù della compatibilità o meno con l'ordine pubblico, se posta in essere in Paesi stranieri.

Particolarmente significativo è lo sforzo compiuto al riguardo dalle Corti Superiori al fine di individuare un soddisfacente punto di equilibrio tra l'esigenza di sanzionare la violazione del divieto posto dal nostro Paese – che dalla giurisprudenza viene per lo più considerato in senso assoluto – di far ricorso ad una madre portante, scoraggiando anche il tentativo di aggirarlo surrettiziamente, e l'esigenza di tutelare l'interesse del minore, ove in concreto configurabile, di mantenere in vita il rapporto col genitore d'intenzione. Equilibrio che in tempi recenti la Corte costituzionale (C. cost. n. 272/2017), in un caso di surrogazione commerciale, e la Cassazione (sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193) hanno ritenuto potersi assicurare riconoscendo al genitore d'intenzione lo stato derivante dall'applicazione dell'istituto dell'adozione in casi particolari. Istituto che per un verso non dà vita ad una genitorialità piena (ed in questo consisterebbe la sanzione) ma per altro verso comporta una formalizzazione del rapporto tra genitore adottivo ed adottato, salvaguardandone in concreto la relazione (ed in tal modo verrebbe tutelato l'interesse del minore ad avere due genitori). Con riferimento al primo aspetto, la diversificazione tra la posizione del genitore genetico e quella del genitore d'intenzione è di tutta evidenza. Infatti nei confronti di quest'ultimo lo *status* non scaturisce in via immediata ed automatica dalla nascita del bambino ma tramite un provvedimento giudiziale, dall'esito incerto, conseguito alla fine di un procedimento di non brevissima durata; l'adottante non succede all'adottato; inoltre, fino ad un recente passato, era quantomeno dubbio se si costituisse un vincolo familiare fra l'adottato ed i congiunti dell'adottante; per dar vita all'adozione occorre il consenso da parte del genitore genetico oltre che dell'adottante cioè del genitore d'intenzione in quanto essi potrebbero pentirsi, dopo la nascita, della scelta fatta al momento di decidere di programmare la gravidanza.

Di recente la Corte costituzionale (C. cost. 9 settembre 2021, n. 33), nel ritenere infondata la questione di costituzionalità, sollevata dal giudice di merito per contrarietà all'ordine pubblico dell'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004 e delle norme ad esso collegate (art. 64, comma 1°, lett. *g*, l. n. 218/1995; art. 18 d.p.r. n. 396/2000) ha ribadito la legittimità di una soluzione che non comporti necessariamente l'equiparazione del genitore d'intenzione a quello genetico purché vengano rispettate determinate con-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dizioni. Tale decisione si pone in linea con l'orientamento già espresso dalla Corte EDU che non impone agli Stati, in vista della protezione del minore, la trascrizione dell'atto di nascita straniero volto ad equiparare genitore d'intenzione e genitore genetico purché sia garantita *celerità ed effettività* alla procedura volta a riconoscere il legame tra il primo ed il bambino generato.

Nella fattispecie esaminata (ricorso alla surrogazione di maternità altruistica da parte di due uomini, uno genitore genetico, l'altro solo d'intenzione, nel contesto di un progetto comune volto alla generazione, realizzato in Canada) la Corte costituzionale ritiene essenziale – in conformità alle indicazioni della CEDU – che, mediante la soluzione adottata, venga riconosciuta la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato allorché ne sia accertata la corrispondenza, in concreto, con gli interessi del bambino. Tuttavia, poiché secondo la Corte (la quale si distacca pertanto dal suo precedente orientamento) i requisiti indicati vengono soddisfatti dall'istituto della adozione particolare in maniera alquanto imperfetta, sia tenuto conto della normale durata del giudizio volto a costituire il legame genitoriale sia per gli effetti che ne conseguono, il Giudice delle leggi ha sollecitato l'intervento del legislatore – rimarcandone l'urgenza – al fine di promuovere una disciplina che, conformandosi ai principi enunciati, tuteli in maniera più efficace l'interesse del minore.

Nel contempo la Corte (28 marzo 2022, n. 79) ha dato il via al percorso costruttivo suddetto, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 55 l. adoz. nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, comma 2°, c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante; fondamento della decisione è costituita dal fatto che, in seguito alla negazione della costituzione del rapporto di parentela fra adottato e parenti dell'adottante, il minore verrebbe privato dell'appartenenza al proprio ambiente familiare, la cui efficienza il giudice è proprio tenuto a valutare al fine di pronunziarsi su un eventuale abbandono. La soluzione contraria si porrebbe altresì in contrasto col principio di parità di trattamento di tutti i figli sulla base dell'unicità dello *status*, sancita dalla legge del 2012. Ma, in via alternativa, la Corte avrebbe potuto anche percorrere la strada della infondatezza della questione considerando la norma in esame tacitamente abrogata dal nuovo testo dell'art. 74 c.c.

La Cassazione, a sua volta (21 gennaio 2022, n. 1842), ha sollecitato il Primo Presidente ad investire le Sezioni Unite della questione relativa al trattamento da riservare al genitore d'intenzione del medesimo sesso proprio al fine di ovviare all'inadeguatezza della disciplina vigente relativa all'istituto dell'adozione particolare, fornendo alcuni suggerimenti al riguardo. Fra questi stranamente non si menziona il trattamento da riservare

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

alla madre surrogata onde consentirle o meno di mantenere rapporti con il bambino generato; in assenza di una disciplina specifica probabilmente si è inteso lasciare all'interprete il compito di desumerla dai principi già presenti nell'ordinamento, con gli adattamenti del caso. È incidentalmente da osservare che al momento della pubblicazione del volume in esame ancora si era in attesa di conoscere la risoluzione adottata dalle Sezioni Unite (38162/2022) le quali hanno confermato la soluzione del ricorso all'adozione particolare quale rimedio atto a garantire soddisfacentemente la posizione del genitore d'intenzione.

Tra le condizioni richieste per la legittimità della pratica non si menziona la diversità di sesso della coppia. Requisito peraltro ritenuto essenziale dalla Corte costituzionale la quale (nella decisione C. cost. 23 ottobre 2019, n. 221) ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità sollevata dal giudice di merito riguardo alla limitazione del ricorso alle pratiche di PMA (fra le quali si inquadra la surrogazione di maternità) solo a favore delle coppie di sesso diverso, posizione altresì espressa a più riprese dalla Cassazione la quale, anche da ultimo, con decisione 13 luglio 2022, n. 22179 – successiva dunque all'ordinanza n. 1842/2022 – ha affermato che "la domanda volta ad ottenere la formazione di un atto [di nascita in Italia] in cui si indichino come genitori due donne (una delle quali genitore intenzionale) non può essere accolta perché esse non hanno accesso alla fecondazione eterologa atteso che il legame col genitore d'intenzione può essere garantito dall'adozione particolare come stabilito da C. Cost. 79/2022", in consonanza peraltro col principio, tuttora in vigore, secondo il quale la genitorialità in senso proprio presuppone, per il nostro ordinamento, la diversità di sesso della coppia.

L'Autore, nel condividere le criticità emerse nelle più recenti pronunzie della Corte costituzionale e della Cassazione, e non mancando di metterne in luce anche di ulteriori, ritiene che in attesa di un intervento del legislatore, potrebbe darsi spazio, al fine di tutelare l'interesse del minore alla conservazione del rapporto col genitore d'intenzione (e all'attribuzione dei diritti che ne conseguono), a soluzioni alternative rispetto al riconoscimento del provvedimento straniero. Una di queste è stata suggerita da autorevole dottrina, la quale ritiene che potrebbe trovare applicazione alla fattispecie in esame il principio espresso dall'art. 128, comma 3°, c.c., pur in ipotesi diversa da quella in esame, in virtù del quale i diritti di natura patrimoniale e personale derivanti dal legame filiale si costituirebbero solo a vantaggio del minore e non anche del genitore responsabile della violazione delle regole, come peraltro stabilito anche dall'art. 279 c.c. con riferimento al figlio non riconoscibile, fattispecie nella quale ricorre parimenti una generazione *contra legem*. Nel contempo verrebbe negata sia al

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

genitore d'intenzione sia al genitore genetico la possibilità di ritornare sulla propria decisione. Soluzione questa – rileva l'autore – anch'essa tuttavia non del tutto esente da inconvenienti per alcuni limiti previsti dalla legge alla tutela riservata al minore (riguardanti l'acquisto della cittadinanza, i diritti successori, l'assenza del diritto all'inserimento nella famiglia del genitore). Tali limiti potrebbero essere superati se si riconoscesse al medesimo il trattamento spettante a tutti i figli, a prescindere dalle modalità e dalle circostanze della generazione, sulla base del principio dell'unicità dello *status* introdotto dalla riforma del 2012. Come peraltro già accade per i figli generati da genitori incestuosi i quali si sono resi responsabili di una violazione ben più grave del principio di legalità rispetto a quella che si profila nel caso di ricorso, da parte dei genitori, a maternità surrogata.

In conclusione di queste note occorre sottolineare che il volume in esame fornisce un fattivo ed apprezzabile contributo alla sviluppo della ricerca relativa alla materia trattata, proprio per il tentativo di individuare, già *de iure condito*, soluzioni in grado di assicurare un equilibrato contemperamento degli interessi in gioco in presenza di una sorta di vuoto normativo, che difficilmente potrà essere colmato dal legislatore in tempi rapidi; compito molto stimolante perché, mai come in questo caso, l'interprete è chiamato a dipanare una intricata matassa di questioni riguardanti essenzialmente la relazione fra norma scritta e diritto effettivo, mentre non sembra difficile pronosticare che proprio dalle decisioni della giurisprudenza scaturiranno, almeno a breve, le soluzioni riguardanti le questioni esaminate. [TOMMASO AULETTA]

CARLOTTA IPPOLITI MARTINI, *Principio di precauzione e nuove prospettive della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, Cedam, Padova, 2022, p. 361.

1. Il volume di Carlotta Ippoliti Martini rappresenta per alcuni aspetti una ideale continuazione, con riguardo alle problematiche attuali della responsabilità civile, del noto saggio di uno dei migliori civilisti del secolo scorso, dedicato ai «confini del diritto privato».

Ci si riferisce, come è agevole immaginare, a Michele Giorgianni, che all'inizio degli anni Sessanta, metteva in luce le «limitazioni che concernono quella che può dirsi la fase organizzativa dell'attività economica, e cioè la c.d. "iniziativa" economica». Giorgianni, con lungimiranza, prendeva le distanze da chi considerava le suddette limitazioni come «l'espressione di una ingerenza in una sfera gelosamente riservata alla iniziativa dei singoli, giungendo così a parlare di crisi del diritto privato», e segnalava la necessità di un intervento dello Stato per evitare una «pericolosa involuzione,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che avrebbe compromesso quegli stessi valori sui quali esso si fondava». Le limitazioni poste all'attività economica privata – proseguiva Giorgianni – «non sono espressione di una sovrastruttura del nuovo sistema economico, ma costituiscono invece ormai la struttura intima del nuovo sistema economico, inteso a giovarsi degli strumenti dell'iniziativa economico-privata e pubblica ai fini del benessere generale» (1).

Nel nuovo secolo, la necessità di correzione del sistema economico (e del diritto privato che in parte lo disciplina) risulta molto più evidente. Come mette in luce C.I.M., nella valutazione dei costi-benefici dell'attività economica è entrata l'esigenza di sicurezza e di prevenzione, la tutela dell'ambiente e della salute. La pubblica amministrazione è chiamata ad esercitare un controllo – il più possibile preventivo – sulle attività economiche imponendo limitazioni funzionali alla tutela della salute e dell'ambiente, il ritiro di prodotti potenzialmente pericolosi, secondo principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

La legislazione nazionale, coerente con quella «europea», prevede oggi per la pubblica amministrazione molteplici obblighi di vigilanza e di protezione, e induce a configurare nuove fattispecie di responsabilità civile nel caso di mancato o inadeguato esercizio dei connessi poteri di controllo e di esercizio. Corrispondentemente, si limita la possibilità di azioni dirette ad ottenere il risarcimento del danno subito a seguito di provvedimenti della pubblica amministrazione che (prudenzialmente) hanno limitato o impedito attività economiche.

2. Le brevi considerazioni introduttive consentono di apprezzare e di valutare l'originalità e l'utilità del volume, che correttamente fa riferimento a «nuove prospettive di responsabilità civile della p.a.», prospettive che anche un civilista attento alle «metamorfosi» del diritto privato non avrebbe potuto immaginare prima della prepotente emersione dei diritti della persona connessi alla salute e all'ambiente salubre.

Le discipline pubblicistiche che regolano le attività economiche devono essere messe in relazione con le norme della responsabilità civile e la pubblica amministrazione che non agisce nel rispetto dei nuovi poteri/doveri in tema di precauzione è considerata responsabile del danno eventualmente prodotto.

Infatti, come viene ben argomentato, in termini più generali, la tutela alla salute si realizza soprattutto in via preventiva ed è pertanto evidente il

---

(1) M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1961, p. 391 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rilievo del principio di precauzione che costituisce il fondamento dei nuovi obblighi.

Le esigenze di tutela sopra indicate hanno favorito il superamento di posizioni di privilegio e di immunità della pubblica amministrazione: nei suoi confronti si configura l'applicabilità delle norme sulla responsabilità civile in caso di omissione o di inadeguata attuazione del controllo previsto.

Indicate le linee generali del sistema di tutela, l'indagine si sofferma sul principio di precauzione inteso come «tessuto connettivo della disciplina pubblicistica di derivazione eurocomunitaria» e sulle normative che, nei diversi settori (dalla rete stradale alle acque, ai campi elettromagnetici, ai farmaci e ai vaccini), impongono alla pubblica amministrazione doveri di vigilanza e di controllo.

Le nuove problematiche ed il nuovo «sistema», basato sul principio di precauzione e sul concetto di prevenzione, richiedono una lettura originale di norme del codice (ad es. artt. 2051 e 2052) dettate quando alcune delle fattispecie prese in esame non erano neanche concepibili.

Le recenti normative hanno altresì suggerito all'a. di analizzare, tenendo presenti le peculiarità e le caratteristiche di diversi settori dell'esperienza, problematiche di ordine generale, quali quelle del nesso di causa, della decorrenza del termine di prescrizione nel caso di fatto dannoso lungolatente, della applicabilità del termine quinquennale o di quello ordinario (e in caso di inadempimento da parte della pubblica amministrazione di obbligazioni scaturenti da contratto); come pure della ripartizione dell'onere della prova, spesso invertita a favore del danneggiato in base ad una presunzione di colpa della pubblica amministrazione basata sul carattere illegittimo del provvedimento lesivo.

3. L'ampia indagine è suddivisa in sei capitoli. Nel primo viene indicata la rilevanza del principio di precauzione nell'ambito dell'agire della pubblica amministrazione; agire retto da norme di natura pubblicistica che prevedono «doveri funzionali alla protezione della persona» e devono essere «integrate» con le norme del codice civile dettate in tema di responsabilità aquiliana. La problematica viene poi approfondita nel terzo capitolo, mettendo in luce la provenienza del principio di precauzione dalla normativa dell'Unione europea e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Dal principio di precauzione derivano discipline preventive che introducono obblighi della pubblica amministrazione di protezione, vigilanza e controllo, rivolti in primo luogo alla tutela della salute della persona, in diversi settori, puntualmente presi in esame nel capitolo quarto.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il secondo capitolo, che ovviamente serve da base per la trattazione dei temi sopra indicati, è dedicato, in termini generali all'illecito della pubblica amministrazione nel sistema della responsabilità civile. Punto di partenza è il *leading case* delle Sezioni Unite sulla risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e, a completamento di un percorso che tra le tappe principali contempla le problematiche connesse al risarcimento del danno alla persona, il punto di arrivo è costituito dalla tutela degli interessi collettivi e dal risarcimento del danno non patrimoniale mediante il ricorso alla *class action*.

Nel capitolo quinto, dopo aver dimostrato la presenza della «ingiustizia del danno» conseguente alla mancata applicazione delle discipline preventive, l'a. analizza con rigore problematiche attuali in cui è stata affermata la responsabilità della pubblica amministrazione. Nel capitolo sesto, infine, C.I.M. ritorna sul principio di precauzione, soffermandosi soprattutto sull'ipotesi di lesione del diritto soggettivo alla salute, conseguente alla violazione di obblighi di sicurezza da parte del privato che ha causato il danno ed è pertanto chiamato a rispondere nei confronti del danneggiato, mentre la responsabilità della pubblica amministrazione si configura (come avviene in altri sistemi giuridici europei) in via sussidiaria ed indiretta.

4. L'originale indagine di C.I.M. è stata svolta secondo il tradizionale metodo del «civilista» chiamato a ricondurre al sistema del codice e del diritto privato (non soltanto nazionale) norme nuove, spesso pensate unicamente con lo sguardo ad un settore specifico, ma altresì con una moderna visione interdisciplinare ed una costante attenzione ai dati provenienti dall'Unione europea e dall'analisi economica del diritto.

La chiarezza del dettato, la ricchezza della bibliografia e il preciso riferimento al formante giurisprudenziale rendono l'opera utile per il teorico desideroso di conoscere l'evoluzione della responsabilità civile, antico e flessibile strumento di tutela, ma altresì per avvocati e giudici chiamati ad affrontare nuove e complesse fattispecie disciplinate da molteplici norme non sempre coordinate tra loro e di non agevole lettura. [SALVATORE PATTI]

ARTURO MANIACI, *Onere della prova e strategie difensive*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. XXVI – 163.

1. Benché dal titolo non traspaia, il lavoro di Arturo Maniaci *Onere della prova e strategie difensive* ha come figura centrale, e come filo conduttore, il tradizionale concetto della *verità* nel processo, e il suo rapporto – se non anche la sua contrapposizione – con quello di *certezza*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sin dalle prime pagine l'A. ha cura di avvertire come il processo si sviluppi, e pervenga al risultato finale, seguendo una logica di accertamento dei fatti storici che non consente e non tollera la persistenza di una *incertezza*, creando in tal modo una dicotomia, non tanto tra il *vero* e il *falso* (2) nella prospettiva di un fatto assunto (ciò che generalmente viene definito come il fatto «allegato»), ma tra il vantaggio e lo svantaggio derivante in capo alle parti processuali dall'esito del processo, in virtù di quanto viene o non viene provato. E l'attribuzione di vantaggi e svantaggi è programmata non solo dalle norme di diritto sostanziale, ma anche (e per quanto riguarda l'esito processuale, soprattutto) dalle norme che disciplinano la ripartizione dell'onere probatorio; perché è in base a queste ultime che si fonda, da un punto di vista tecnico-giuridico (3), la ragionevole attesa di un esito processuale positivo.

Nell'ottica del conseguimento di un tale risultato, il raggiungimento della prova di un fatto non è dissimile dalla mancata prova del fatto, a seconda della parte processuale su cui l'onere grava. Da qui la rilevanza che l'onere della prova assume sul piano della strategia processuale, e sulle stesse scelte difensive, con effetti anche dissuasivi dal ricorrere alla tutela giudiziaria.

L'opera si articola in quattro capitoli, per poi chiudersi con argomentate *Conclusioni*. Nel primo capitolo A.M. si sofferma, con specifici riferimenti casistici, sulla rilevanza che la ripartizione dell'onere probatorio – talvolta derivante immediatamente dalla legge, altre volte quale conseguenza di un radicato orientamento giurisprudenziale – assume nelle scelte di strategia processuale; compresa l'opzione, di cui si è accennato, di desistere dall'idea di proporre una domanda giudiziale il cui sostegno probatorio sarà, con notevole probabilità, particolarmente difficile o persino impossibile (4).

Nell'affrontare il problema di fondo del rapporto tra «verità» e «certezza» in ambito processuale, ossia «se il processo sia al servizio della ricerca della verità storica ovvero prevalga su di essa l'esigenza di defini-

---

(2) È però opportuno sottolineare come A.M., nonostante il taglio dell'opera che tiene in ampio conto l'aspetto pratico e applicativo dell'onere della prova, non si muova lungo le linee dello «scetticismo avvocatesco» (efficacemente descritto da M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 1992, p. 7 ss.) relativo al rapporto tra processo e verità – e specificamente alla verità *nel* processo – propenso a negarne assiomaticamente una ancorché astratta coesistenza. Ciò che, di fondo, l'A. rileva è che l'onere della prova non ha la precipua (e ancor meno esclusiva) funzione di conseguire la *verità* nel processo.

(3) E nella particolare prospettiva del difensore.

(4) Come nel caso della dichiarazione della ricostituzione della vita coniugale a seguito di riconciliazione (p. 4).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zione del caso» (p. 12), l'A., propendendo per la seconda ipotesi, delinea il contesto entro il quale si muove l'onere della prova, che è un contesto (processuale) segnato da precisi limiti: *a)* limiti del «fatto» da accertare, e *b)* limiti degli strumenti probatori che consentono un tale accertamento.

I primi, i limiti del fatto, sono sia dei limiti fisionomici, che cioè tracciano la fisionomia del fatto giuridicamente rilevante nel processo (5), vale a dire della *fattispecie* (*species facti*) quale «parte» di un fatto storico più ampio; sia limiti di allegazione, cioè del fatto come «narrato» dalle parti processuali secondo il principio dispositivo. Sul fatto così configurato, e non sulla *verità storica*, si restringe l'ambito operativo dell'onere della prova.

I secondi, i limiti degli strumenti probatori, attengono – ci si permette di sintetizzare, sebbene in maniera un po' grossolana – alle preclusioni processuali, ai regimi di prova vincolata, alle modalità di acquisizione e conservazione del materiale probatorio, al divieto della scienza privata, alle preclusioni della cosa giudicata, alle dinamiche del contraddittorio. Tutti limiti, questi, che allontanano, almeno dal punto di vista sistematico, l'accertamento giudiziale dal fatto «vero», inteso come *verità storica*, e che di conseguenza allontanano da un tale fatto anche l'onere della prova.

Onere della prova che, quindi, non solo è condizionato nella sua stessa operatività dai limiti che si sono detti, ma che a sua volta incide sull'assetto del sistema volto a far prevalere la *certezza* sulla *verità*. Infatti, rileva A.M., l'onere della prova costituisce (anche) una regola di giudizio, e a fronte della *incertezza* del fatto, sarà soccombente la parte che dell'onere della prova è gravata. Una *incertezza*, dunque, che sulla base dell'onere della prova, e in virtù dell'autorità del giudicato, diventa *certezza* (6).

In questo senso l'onere della prova non è solo una situazione giuridica soggettiva (meglio chiarita nel secondo capitolo circa la sua struttura e la sua natura), ma anche, per l'appunto, una regola di giudizio e, in definitiva, uno strumento di strategia processuale.

2. Il secondo capitolo, sulla scorta della rilevanza applicativa della regola di giudizio scaturente dall'onere della prova, è dedicato integralmente alla ripartizione del carico probatorio.

---

(5) Rilevante nella prospettiva degli interessi delle parti processuali.

(6) In giurisprudenza appare incontestato l'orientamento per il quale la «insufficienza di prove» relativa a un fatto consente l'insorgenza del giudicato, precludendo la riproposizione della domanda: cfr. Cass. 21 novembre 1986, n. 6853; più recentemente Trib. Lodi 8 febbraio 2010, n. 130, in Banche dati *OneLegale*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

A tale proposito, l'A. si sofferma brevemente sulla qualificazione dell'onere della prova come «onere» in senso tecnico, ossia come situazione giuridica soggettiva, giungendo – in linea con la generale dottrina – a una soluzione negativa. Infatti, la parte gravata dall'onere probatorio non è vincolata a un proprio comportamento giuridicamente necessitato al fine di ottenere un determinato effetto giuridico vantaggioso, dato che la prova favorevole può scaturire, nell'ambito della vicenda processuale, a prescindere da una condotta del soggetto onerato. Ciò può verificarsi in base al principio di acquisizione o al principio di non contestazione o al giuramento suppletorio che, deferito d'ufficio dal giudice, non richiede alcun atto di impulso della parte onerata. In base a ciò l'A. giunge alla condivisibile conclusione che per onere della prova si intenda il «peso» del *rischio* della soccombenza, ricadente sulla parte onerata, per il mancato raggiungimento della prova del fatto certo. Si può dire, in sintesi, il (peso del) rischio dell'*incertezza* (7).

La regola di giudizio insita nell'onere della prova, rileva A.M., richiede dunque una risposta alla domanda: «chi deve provare cosa». Nella quale domanda emerge l'esigenza di criteri di ripartizione del carico probatorio chiari e precisi, anche nell'ottica della predisposizione della strategia difensiva, la quale dal canto suo – come avverte l'A. – è l'espressione immediata del diritto di azione e del diritto di difesa costituzionalmente garantiti (p. 66, nt. 24).

La ripartizione dell'onere probatorio trova un primo, generale fondamento normativo nell'art. 2697 c.c., il quale però – è sottolineato nell'opera – risulta insufficiente a dare una risposta univoca alla domanda: «chi deve provare cosa». Una insufficienza – possiamo aggiungere, sulla scorta di quanto esposto dall'A. – sia «intrinseca» che «estrinseca».

Una *insufficienza intrinseca*, nel senso che l'art. 2697 c.c. porta come criterio di attribuzione del carico probatorio la distinzione tra fatti *costitutivi*, *estintivi*, *modificativi* e *impeditivi* (8), dando luogo così, per motivi di economia processuale, a una *semplificazione analitica della fattispecie*, ma finendo in tal modo per lasciar fuori dall'enunciato normativo proprio i

---

(7) In questa linea ci sembra si muova S. PATTI, *Le prove*, in *Tratt. Iudica-Zatti*[2], Milano 2021, p. 158, il quale rileva come «l'onere della prova (*Beweislast*) viene [...] definito come onere che grava su una parte per evitare il risultato sfavorevole del processo, mediante una propria attività diretta alla produzione della prova rilevante per la decisione della situazione controversa».

(8) Questi ultimi riconducibili alla eccezione di inefficacia di cui al comma 2° dell'art. 2697 c.c.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fatti oggetto di prova. Tanto che l'art. 2697 c.c., sostiene l'A., può essere considerata (9) come una *norma in bianco* (p. 69 s.) (10).

Una *insufficienza estrinseca*, nel senso che dal punto di vista sistematico l'ordinamento ha predisposto modelli alternativi di ripartizione dell'onere probatorio, sia legali sia extralegali.

Tra i primi si hanno le presunzioni legali: tendenzialmente fondate su un dato inferenziale generalizzato di natura probabilistica, ove si distinguono la presunzione legale assoluta, che non ammette prova contraria, e la presunzione relativa che determina invece l'inversione dell'onere della prova. Sempre nell'ambito dei modelli legali, la presunzione assoluta si distingue dalla finzione giuridica in quanto, mentre la prima si basa su «massime di esperienza inferenziali», quest'ultima vi prescinde e, anzi, presupponendo che il fatto contemplato dalla norma che dispone la finzione non sia effettivamente esistente, tale finzione «riposa sulla certezza del falso» (p. 81). Dal canto suo, la presunzione relativa si distingue dalle *regole di inversione legislativa dell'onere della prova*, le quali conducono al medesimo risultato ripartitorio che è proprio della presunzione relativa, ma anche in questo caso prescindendo da un processo inferenziale, poiché presentano, in termini più immediati, la funzione di alleggerire l'onere probatorio di una parte ritenuta tipicamente debole.

Tra i modelli extralegali, A.M. indica le «presunzioni giurisprudenziali», prive di una previsione normativa, ma che sono entrate a far parte di consolidati orientamenti giurisprudenziali i quali, prescindendo dal disposto dell'art. 2697 c.c., presumono determinati fatti in relazione a fenomeni i quali, in ambito applicativo, assumono una caratteristica che oggi – aggiungiamo noi – si può definire di «serialità». Così anche le deroghe convenzionali all'onere della prova (pur previste dall'art. 2698 c.c.), che possono incidere anche sul *quomodo* della prova.

3. Un discorso a parte è svolto dall'A., sempre nella prospettiva della non esclusività del modello di ripartizione dettato dall'art. 2697 c.c., sul «principio» della c.d. «vicinanza della prova» (11), il quale, rileva A.M., si è consolidato nell'esperienza giuridica soprattutto a seguito della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 13533/2001. E ciò, in particolar modo, sulla spinta di istanze assiologiche che in tale principio individuano

---

(9) Sulla base della opinione espressa già in origine da V. ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Nov. D.*, XIV, Torino 1967, p. 293.

(10) Che necessita di individuare l'effetto giuridico ipotizzato (dalla parte processuale) e il suo inquadramento nelle categorie a cui fa riferimento.

(11) O riferibilità della prova.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lo strumento per rendere *effettivi* (nel senso della effettività della tutela giurisdizionale) i diritti costituzionalmente garantiti della parità delle armi (quale proiezione del principio di uguaglianza sostanziale *ex* art. 3 Cost.), della possibilità concreta di esercizio giudiziale del diritto (art. 24 Cost.) e del giusto processo (art. 111 Cost.).

In questa prospettiva, le prime conclusioni a cui perviene l'A. ci sembra conducano verso una duplice natura, e una duplice funzione, della «vicinanza della prova». Essa opera, infatti, come *principio* in quanto sottopone a controllo il modello generale previsto dall'art. 2697 c.c., comportando l'inapplicabilità di tale modello ogni qual volta esso rende eccessivamente difficile o impossibile la prova per una parte, mentre l'altra è in grado di procurarsela senza particolare difficoltà.

Opera, inoltre, come *criterio* di distribuzione del carico probatorio alternativo rispetto a quello di cui all'art. 2697 c.c., ponendosi a fondamento di un modello autonomo nella prospettiva di mantenere l'onere della prova nell'ambito della sfera di azione (e di controllo) delle parti processuali.

Secondo A.M. il criterio (assurto a principio) della vicinanza della prova svolge anche una funzione sanzionatoria, nel senso che attribuisce l'onere probatorio in capo a chi, pur essendo «vicino» ad essa, se ne sia disfatto o l'abbia alterata potendo essere per lui pregiudizievole. È il caso, come indica l'A., della distruzione o alterazione della cartella clinica da parte del medico o dell'irregolare tenuta delle scritture contabili ad opera dell'imprenditore.

Un'idea, questa, che, se riferita alla condotta processuale della parte, attribuirebbe al principio della vicinanza della prova una funzione in certo qual modo pleonastica, ben potendosi giungere al medesimo risultato, da un punto di vista applicativo, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., il quale è comunemente interpretato nel senso della penalizzazione, anche sul piano probatorio, della parte che abbia operato, in termini commissivi od omissivi, al fine di impedire, o di rendere più difficoltoso, l'accertamento del *factum probandum*. La «vicinanza» della prova, in tal caso, sembra operare come una premessa logica del ragionamento presuntivo, fondata su un fatto assunto probatoriamente come certo [12] (la disponibilità della cartella clinica in capo al medico o alla struttura sanitaria).

---

[12] L. Lombardo, *Il metodo del «prudente apprezzamento» nella valutazione degli indizi*, in S. Patti e R. Poli (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, Torino 2022, p. 105, precisa che «il fatto secondario ("indizio"), che serve da premessa per l'inferenza presuntiva, deve essere portato a conoscenza del giudice con i normali mezzi di prova (salvo che si tratti di "notorio", "ammesso" o "non contestato")».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Se, invece, l'alterazione o distruzione della cartella clinica si riferisce – come sembra intendere l'A. – alla condotta *preprocessuale* della parte, piuttosto che a quella processuale, si rimane effettivamente al di fuori dell'ambito applicativo immediato del richiamato art. 116 c.p.c. Nondimeno, ci sembra che anche in questo caso il principio di vicinanza della prova non assuma in sé una funzione sanzionatoria, bensì partecipi, sempre in termini di premessa logica (la disponibilità della cartella clinica) alla strutturazione di una prova indiretta (13) che conduca, secondo un procedimento inferenziale, all'accertamento della responsabilità.

Rimane piuttosto da comprendere se una originaria «vicinanza» alla prova, poi divenuta «impossibilità non imputabile» (ad esempio, la distruzione incolpevole della cartella clinica, poniamo a causa di un incendio inevitabile), parifichi, per così dire, le posizioni delle parti, determinando l'applicazione del modello *ex* art. 2697 c.c., o se il *rischio probatorio* (*i.e.*: il rischio della soccombenza a fronte della incertezza) rimanga invariato. Soluzione, quest'ultima, che sembra preferibile là dove si ritenga che, attribuito l'onere probatorio in base ai criteri immediatamente applicabili, il relativo rischio probatorio comprenda in sé il rischio della sopravvenuta impossibilità della prova (14).

4. A.M. dedica, infine, l'ultimo scorcio dell'opera alle modalità logiche tramite le quali pervenire all'applicazione del criterio della vicinanza della prova. Secondo l'A. il giudice può fare ricorso a tale criterio se gli strumenti probatori posti in deroga all'art. 2697 c.c. (15), le risultanze dei comportamenti processuali delle parti (16) e i mezzi di prova che il giudice ha il potere-dovere di disporre d'ufficio hanno mantenuto ferma l'*incertezza* del fatto. In tal caso, salvo che tra le parti non vi sia una «equidistanza» dalla prova, sarà onerata quella parte nella cui sfera di azione il fatto rientri più che in quella dell'altra, dandosi così luogo (non a una presunzione, bensì) a una «post-sunzione» giudiziale (17) in favore della parte non onerata. Sicché – questa è la conclusione dell'A. – solo nei casi

(13) Coerentemente a quanto esposto da M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 429 ss.

(14) Si può ipotizzare, in quel caso, l'ammissione della prova testimoniale, anche in applicazione analogica dell'art. 2724, n. 3, c.c.

(15) Come le presunzioni legali o altri mezzi previsti legislativamente o pattiziamente (p. 108).

(16) Fatto non contestato o ammesso, o risultante – sembra di comprendere – in base al principio di acquisizione (*ibidem*).

(17) Nel senso che il giudizio di attribuzione dell'onere della prova si fonda, nella ricostruzione dell'A., sulle verifiche svolte per lo più *a posteriori* in ambito processuale (p.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dubbi, oltre che in quelli di «equidistanza», troverebbe applicazione l'art. 2697 c.c.

Questo passaggio è il più innovativo e al contempo quello maggiormente critico dell'opera di A.M., e ciò per il medesimo motivo: perché, pur facendo leva sul principio di effettività della tutela giudiziaria (18) e sull'art. 24 Cost., comporta una sostanziale revisione del sistema, relegando l'art. 2697 c.c. in una posizione sussidiaria (19), facendogli perdere (almeno così ci sembra) la portata generale che gli è tradizionalmente riconosciuta (20).

A tale proposito, si potrebbe riflettere sulla opportunità di un più circoscritto ambito di operatività del principio di vicinanza della prova, rispetto alla proposta di A.M. Cioè nel senso di riconoscere al principio di vicinanza la funzione di limitare, o di equilibrare, il campo applicativo dell'art. 2697 c.c., escludendo l'applicazione della norma – questa sarebbe la ricaduta operativa del principio in questione – quando ricorrano due presupposti: che la prova attribuita *ex* art. 2697 c.c. risulti impossibile (anche nella specie della impossibilità relativa) (21) per la parte che ne sarebbe onerata; e che detta prova (i.e.: il *factum probandum*) sia invece *riferibile* alla sfera di azione della controparte (meglio, dunque, parlare di «riferibilità» della prova) (22). In mancanza di uno dei due presupposti, il rischio della (soccombenza per) mancata prova graverebbe sempre sul fondamento dell'art. 2697 c.c.

---

109), benché lo stesso A., nel Cap. IV, individui dei casi in cui la vicinanza della prova può essere apprezzata *ex ante*.

(18) Rinvenibile, tra l'altro, negli artt. 6 e 13 CEDU.

(19) Impostazione che sembra prospettarsi con una certa chiarezza anche in giurisprudenza: cfr. Cass. 6 luglio 2020, n. 13851, criticamente richiamata anche da B. SASSANI, *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde*, in *R. d. proc.*, 2022, p. 425; contro questa impostazione anche M. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi...*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 360 ss.

(20) All'art. 2697 c.c. ci sembra possa essere riconosciuta la portata di norma generale (S. PATTI, *Le prove*, cit., p. 163) anche in virtù del fatto che si tratta di norma che espone dei principi di logica giuridica comunque vigenti (S. PATTI, *loc. cit.*, p. 179), il che, peraltro, non contrasta (anzi, è il portato della sua generalità) con la posizione residuale di tale norma (*ibidem*), destinata a cedere a fronte di una diversa (e *speciale*) ripartizione dell'onere probatorio positivamente stabilito dal legislatore, o ricostruita dalla giurisprudenza al fine di evitare l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà della prova.

(21) Al netto delle sopravvenienze, che non devono quindi essere considerate nel giudizio di «impossibilità».

(22) Si intende, cioè, rilevare la maggiore opportunità, in termini di significatività e di esattezza terminologica, della espressione «riferibilità della prova», piuttosto che «vicinanza della prova».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La proposta di una diversa struttura del sistema di attribuzione dell'onere probatorio in virtù del prevalente principio di vicinanza della prova (prevalente rispetto all'art. 2697 c.c.) è poi ripresa da A.M. nelle *Conclusioni*. Dove, con un taglio espositivo che ricalca l'operare tecnico-giuridico del difensore in una prospettiva di strategia processuale, ripropone il nesso tra l'onere della prova e il «rischio della soccombenza per mancata prova» (ossia il rischio dell'incertezza), precisando che al fine della valutazione del rischio il difensore deve procedere secondo il seguente ordine.

Anzitutto deve appurare, prima della radicazione del giudizio, se nel caso di specie sia applicabile una delle rare discipline normative «in cui il legislatore si preoccupa di suddividere fra le parti temi fissi di prova» (p. 127), giacché tale disciplina prevale su qualsiasi altro criterio, anche su quello della vicinanza della prova.

Successivamente, sempre in fase preprocessuale, il difensore dovrà verificare se disponga di prove precostituite e se queste configurino prove legali, idonee a vincolare il giudice, tenuto conto anche degli accordi in tema di prova.

In sede processuale, poi, fermo l'onere dell'attore di provare i fatti allegati, il raggiungimento della prova potrà dipendere dal comportamento processuale delle parti (es.: ammissione o non contestazione).

Mentre in fase decisionale sarà il giudice, in assenza di regole di predeterminazione del rischio della soccombenza (come ad es. le presunzioni legali), e in virtù delle richiamate *post-sunzioni*, a verificare a quale delle parti deve essere attribuito l'onere della prova a seconda di chi «si trovi nella posizione più agevole nel procurarsi la fonte della prova e offrirla al giudicante» (p. 136), e sarà allora questa parte a sopportare il rischio della mancata prova.

L'art. 2697 c.c. – questa è la conclusione di A.M. – integrato e «temperato» dal criterio della vicinanza della prova, opera dunque come «ultimo baluardo decisorio del giudizio di fatto» (p. 138).

L'A. non si nasconde la possibile e concreta obiezione che un tale sistema possa poggiare eccessivamente su una visione equitativa dei rapporti processuali, o quantomeno del rapporto probatorio, ma ritiene che già l'art. 2698 c.c., là dove pone un limite di validità ai patti che rendano la prova eccessivamente difficile, sia espressione di un più ampio principio, che trova il suo fondamento costituzionale – come si è anticipato – nell'art. 24 Cost.

5. L'ampiezza e la complessità della materia lascia aperto il problema di quale sia la portata del principio (o, se si vuole, del criterio) di vicinanza

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

della prova nel sistema della prova civile e della ripartizione dell'onere della prova, e quali siano le sue modalità operative.

Il contributo di A.M., che fa leva sulla necessità di superare gli angusti (e non sempre chiari) limiti operativi posti dall'art. 2697 c.c. (23), ha il merito di voler superare in chiave sistematica questi limiti. A nostro avviso, però, l'analisi e le proposte sia ricostruttive sia applicative di A.M., che costituiscono un ulteriore stimolo di riflessione per la ricerca di un difficile equilibrio nell'allocazione del rischio della mancata prova, ancora non sciolgono il dubbio che una ripartizione dell'onere probatorio stabilita *a posteriori* dal giudice possa ridurre grandemente l'autonomia delle parti proprio nella predisposizione di una strategia processuale. La qual cosa, stante il principio di *disponibilità* della prova, potrebbe ugualmente determinarsi come una *deminutio* del principio di effettività della tutela e come limite, invero imperscrutabile, del diritto di difesa e dell'esercizio giudiziale dei diritti *ex* art. 24 Cost. [GIOVANNI MARIA UDA]

EDOARDO PESCE, *I rimedi dell'autonomia. Tipi, limiti e interessi dei contraenti*, Pacini, Pisa, 2022, p. 13-381.

Il volume di Edoardo Pesce, edito per i tipi di Pacini nella collana Argomenti del diritto civile, intende rispondere alla domanda se ed entro quali limiti sia consentito all'autonomia privata derogare alle tecniche rimediali sancite in materia contrattuale.

Il tema consente all'A. di tenere, con indubbia eleganza, un duplice canone discorsivo.

Per un verso, quello arioso delle parti introduttive e della parte conclusiva, in cui Pesce si confronta con temi di vertice, tratteggiando un'idea dell'autonomia privata ambivalente, subordinata ai limiti del diritto quando non si erge a strumento in grado di sottrarre al regolamento statuale la gestione di determinati affari. Non meno ambizioso è il tentativo di enucleare dalle discipline dei contratti tipici una compiuta definizione della categoria del rimedio contrattuale, per consegnare alla storia le impostazioni correnti e assumere quale modello aggregante il carattere della sostituibilità, declinabile nella disponibilità.

Sull'altro versante, per tutta la parte centrale del volume, si dipana l'analisi serrata e puntigliosa delle discipline tipiche, alla ricerca degli "interstizi" che diano ospitalità alle deroghe dell'autonomia contrattuale.

---

(23) L.P. COMOGLIO, *sub* art. 2697, in *Della tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, Torino 2016, spec. p. 326 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il lettore è introdotto in un impegnativo excursus tra le regole dei singoli contratti, quale luogo dell'ordinamento in cui i rimedi sono articolati e delimitati in funzione delle esigenze dei contraenti e dei valori meritevoli di tutela.

Le discipline dei contratti tipici, infatti, sono considerate rilevanti, nella prospettiva accolta dall'A., per due ordini di ragioni, che si ritengono connesse: da un lato, perché sono i luoghi dell'ordinamento in cui si possono esaminare, con l'occhio attento allo specifico conflitto di interessi, le tecniche rimediali che, discostandosi dalle tutele di parte generale, si configurano come adattamenti funzionali ai diversi assetti negoziali; dall'altro lato, perché è proprio dalla disciplina di parte speciale, ricca di regole prevalentemente derogabili, che emergono gli indici normativi più importanti sulla disponibilità delle tutele.

Parte speciale che, tuttavia, sarebbe in grado di mettere a fuoco i limiti dell'autonomia privata soltanto nella misura in cui intersechi la disciplina generale del contratto: è proprio nel coordinamento tra regole dei singoli contratti e regole del contratto in generale che traspare la cifra dello sforzo ricostruttivo dall'A. il quale, pur dedicando la parte principale del volume all'esame delle regole dei tipi, segue un modello interpretativo che riafferma la centralità della disciplina degli artt. 1321 – 1469 c.c.

Oggetto di attenzione è in primo luogo la disciplina del contratto di vendita, non solo per l'imponente apparato di regole e rimedi, derivanti dalla fusione tra la vendita civile e quella commerciale, ma anche per la ricchezza delle clausole conosciute dalla prassi con cui le parti regolano gli effetti e le tutele in deroga ai modelli tipici.

L'analisi si sofferma in particolare sul complesso normativo, vero e proprio sottosistema, della vendita di cose altrui e della garanzia per evizione, nell'ambito del quale assume un ruolo fondamentale la disposizione contenuta negli artt. 1487 ss. c.c.: l'A. non si limita, invero, a trattare poteri e limiti della derogabilità, ma si impegna a tutto tondo nell'esame della disciplina tipica, fornendo indicazioni sugli interessi protetti e sull'articolazione delle tecniche di tutela. Il dialogo tra la disciplina tipica e quella generale si pone già nel confronto tra la disposizione derogatoria e la regola contenuta nell'art. 1229 c.c., mentre esigenze di giustificazione causale e di controllo della meritevolezza non sembrano consentire, nell'impostazione dell'A., un'estensione incontrollata dello schema, considerato aleatorio, della vendita a rischio e pericolo. Centrale resta l'indagine sulla disciplina tipica: assunta la natura solutoria del rimedio in caso di evizione totale, se ne ricercano gli spazi di disponibilità, secondo un approccio che limita il potere pattizio, che non intenda stravolgere la natura commutativa dell'affare, a quelle fattispecie in cui sono attivabili tecniche

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di tutela alternative (e perciò riconducibili alla categoria del rimedio), ricorrendo all'esecuzione in forma specifica nell'eventualità in cui il venditore torni a essere proprietario o al risarcimento del danno nel caso di evizione colposa.

La vendita a rischio e pericolo si presenta ancora quale oggetto di ricerca, nella misura in cui se ne discute l'estensione per fondare la derogabilità di un secondo sottosistema rimediale, quello delle garanzie contro i vizi e la mancanza di qualità, in un quadro che pone a confronto anche i limiti del potere convenzionale, alla ricerca di eventuali convergenze tra i requisiti della mala fede e del fatto proprio. Analitico l'esame dei profili di cedevolezza delle tutele redibitorie – da qualificare rimediali – non solo nei casi in cui il bene viziato è perito o è stato ceduto, ma anche per le deroghe derivanti dagli usi e dalle convenzioni: assume rilievo, al riguardo, la clausola di esatto adempimento, quale tecnica convenzionale di integrazione della lacuna della disciplina tipica, di cui viene tracciata la storia e fondata la *ratio* nelle categorie del codice del commercio.

Legate dall'origine mercantile sono pure le discipline della vendita di mobili, caratterizzate da forme di autotutela, alternative alle tecniche protettive di carattere generale e\o speciale. Vendita in danno, compera in danno, risoluzioni di diritto e restituzione di cose non pagate sono considerate, per la loro sostituibilità, paradigmatiche della stessa qualificazione di rimedio assunta dall'A.: riemerge anche il contrappunto con la disciplina del contratto in generale, trovando il limite di derogabilità delle autotutele nel precetto sulla clausola *solve et repete*, di cui viene tracciata una interpretazione tendenzialmente restrittiva, e nel principio generale della ragionevolezza.

Dopo avere esaminato i rimedi del contratto di vendita, Pesce direziona il suo impegno verso le discipline degli altri singoli contratti, circoscrivendo lo studio alle regole sull'incidenza del fortuito, cercando conferma dell'idea che il carattere derogatorio della normativa speciale rispetto a quella generale sia espressivo di uno spazio tendenziale di derogabilità convenzionale.

Un gruppo di regole, sul quale si sofferma l'attenzione dell'A., si riferisce all'estensione dell'area della responsabilità, incidendo sull'impossibilità sopravvenuta, in deroga agli artt. 1218 e 1256 c.c.: trattasi in via tipica di norme in cui l'estensione della responsabilità per fortuito occorre alla presenza di una stima o di una precedente condizione di rimproverabilità. Di particolare interesse ai fini della ricerca sono quelle disposizioni che consentono deroghe convenzionali di assunzione del fortuito in un ampio novero di contratti, quali l'affitto, il mandato, la commissione e l'agenzia: deroghe che non pretendono l'alterazione causale, ma che, inci-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dendo sull'assetto complessivo di interessi, sono suscettibili di incontrare dei limiti, tra i quali assume un particolare rilievo, almeno nell'ottica dell'A., la previsione di uno specifico corrispettivo.

L'esame prosegue su un altro gruppo di regole con le quali si modifica la disciplina generale dell'incidenza del fortuito sulla sorte della controprestazione: per ognuna delle normative tipiche – riconducibili alla vendita, all'affitto di fondo rustico, all'appalto – si analizzano le tutele specifiche, la derogabilità convenzionale, le ragioni di distacco dalla disciplina generale del contratto. È nell'ambito di questa riflessione che l'A. si impegna nell'interpretazione di una disposizione di parte generale usualmente trascurata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, contenuta nell'art. 1259 c.c., di cui è valorizzata la rilevanza sistematica.

Un volume complesso, che pretende attenzione e impegno, non solo per la duplicità del canone discorsivo, ma anche per la presenza di una pluralità di fili conduttori, che si intrecciano sottesi alla dettagliata analisi delle discipline dei contratti tipici. Fili conduttori che, per un verso, sembrano frammentarsi nella molteplicità di problemi interpretativi esaminati, ponendo il lettore su una metaforica altalena, sospeso tra l'apprezzamento delle soluzioni e delle argomentazioni, foriere di spunti per nuove riflessioni, e il timore di smarrire il senso del discorso. E che, per altro verso, riemergono e si consolidano per fornire indicazioni di metodo – non solo sul fondamento e sui limiti della derogabilità delle tutele, ma più ampiamente sul senso stesso del rapporto tra le discipline del contratto in generale e dei singoli contratti – e per tracciare il tentativo, di sapore più dogmatico, di rifondare la categoria dei rimedi. [UGO SALANITRO].

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

CONFRONTO CON LA GIURISPRUDENZA

ELENA BARGELLI
Prof. ord. dell'Università di Pisa

LA CIRCOLAZIONE DEL DIVORZIO DEGIURISDIZIONALIZZATO IN EUROPA. IL PROBLEMA DEL CONFINE FRA "DECISIONE" E "ATTO NEGOZIALE"

SOMMARIO. 1. Degiurisdizionalizzazione del divorzio come *Brennpunkt* del diritto internazionale privato della famiglia. – 2. La Corte di Giustizia dopo *Sahyouni*: lo scioglimento di fronte all'ufficiale dello stato civile italiano e il divorzio notarile spagnolo. – 3. L'esame "di merito" dell'accordo di divorzio: possibili significati e gradazioni nel diritto nazionale. – 4. L'esame di merito dell'accordo di divorzio come criterio distintivo della "decisione" nel diritto dell'Unione. – 5. Segue. Il "microsistema" europeo della crisi coniugale e l'interpretazione autentica del regolamento Bruxelles II-*bis*. – 6. L'esame di merito: la sua controvertibile applicazione al divorzio municipale italiano e le implicazioni sul futuro del regolamento Bruxelles II-*ter*. – 7. Un accordo potenzialmente bifronte: "decisione" e "atto pubblico". – 8. Due soluzioni alternative per il passato: a) il divorzio municipale come atto pubblico (e le difficoltà connesse all'art. 46 del Reg. (CE) 2003/2001). – 9. b) Il divorzio municipale come decisione secondo l'argomento della partecipazione costitutiva dell'autorità pubblica. – 10. Un auspicio per il futuro: "decisione" come provvedimento di un'autorità; "accordo" come atto soggetto alle sole impugnative contrattuali.

1. – Il fenomeno della degiurisdizionalizzazione del divorzio – che ha progressivamente coinvolto, a partire dai primi anni Duemila, la maggior parte degli ordinamenti europei (1) – mette in discussione non solo l'idea che lo *status* coniugale sia indisponibile e il suo scioglimento necessariamente segnato dalla partecipazione di un'autorità giudiziaria (2): costringe

(1) Per una ricognizione comparatistica v. A. DUTTA, D. SCHWAB, D. HENRICH, P. GOTTWALD e M. LOHNIG (a cura di), *Scheidung ohne Gericht. Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Bielefeld 2017. Per un quadro informativo sintetico e aggiornato è possibile consultare *https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/divorce-separation/index_it.htm#shortcut-3*.

(2) Si rinvia, più diffusamente, a E. BARGELLI, *Divorzio "privato" e "autonomia preventiva"*, in *R. d. civ.*, 2021, p. 250 ss. Sul tema v. A. NICOLUSSI, *Autonomia delle parti e degiurisdizionalizzazione in separazione e divorzio*, in ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA (ed.), *Diritto canonico e diritto di famiglia statuale: interazioni e nuove problematiche*, Coll. Annales, vol. X, Città del Vaticano 2020, p. 410 ss. Il fenomeno della "privatizzazione" dei

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

anche a ripensare l'ambito di applicazione dei regolamenti europei in materia familiare e il loro stesso fondamento – edificato sui concetti di "corte" e di "decisione" –, nonché il significato della cooperazione giudiziaria, alla base della competenza dell'Unione Europea in questo settore del diritto civile (art. 81 TFEU) (3).

La diffusione di accordi sullo scioglimento del matrimonio (incluse le disposizioni patrimoniali e in tema di affidamento) sprovvisti della cornice giudiziale rende la distinzione fra attività negoziale e giudiziaria non scontata da tracciare: mentre, infatti, sotto il profilo funzionale le due categorie di atti sono equiparate (in quanto gli accordi in questione "tengono luogo" dei corrispondenti provvedimenti giudiziali: v. artt. 6, comma 3° e 12°, l. n. 132/2014), si pone il problema della definizione della loro natura giuridica, tenuto conto del ruolo "costitutivo" dell'autonomia privata e, corrispondentemente, del tipo di potere attribuito all'autorità competente a recepirli.

Il tema dell'ibridazione fra accordo e provvedimento non è nuovo nel diritto italiano, affondando le sue radici nel dibattito sul peso dell'autonomia negoziale dentro i procedimenti giudiziari di separazione consensuale (4) e di divorzio su domanda congiunta (5) rispetto all'intervento del tribunale.

Il fenomeno della degiurisdizionalizzazione rovescia, ora, quel dibattito, perché spinge a interrogarsi non tanto sull'ormai incontroversa centralità dell'autonomia delle parti ai fini della produzione dell'effetto estintivo, ma sul ruolo – eventualmente decisorio – che l'autorità non giudiziale competente è chiamata a svolgere e sulle garanzie che il procedimento offre ai più vulnerabili fra i soggetti coinvolti.

---

rapporti familiari è ampiamente indagato: solo a titolo esemplificativo, fra i più recenti contributi monografici, C. CARICATO, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, Pisa 2020.

(3) Definisce il fenomeno della degiurisdizionalizzazione come *Brennpunkt* del diritto internazionale privato P. MANKOWSKI, *Anerkennung einer standesamtlichen Scheidung aus Italien*, commento a KG 30 marzo 2020, in *BeckRS*, 2020, p. 6463. Per un approfondimento sul contesto e sul contenuto dei regolamenti in materia di divorzio, R. BARATTA, voce *Divorzio, scioglimento e invalidità del matrimonio (diritto internazionale privato),* in *Enc. dir., I Tematici, Famiglia,* Milano 2022, p. 360 ss.

(4) Per l'impostazione del problema v. U. BRECCIA, voce *Separazione personale dei coniugi*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XVIII, Torino 1999, p. 372 s.; da ultimo v. E. AL MUREDEN, voce *Separazione dei coniugi,* in *Enc. dir., I Tematici, Famiglia,* cit., spec. p. 1293 ss.

(5) V., da ultimo, Cass. civ., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21761, in *D. fam.*, 2021, I, p. 1590. Sulla non revocabilità unilaterale del consenso prestato nella domanda congiunta, v., da ultimo, Cass. civ., sez. VI-1, ord. 7 luglio 2022, n. 19348, in *Fam. e d.,* 2022, p. 255, con nota di A. FRASSINETTI, *Sulla revoca unilaterale del consenso al divorzio congiunto.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Dentro la vasta costellazione dei divorzi degiurisdizionalizzati – espressione che in sé offre un'indicazione solo in negativo, denotando l'assenza di un procedimento giudiziario – si rinvengono, sul piano nazionale, molteplici modalità di produzione dell'effetto estintivo dello *status* e attitudini diverse nei confronti del rapporto fra autonomia privata e intervento pubblico (6).

Parallelamente, l'atto così confezionato è destinato a circolare alla stregua di una decisione (si veda già l'art. 46 Reg. (CE) 2003/2001 – c.d. Bruxelles II-*bis* – (7), gli artt. 65 ss. Reg. (UE) 2019/1111 – c.d. Bruxelles II-*ter* – (8) e l'art. 48 Reg (CE) 2009/4, c.d. sulle obbligazioni alimentari (9)), o, addirittura, quale vera e propria decisione, se rientrante nelle definizioni di questa fornite dall'art. 2, comma 1° (a) e comma 2° (1) del regolamento Bruxelles II-*ter* e, prima, dall'art. 1, comma 1°, n. 1 e 4, di Bruxelles II-*bis*. Tutto ciò, però, senza che tale atto sia necessariamente accompagnato dalle garanzie (formali e sostanziali) che offre l'autorità giudiziaria e che sono poste a presidio di uno spettro cospicuo di diritti fondamentali (10).

Il tema del confine fra decisione e accordo, dunque, si trova al crocevia fra diritto di famiglia (sostanziale e processuale) nazionale e diritto internazionale privato europeo: mentre il primo, come si è accennato, tende a mettere in discussione i tradizionali capisaldi della cooperazione giudiziaria, il secondo è chiamato a "materializzarsi" (11) e porsi il problema delle garanzie di cui eventualmente circondare il riconoscimento dei divorzi consensuali non definibili come decisioni.

Da qui la necessità – sotto il profilo della disciplina della circolazione transfrontaliera degli accordi di divorzio – di una salda distinzione fra "decisione" e "accordo": distinzione che ha costituito uno dei punti focali

---

(6) Cfr. le fonti citate *retro*, nt. 1.

(7) L'art. 46 Reg. (CE) 2003/2001 ammetteva il riconoscimento degli atti pubblici e degli accordi alle stesse condizioni delle decisioni, purché avessero efficacia esecutiva nello Stato di origine.

(8) Concernenti il riconoscimento di atti pubblici e di accordi aventi effetti giuridici vincolanti nello Stato membro di origine i senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento.

(9) Anche questa norma ammette il riconoscimento di transazioni giudiziarie o di atti pubblici e l'esecutività come decisioni, se esecutivi nello stato membro di origine.

(10) I rischi della degiurisdizionalizzazione sono stati per lo più indagati nel campo della tutela dei consumatori: v., per esempio, N. Reich, *A 'Trojan horse' in the access to justice. Party autonomy and consumer arbitration in conflict in the ADR-Directive 2013/11/EU?*, in *ERCL* 2014/2, p. 270 ss.

(11) Parla di "*Materialisierung des IPR*", M. Löhnig, *Die "*Sahyouni-Saga*". Eine Nachlese zu Grifo NZFam 2020*, 202, in *Neue Zeitschrift für Familienrecht* (NZFam) 2021, p. 446.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dell'attività interpretativa della Corte di Giustizia nell'ultimo decennio – non solo nel diritto di famiglia (12) – e che ha subito un mutamento di rotta nel 2022, a proposito di un divorzio ottenuto di fronte a un ufficiale dello stato civile italiano (13).

2. – La prima volta che la Corte di Giustizia ebbe a che fare con un divorzio non giudiziario fu nel 2017, a proposito della possibilità di estendere la disciplina della legge applicabile contenuta nel regolamento Roma III (Reg. (UE) 2010/1259) a una dichiarazione unilaterale di scioglimento del matrimonio resa da uno dei coniugi (di doppia nazionalità: tedesca e siriana) dinanzi a un tribunale religioso nel Paese di origine (14). In quella occasione la Corte ebbe buon gioco nel richiedere che il divorzio, per essere assoggettato al predetto regolamento, fosse almeno "pronunciato da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo": requisito mancante, appunto, nel celebre caso che aveva dato origine alla "saga *Sahyouni*" (15). Tale *ratio decidendi*, sufficiente per espungere dal regime europeo della legge applicabile lo scioglimento del matrimonio dichiarato dal tribunale islamico secondo la *sharia*, ha però poco da offrire all'interprete posto di fronte alla molteplice varietà di divorzi degiurisdizionalizzati diffusi dentro i confini dell'Unione (16).

Nel breve arco di qualche anno, infatti, sono stati divorzi europei – il divorzio "municipale" italiano e quello notarile spagnolo –, provvisti dei crismi individuati nel caso *Sahyouni*, a sollecitare alla Corte di Giustizia una risposta meno scontata sull'applicazione dei regolamenti europei in materia di divorzio e a sottoporre a *stress test* il regolamento Bruxelles II-*bis* (Reg (CE) 2003/2001, relativo al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori), proprio in pendenza dell'entrata in vigore del nuovo Bruxelles II-*ter* (Reg. (UE) 2019/1111).

Nel primo caso i coniugi (uno italiano e uno dalla doppia nazionalità, italiana e tedesca), una volta ottenuto il divorzio in Italia, si sono visti opporre il rifiuto alla trascrizione da parte dell'ufficiale del registro civile

---

(12) CGUE 21 giugno 2018, C-20/17, *Oberle*; CGUE 23 maggio 2019, C-658/17, *WB* e CGUE 16 luglio 2020, C-80/19, *E.E.*

(13) CGUE 15 novembre 2022, C-646/20, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht v. TB*.

(14) CGUE 20 settembre 2017, Caso C-372/16, *Soha Sahyouni v. Raja Mamisch*.

(15) M. LÖHNIG, *Die "*Sahyouni-Saga*"*, cit., p. 446.

(16) Come osserva A. DUTTA, *Anmerkung* a KG Berlino 30 marzo 2020, in *FamRZ*, 2020, p. 1217 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di Berlino, incerto se al caso di specie fosse applicabile o meno il § 107 *FamG*, il quale richiede, per il riconoscimento di decisioni straniere di divorzio, l'accertamento dei relativi requisiti da parte della competente autorità del *Land*: procedura non necessaria, invece, qualora l'atto di divorzio rientri nella sfera di applicazione del regolamento sopra citato (e, in particolare, dell'art. 21, relativo al riconoscimento di una decisione). Da qui il rinvio pregiudiziale della Corte federale tedesca (17).

Una questione analoga, solo due anni dopo, è stata sollevata dal *Kammergericht* di Berlino a proposito dello scioglimento del matrimonio avvenuto di fronte a un notaio spagnolo (18), ma il procedimento di fronte alla Corte di giustizia è stata cancellato nel dicembre 2022 in conseguenza della sentenza *Senatsverwaltung* (19), capace di dare risposta positiva anche al caso ancora pendente.

Rispetto al precedente del 2017, la pronuncia del 2022 si spinge ben oltre nell'interpretazione dei concetti di "corte" e di "decisione" disegnati dall'art. 2 (1) e (4) del sopra citato regolamento Bruxelles II-*bis*, stabilendo che un atto di divorzio redatto da un ufficiale dello stato civile italiano – contenente un accordo concluso fra i coniugi e da questi confermato dinanzi ad esso – in conformità alle condizioni previste dall'art. 12 d.l. n. 132/2014, costituisce una "decisione" ai fini del suo riconoscimento ai sensi dell'art. 21 del predetto regolamento.

L'interpretazione estensiva del concetto stesso di "decisione" così concepita si irradia, come si è accennato, al caso del divorzio notarile spagnolo sollevato di fronte alla Corte di Giustizia e ora stralciato, nonché sulla lettura del successivo regolamento Bruxelles II-*ter* (Reg (UE) 2019/1111), puntualmente richiamato nel corpo della decisione. L'onda di questa interpretazione è destinata a propagarsi altresì sul già citato regolamento Roma III: già nel caso *Sahyouni*, infatti, la Corte di Giustizia aveva sottolineato la necessità di coordinare l'interpretazione della sfera di applicazione del regolamento sulla giurisdizione e sul riconoscimento del divorzio (e della separazione) e di quello sulla legge applicabile, ritenendo

---

(17) *Bundesgerichtshof* (*BGH*) 28 ottobre 2020, n. 187, in *G. it.*, 2021, p. 594, con nota di D. Turoni, *Il divorzio italiano davanti al sindaco e la sua circolazione nello spazio* UE; in *FamRZ*, 2020, p. 119, con note di C. Mayer e E. Bargelli. In precedenza, v. KG Berlino 30 marzo 2020, in *FamRZ*, 2020, p. 1215, con commento di A. Dutta.

(18) KG, 28 aprile 2022, in *openJur*, 2022, 9561.

(19) Con decisione del 28 dicembre 2022 del Presidente della Corte, il caso C-304/22 (*PM v. Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht*), a seguito del ritiro del rinvio, è stato stralciato.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

imprescindibile un'armonizzazione trasversale nella materia della separazione e del divorzio (20).

Proprio a causa delle implicazioni più generali che una così ampia definizione di "decisione" è destinata a comportare e del suo carattere innovativo e cogente, la dottrina elaborata dalla Corte e fondata sull'esame di merito dell'accordo va vagliata tenendo conto del duplice e convergente piano del diritto europeo e del diritto nazionale: in particolare, delle modalità di costruzione dell'interpretazione autonoma del concetto di "decisione" – anche nel confronto con il limitrofo settore delle successioni (21) – e della sua applicazione al divorzio italiano e a quello di altri Stati membri. Va poi verificato se un ragionamento alternativo sarebbe stato possibile per i casi sottoposti al regolamento Bruxelles II-*bis* e se una via più convincente resti da tracciare per l'interpretazione del regolamento Bruxelles II-*ter*.

3. – Per giungere alla conclusione che l'atto di divorzio c.d. municipale italiano è una "decisione" ai sensi dei regolamenti Bruxelles II-*bis* e -*ter*, la Corte di Giustizia fa leva sul consolidato principio dell'interpretazione autonoma del diritto dell'Unione, a sua volta eretta sulla formulazione letterale della legislazione secondaria di cui si invoca l'applicazione e sulle sue finalità, che rimandano agli obiettivi sanciti dai Trattato sul Funzionamento in materia di cooperazione giudiziaria.

Sulla base di questa premessa, si sceglie di puntare sul tipo di controllo che l'autorità pubblica competente è chiamata a esercitare sull'atto di divorzio. A una tale interpretazione, d'altra parte, non frappone alcun ostacolo la lettera del regolamento Bruxelles II-*bis*, date le ampie definizioni di "corte" e di "decisione" accolte nell'art. 2 (1) e (4) e, in particolare, l'equiparazione fra il giudice e "il titolare di competenze equivalenti a quelle del giudice" da queste stabilita.

Mentre nel caso *Sahyouni* la Corte si era limitata a invocare la necessità (almeno) di un controllo svolto dall'autorità (giudiziaria o non) sul divorzio, lasciandone però indeterminati la natura e l'intensità, ora, in un passaggio significativo, se ne precisa il significato, che consiste nell'esame sia

---

(20) C-372/16, n. 42. Per una sintetica esposizione dei contenuti dei regolamenti dell'Unione in materia di legge applicabile e di riconoscimento del divorzio, v. C. BARUFFI, *Il divorzio nel diritto dell'Unione Europea*, in *Fam. e d.*, 2021, p. 99 ss. Per un commento, in particolare, del Reg. (UE) 2019/1111, M.A. LUPOI, *Il regolamento (Ue) n. 1111 del 2019: novità in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2020, p. 574 ss.

(21) V. *infra*, par. 4.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

delle condizioni del divorzio alla luce del diritto nazionale sia dell'effettività e della validità del consenso dei coniugi.

È opportuno soffermarsi sul significato di tale descrizione del contenuto del controllo. Se ne trae che il sindacato rimesso all'autorità non giudiziaria, per poter assurgere a "decisione" sull'estinzione dello *status*, deve potersi estendere al di là dell'accertamento delle condizioni del divorzio: verifica, quest'ultima, che, almeno nell'ordinamento italiano, assume natura solo formale, concernendo il maturare del periodo minimo di separazione legale (art. 3, comma 1°, n. 2, lett. *b*, l. div.). Nell'abbracciare la validità e l'effettività del consenso, infatti, il sindacato implica un'indagine ulteriore rispetto al controllo dell'identità delle parti e del possesso della capacità legale di agire, ovvero della ricezione della conferma dell'accordo in un intervallo temporale minimo dalla prima comparizione (come previsto dall'art. 12 d.l. n. 132/2014): potendo includere l'accertamento della volontà delle parti, eventualmente mediante la proposizione di domande e l'assunzione di informazioni tese a verificare il possesso dell'effettiva capacità di intendere e di volere e l'assenza, almeno, di vizi del consenso.

Quando il divorzio è basato sull'accordo (e una volta escluso che una decisione, per essere definita tale, esiga di avere alle spalle un procedimento contenzioso [22]), il sindacato di merito rimesso ad un'autorità (qualunque essa sia) può assumere gradazioni e significati diversi.

Rispetto al profilo dell'estinzione dello *status*, l'accertamento dell'effettività del consenso dei coniugi allo scioglimento del vincolo rappresenta, in astratto, la massima estensione possibile di tale sindacato, una volta che, appunto, sussista il requisito dello spirare del periodo minimo di separazione legale (art. 3, n. 2, lett. *b*, l. n. 398/1970). Nel divorzio su domanda congiunta un minimo spazio per questo accertamento è ammesso in sede di comparizione personale dei coniugi (art. 4 l. div.: "all'udienza di comparizione, il presidente deve sentire i coniugi, prima separatamente poi congiuntamente, tentando di conciliarli") [23]. Nulla di analogo è previsto,

---

[22] Un passaggio, questo, bene scolpito dalla CGUE 21 giugno 2018, C-20/17, cit., in materia di diritto successorio.

[23] Questa disposizione è ora abrogata dal decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 (non ancora entrata in vigore nel momento in cui questo contributo è stato licenziato), il quale, per il procedimento su domanda congiunta, prevede la comparizione delle parti davanti al giudice relatore, che, sentite le parti e preso atto della loro volontà di non riconciliarsi, rimette la causa in decisione. Al di fuori di questo momento, l'accertamento si limita alla verifica della causa tipica di divorzio, essendo nullo il margine di discrezionalità riservato all'autorità giudiziaria: da ultimo, per una sintesi del dibattito, M.N. BUGETTI, voce *Divorzio (presupposti ed effetti personali),* in *Enc. dir., I Tematici, Famiglia,* cit., p. 335 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

invece, in sede di divorzio di fronte all'ufficiale di stato civile (24), mentre nel procedimento di negoziazione assistita l'accertamento della volontà effettiva delle parti è semmai demandata agli avvocati che le assistono (e che non svolgono la funzione di pubblici ufficiali se non per l'autografia delle sottoscrizioni), mentre l'accordo così raggiunto è semplicemente "trasmesso" al Pubblico Ministero (art. 6, comma 2°, l. n. 132/2014).

Questo livello di sindacato diviene invece insufficiente qualora l'accordo, oltre a contenere la volontà di porre fine al matrimonio, includa anche disposizioni patrimoniali (nei confronti di uno dei coniugi o dei figli) e provvedimenti sull'affidamento di minori. In tali ipotesi, lo svolgimento di un sindacato di merito, per essere definito tale, non potrebbe certo limitarsi all'accertamento dell'effettività del consenso, ma estendersi a valutare il contenuto dell'accordo sotto il profilo dell'eventuale violazione di norme imperative, dell'ordine pubblico o del buon costume (25) o dell'equità delle condizioni patrimoniali concordate fra i coniugi (26). L'autorità preposta si spinge, poi, a un grado più intenso di valutazione discrezionale e di merito se competente in materia di affidamento di figli minori o non autosufficienti, venendo in gioco il parametro ulteriore del loro miglior interesse (27).

Il criterio evocato dalla Corte di Giustizia per identificare la "decisione", pertanto, è ritagliato sul segmento dell'estinzione dello *status*, ove, in assenza di un procedimento contenzioso, qualsiasi autorità – sia essa giudiziaria o non giudiziaria – si limita a prendere atto del consenso dei

---

(24) V. *infra*, par. 5.

(25) Quanto alla procedura di divorzio tramite negoziazione assistita, gli avvocati sono tenuti a verificare che l'accordo rispetti le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume: verifica dovrebbe rientrare altresì nel controllo di legittimità rimesso al Pubblico Ministero chiamato a rilasciare il nulla osta (si rinvia, sul punto, ad argomenti già svolti altrove: E. BARGELLI, *L'accordo dei coniugi*, cit., p. 276 ss.). Nel senso che, invece, il controllo del procuratore non possa estendersi, d'ufficio, alla conformità dell'accordo alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, M. CALOGERO, voce *Negoziazione assistita familiare,* in *Enc. dir.*, *I Tematici*, *Famiglia,* cit., p. 930. V., per una rassegna di provvedimenti di diniego di nulla osta sintomatici di un ruolo "penetrante" di alcune Procure della Repubblica, G. SARNARI, *Editoriale*, in *AIAF*, 2016, p. 2 ss.

(26) Si tratta di un controllo che, per esempio, il cancelliere del tribunale o il notaio spagnolo sono testualmente chiamati a effettuare: "Se i coniugi formalizzano gli accordi davanti al consulente legale o al notaio e quest'ultimo ritiene che, a suo avviso, uno di essi possa essere dannoso o gravemente pregiudizievole per uno dei coniugi o per i figli maggiorenni o minori emancipati interessati, o gravemente pregiudizievole per il benessere degli animali domestici, ne informa le parti e pone fine al procedimento" (art. 90, comma 2°, *Código civil*) In questo caso, i coniugi possono rivolgersi al giudice solo per l'approvazione della proposta di accordo transattivo.

(27) Sul ruolo della clausola dell'interesse del minore nei diversi procedimenti concernenti la filiazione, L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *R. d. civ.*, 2016, p. 86 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

coniugi e della sussistenza dei presupposti previsti dalla legge per lo scioglimento del matrimonio (28).

Rispetto ad altri possibili contenuti dell'accordo di divorzio, invece, tale criterio individua un livello di controllo difficilmente definibile "di merito" e – si può aggiungere – inadeguato a tutelare gli interessi in gioco. Se quest'ultimo dato rilevi sul piano della circolazione di tali accordi nello spazio giuridico europeo è, però, un'altra questione: il Reg. (UE) 2019/1111 (c.d. Bruxelles II-*ter*), dopo avere affidato all'ordine pubblico il ruolo di filtro [artt. 39, lett. *a* e 68, lett. *a*], solo per le determinazioni sulla responsabilità genitoriale impone agli Stati il rispetto dello standard sostanziale del diritto dei minori a essere ascoltati [artt. 39, lett. *c*, e 68(3)].

4. – Chiarito il significato che può assumere il controllo sostanziale dell'accordo di divorzio, per comprenderlo a fondo occorre inquadrarlo nel contesto degli orientamenti che la Corte di Lussemburgo ha maturato in ordine ai concetti di "corte" e di "decisione".

Setacciando ad ampio spettro tali precedenti, viene da osservare, innanzitutto, che si tratta di un criterio sostanzialmente inedito nella giurisprudenza della Corte europea. Il caso citato – una alquanto remota pronuncia del 1994, che aveva negato la natura di "decisione" a una transazione intervenuta di fronte al giudice di uno Stato membro – aveva accolto di tale concetto, invero, la tradizionale nozione restrittiva ("per poter essere qualificato «decisione» ai sensi della Convenzione, l'atto deve provenire da un organo giurisdizionale che appartiene ad uno Stato contraente e che statuisce con poteri propri su questioni controverse tra le parti") (29).

Lo stesso approccio restrittivo e formale viene mantenuto anche nella determinazione della "corte" competente al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (art. 267 TFEU), tendenzialmente fatta coincidere con l'autorità giudiziaria (30).

La linea argomentativa seguita nella pronuncia sul divorzio italiano appare invece in linea con l'attitudine a privilegiare un approccio funzionale al concetto di "corte", volto a far prevalere la sostanziale equivalenza delle funzioni svolte dall'autorità giudiziaria e non giudiziaria piuttosto che la loro qualificazione secondo il diritto nazionale. Così, il criterio dell'equiparazione degli effetti è sotteso, in via esemplare, al non lontano caso

---

(28) D. Henrich, *Schlussbetrachtung: Scheidung ohne Gericht?*, in *Scheidung ohne Gericht?*, cit., p. 368.

(29) CGUE 2 giugno 1994, C-414/92, *Solo Kleinmotoren GmbH v. Emilio Boch*.

(30) C-387/20, *OKR*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Schlömp (31), concernente l'autorità di conciliazione svizzera e l'applicazione della Convenzione di Lugano II. Si noti, però, che la similitudine fra questa pronuncia e quella attuale non è totale, perché quest'ultima, lungi dall'accontentarsi della mera equiparazione fra gli effetti dell'atto giudiziale e non giudiziale, si ancora, appunto, al tipo di controllo svolto dall'autorità competente.

A un approccio funzionale la Corte di Giustizia si ispira, invero, anche nel vicino settore del diritto successorio, dove, applicando quanto stabilito nel Reg. (UE) 2012/650 (art. 3, par. 2), afferma che "corte" può ben essere qualsiasi autorità non giudiziaria o anche un professionista competente in materia successoria, purché, però, eserciti funzioni giudiziali o agisca su delegazione di poteri da parte di un'autorità giudiziaria o sotto il controllo di quest'ultima. Nel dare concretezza a questa definizione, la Corte di Giustizia segue una strada diversa da quella percorsa a proposito del riconoscimento del divorzio e precisa che ricorre una "corte" solo se l'autorità o il professionista competente può assumere una decisione anche contro la volontà delle parti: qualifica che viene quindi negata al notaio polacco e a quello lituano (32), i quali – analogamente, si può aggiungere, a quello italiano – possono emettere il certificato successorio solo su unanime richiesta delle parti.

5. – Mentre, dunque, appare arduo ravvedere nei precedenti un filone monocolore o univoco, appare invece decisivo, nell'*iter* argomentativo della Corte, l'intenzione di tendere un filo di continuità fra i due regolamenti in materia di giurisdizione e di riconoscimento del divorzio che si sono succeduti fra il 2003 e il 2019 e di costruire un piccolo e autonomo "microsistema" del diritto europeo della crisi coniugale, sulla scia di quanto già aveva fatto la stessa Corte nel caso *Sahyouni*. Qui la Corte si era già appellata alla pronuncia o al "controllo" di un'autorità pubblica, senza, però, specificarne il senso (33). Ora l'esame di merito, oltre a precisare quanto nel caso *Sahyouni* era rimasto generico, recepisce il criterio invocato dal considerando 14 del regolamento Bruxelles II-*ter* al fine di tracciare la distinzione fra decisioni (sottoposte alle regole di circolazione segnate negli artt. 30 ss.) e atti pubblici o accordi (che seguono il diverso regime di cui agli artt. 65 ss.). Viene invocata, per perorare questa solu-

(31) CGUE 20 dicembre 2017, C-467/16, *Brigitte Schlömp v. Landratsamt Schäbisch Hall*.

(32) V., rispettivamente, CGUE 23 maggio 2019, C-658/17, cit., e CGUE 16 luglio 2020, C-80/19, cit.

(33) V. *retro*, par. 2.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zione, l'interpretazione secondo la volontà del legislatore, di cui è chiamata a far da portavoce la Commissione Europea, che, in sede di udienza, avrebbe confermato l'intendimento di non introdurre, con il Reg. (UE) 2019/1111, norme nuove rispetto a quello previgente, ma, più semplicemente, di chiarirne il significato: con particolare riguardo, appunto, alla nozione di "decisione" (art. 21), di "atto pubblico" (art. 46) e alla linea di demarcazione fra l'una e l'altro (34).

In tal modo, al regolamento del 2019 si attribuisce una funzione di interpretazione autentica del più vecchio Bruxelles II-*bis* e, al contempo, quest'ultimo finisce per anticipare l'operatività del nuovo, entrato in vigore nel 1 agosto 2022 per tutti gli Stati membri (eccettuata la Danimarca) (35).

La scelta di invocare, per l'applicazione del regolamento previgente, il criterio introdotto da quello successivo ha precise implicazioni pratiche: conduce, cioè, a unire in uno stesso destino interpretativo i due atti normativi e a riprodurre la qualificazione del divorzio municipale come "decisione" anche nei casi che saranno sottoposti al regolamento Bruxelles II-*ter* (con conseguente applicazione del regime di circolazione di cui agli artt. 30 ss.).

6. – Così precisata la portata della dottrina affermata dalla Corte di Giustizia nel 2022, emergono almeno due ordini di perplessità.

Innanzitutto viene da chiedersi se sia corretta l'applicazione del principio di diritto al caso oggetto dell'ordinanza di rimessione. Ha ragione il BGH, nell'ordinanza di rinvio, ad osservare che nel divorzio municipale italiano l'ufficiale di stato civile non esercita un controllo di merito, limitandosi a verificare l'identità delle parti, l'assenza di figli minorenni, incapaci, portatori di handicap grave o non economicamente indipendenti e la sussistenza dei presupposti richiesti *ex* art. 12 d.l. n. 132/2014, oltre a ricevere, successivamente, la conferma definitiva della volontà dei coniugi di divorziare (36). Non solo, dunque, l'ufficiale di stato civile non emana un qualsivoglia atto (sia esso di natura autorizzativa o un meno nulla osta), come, invece, fa il Pubblico Ministero rispetto all'accordo frutto della negoziazione assistita, che senza quell'atto non sarebbe in grado di produrre l'effetto dell'estinzione dello status; esso neppure svolge quell'attività

(34) V. CGUE 15 novembre 2022, n. 61.

(35) V. più diffusamente *infra*, par. 5.

(36) E. BARGELLI, *L'accordo dei coniugi nella negoziazione assistita e nel procedimento municipale: il divorzio per mutuo dissenso fa il suo ingresso nell'ordinamento*, in G. FERRANDO, M. FORTINO e F. RUSCELLO (a cura di), *Legami familiari*, in *Tratt. Dir. famiglia Zatti. Le riforme*, I, Milano 2018, p. 273 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di accertamento della validità e dell'effettività del consenso che, pure, secondo la Corte di Giustizia, varrebbe a connotare il controllo di merito (e che, in astratto, rientrerebbe, di contro, nei poteri e dei doveri di un notaio, qualora fosse competente a redigere un accordo di divorzio). Nella prassi, infatti, i coniugi si limitano a compilare un modulo di avvio del procedimento, che culmina della loro comparizione, congiunta e di persona, di fronte all'ufficiale dello stato civile per l'espressione della loro volontà e per la successiva riconferma di questa. Dal punto di vista dei contenuti dell'accordo, dunque, la partecipazione dell'ufficiale dello stato civile è meramente esterna e passiva, sostanziandosi – al contrario di quanto afferma la Corte di Giustizia – in una verifica di natura amministrativa circa la regolarità del procedimento.

Queste considerazioni portano a ritenere che la dottrina esposta dalla Corte di Giustizia, se applicata con rigore al caso concreto, avrebbe dovuto condurre all'opposto risultato di non qualificare il divorzio municipale come "decisione".

Vi è, poi, un ulteriore ordine di perplessità – più lieve del precedente – concernente le implicazioni future della dottrina elaborata dalla Corte di Giustizia. Una volta definito "di merito" il controllo operato dall'ufficiale dello stato civile italiano e classificata come "decisione" l'atto da questo redatto, infatti, c'è da domandarsi quanto resti dei divorzi non giudiziali europei a riempire il bacino riservato agli atti pubblici e agli accordi dagli artt. 65 ss. del regolamento Bruxelles II-*ter*. Non solo, infatti, ne saranno esclusi i divorzi amministrativi caratterizzati da un autentico controllo di merito dell'accordo (come quello portoghese di fronte al conservatore dei registri civili) (37); si dovranno sottrarre al regime degli atti pubblici e degli accordi anche i vari e frequenti casi di divorzi redatti dai notai (38): dove il livello di controllo oscilla da un minimo ristretto ai presupposti e alla validità del consenso fino a giungere alla possibilità di valutare il carattere dannoso dell'accordo per uno dei coniugi (come nel caso del divorzio di

(37) V. artt. 1776 e 1778 *Código civil* portoghese, il cui procedimento è esemplato su quello giudiziale consensuale, prevedendo il rifiuto dell'omologazione se gli accordi non tutelano adeguatamente gli interessi di uno dei coniugi, con conseguente rimessione del caso al tribunale del distretto.

(38) Il divorzio "notarile" è consentito, per esempio, in Grecia (Legge 4509/2017); in Romania (art. 375 del codice civile); in Slovenia (art. 97 del nuovo Codice di famiglia entrato in vigore nel 2019: v., in tema, S. KRALJIC, *New family code and the dejudicialization of divorce in Slovenia*, in *Balkan Social Science Review*, Vol. 15, June 2020, p. 157 ss.); in Spagna (art. 87 *Código civil* – v. legge 2 luglio 2015, n. 15), in alternativa all'accordo di fronte al cancelliere del tribunale (v. *retro*, nt. 23): v. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (a cura di), *Separaciones y divorcios ante notarios*, Madrid 2016.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fronte al notaio o al cancelliere del tribunale in Spagna) (39). Diversamente, rimarranno probabilmente fuori dalla cerchia delle "decisioni" in tal modo definite i divorzi nei quali l'autorità pubblica o il professionista si limitano a ricevere un accordo formato *aliunde*: parrebbe questa la conclusione da trarre, per esempio, con riguardo al divorzio consensuale francese, in cui il notaio non è competente a redigere l'atto, ma riceve l'accordo negoziato e firmato dagli avvocati (oltre che dalle parti) e lo invia ai registri dello stato civile per la trascrizione (40).

La retroattività del criterio adoperato dal regolamento Bruxelles II-*ter* e la sua applicazione a situazioni analoghe al divorzio municipale italiano, in altre parole, finiscono per espandere la nozione di "decisione" fino al punto di ridurre o addirittura di rendere residuale il terreno di applicazione degli atti pubblici e degli accordi, facendo vacillare, nei fatti, quella linea di separazione fra l'una e gli altri costituente la cifra della riforma attuata con il Reg. (UE) 2019/1111 (41).

7. – Occorre, infine, puntualizzare un'ulteriore implicazione, per quanto collaterale, che la dottrina da ultimo affermata dalla Corte di Giustizia porta con sé.

Nell'intento di costruire, *ex post*, un vocabolario comune fra i due regolamenti in materia di giurisdizione e riconoscimento della separazione, del divorzio (nonché dei provvedimenti sulla responsabilità genitoriale) e quello sulla legge applicabile a tali vicende, rimane inesplorato il problema della circolazione della parte dell'accordo concernente le conseguenze patrimoniali della dissoluzione del vincolo. Il Reg. (CE) 2008/9 (in materia di giurisdizione, riconoscimento, legge applicabile ed esecuzione delle decisioni in materia relativa alle obbligazioni di mantenimento) offre, a sua volta, una distinta (e restrittiva) definizione di "decisione" e di "atto pub-

---

(39) Il divorzio di fronte al notaio o al cancelliere del tribunale – che non esclude l'opzione consensuale giudiziale (art. 86 *Código civil*) – è ammessa e disciplinata dall'art. 87 *Código civil* (che rinvia, per i requisiti, all'art. 82); i coniugi devono presentarsi personalmente, ferma restando, la necessaria assistenza di un avvocato e l'assenza di figli minori o maggiorenni non autosufficienti.

(40) Il divorzio francese degiurisdizionalizzato (introdotto con legge del 26 febbraio 2016: artt. 229-1 a 229-4 del *Code civil* come esclusiva forma di divorzio consensuale) non può definirsi propriamente notarile, né ha natura di atto pubblico, in quanto redatto dagli avvocati (uno per parte, la cui assistenza è obbligatoria) e poi depositato da un notaio, che gli attribuisce così data certa: P. HAMMJE, *Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas d'un divorce sans for*, in *Dalloz 2017*/2 N° 2, p. 143 ss.

(41) Su cui v. C. HONORATI e S. BERNASCONI, *L'efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, p. 22 ss., spec. 38 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

blico" (art. 2, par. 1 e 3), richiedendo, per la circolazione di quest'ultimo in un altro Stato membro, che sia provvisto di efficacia esecutiva (art. 48).

Ora, non sembra si possa dubitare che l'accordo di divorzio di cui all'art. 12 d.l. n. 1327/2014 – quale documento redatto dal competente pubblico ufficiale, autorizzato a conferire ad esso pubblica fede – ricada nella definizione di atto pubblico (art. 2714 c.c.) (42); né che tale sia da qualificare anche ai sensi del Reg. (CE) 2008/9. Sicché, essendo titolo esecutivo nel diritto nazionale (art. 474 c.p.c.), tale accordo è riconoscibile ai sensi del citato art. 48.

Ne deriva ulteriormente che lo stesso accordo di divorzio redatto dall'ufficiale di stato civile, se contenente disposizioni sull'assegno di divorzio, sia al contempo "decisione" ai fini dei regolamenti Bruxelles II-*bis* e -*ter* e "atto pubblico" per il regolamento sul mantenimento.

Questo strabismo determinato dall'applicazione delle fonti eurounitarie si incunea sull'interpretazione del più volte citato art. 12 del decreto del 2014 portata avanti dal Ministero dell'interno (con la circolare n. 6/2015 (43)) e dal Consiglio di Stato (44), allorché hanno ritenuto legittimo includere nell'accordo di divorzio stipulato di fronte all'ufficiale di stato civile anche determinazioni sull'assegno periodico di divorzio, rimanendovi esclusi solo i patti sui trasferimenti immobiliari e sulla modalità *una tantum* dell'assegno.

Tale interpretazione, pur agganciata alla formula letterale del divieto di "patti di trasferimento patrimoniale", suscita perplessità sul piano della coerenza del sistema delle forme degiurisdizionalizzate di divorzio. Essa ammette, infatti, che uno stesso atto normativo (il già citato decreto n. 132/2014) circondi la separazione e il divorzio in mancanza di figli non autosufficienti dell'assistenza obbligatoria degli avvocati e del suggello del Pubblico Ministero (artt. 6 ss.) e, contraddittoriamente, consenta alle parti di perseguire effetti identici pur in assenza di queste garanzie sostanziali e

---

(42) In questo senso C. SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2016, p. 1287 ss.

(43) Com'è noto, mentre una prima circolare ministeriale (n. 19/14) aveva escluso qualsiasi clausola avente carattere dispositivo sul piano patrimoniale, la successiva (n. 6/15) restringe il divieto ai patti relativi alla corresponsione *una tantum* dell'assegno, facendo leva sul riferimento, contenuto nell'art. 12, alla "modifica" delle condizioni. In senso favorevole a tale interpretazione, valorizzando il dato testuale appena riferito, v. M.A. LUPOI, *Separazione e divorzio*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2016, p. 286.

(44) Il Cons. Stato 26 ottobre 2016, n. 4478, in *F. it.*, 2016, III, c. 636, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità della circolare del 2016, ne conferma l'interpretazione data all'espressione "patti di trasferimento patrimoniale".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

procedurali. Viceversa, per rendere armoniche le due modalità di scioglimento del matrimonio, occorrerebbe ipotizzare che diverso e più limitato sia il contenuto dell'accordo di fronte all'ufficiale di stato civile rispetto a quello raggiunto all'esito della negoziazione assistita, perché non corredato di alcuna forma di assistenza legale delle parti e di controllo pubblico di merito. Tale lettura consentirebbe di espungere dalla modalità meno garantista non solo i provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale e di mantenimento dei figli non autosufficienti, ma anche i patti che toccano i contenuti più esposti alla disparità di posizioni fra i coniugi indotta dalla distribuzione ineguale dei ruoli e dei carichi familiari nel corso della durata del matrimonio.

L'interpretazione supportata dal Consiglio di Stato, inoltre, propizia la circolazione, attraverso l'art. 48 Reg. (CE) 2008/9, di un atto pubblico che potrebbe contenere patti sul mantenimento dell'ex coniuge raggiunti in mancanza di qualsiasi garanzia, sostanziale o procedurale, a favore della parte comunemente definita "debole": un'assenza, questa, che difficilmente sarebbe rilevata dal limite dell'ordine pubblico, visto il progressivo indebolimento del suo ruolo nel diritto applicato, anche nella materia matrimoniale (45).

Su questo sfondo, la pronuncia della Corte di Giustizia – pur concernendo il mero profilo dell'estinzione dello status e il diverso regolamento in tema di giurisdizione e di riconoscimento di tale atto –, nell'attribuire all'ufficiale di stato civile la patente di controllore del merito dell'accordo, rischia di ingenerare, fuori dai confini nazionali, la falsa percezione dell'esistenza di minime garanzie sostanziali che corredano l'accordo.

8. – Se, come si è argomentato poc'anzi (46), l'applicazione consequenziale della dottrina del "controllo di merito" avrebbe dovuto condurre a

---

(45) Sull'allentamento o addirittura lo "svuotamento" dell'ordine pubblico nell'evoluzione più recente della giurisprudenza in materia familiare, in senso critico, A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europ. e d. priv.*, 2019, p. 743 ss.; sul tema, in generale, v. poi, da ultimo, A. MONTANARI, *Ordine pubblico, diritto privato e vocazione internazionale*, in *Europ. e d. priv.*, 2022, p. 133 ss. Constata il declino applicativo del limite dell'ordine pubblico nel riconoscimento degli atti in materia di divorzio in Germania T. HELMS, *Neue Entwicklungen im Scheidungsrecht als Herausforderung für das Internationale Privatrecht*, in *Scheidung ohne Gericht*, cit., p. 243 s. Resta trattenuto dalla rete dell'ordine pubblico lo scioglimento del matrimonio tramite ripudio: Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. e d.*, 2019, p. 1198, con note di D. GIUNCHEDI – M. WINKLER; per qualche ulteriore precisazione, Cass. civ., sez. I, 14 agosto 2020, n. 17170, in *Fam. e d.*, 2021, p. 507 ss., con nota di O. VANIN, *Divorzio iraniano e controllo "in concreto" di compatibilità con l'ordine pubblico del provvedimento straniero*.

(46) V. *retro*, par. 6.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

negare al divorzio municipale italiano la qualifica di "decisione" ai sensi dell'art. 21 del regolamento Bruxelles II-*bis*, occorre ora esaminare quali approcci alternativi al problema della sfera di applicazione di tale regolamento erano stati prospettati in precedenza.

A negare l'applicazione del regolamento Bruxelles II-*bis* all'accordo di divorzio di fronte all'ufficiale dello stato civile era giunto il BGH nel rinvio pregiudiziale (47), interpretando in modo diverso dal *Kammergericht* il concetto di *konstitutive Mitwirkung* dell'autorità pubblica legittimata a intervenire (48). In particolare, la Corte federale aveva aderito alla posizione che nega sussistere una decisione là dove l'effetto costitutivo – l'estinzione dello *status* – sia la conseguenza giuridica del solo atto di autonomia e non (anche) del concorso dell'autorità coinvolta e competente (indipendentemente, si può aggiungere, dal tipo di controllo da questa posto in essere) (49). Tale diversa prospettazione, qualora fosse stata accolta dalla Corte di Giustizia, avrebbe portato ad espungere dai confini del regolamento Bruxelles II-*bis* non solo il divorzio pronunciato dall'ufficiale di stato civile italiano, ma anche gli atti redatti dai notai, nei molti ordinamenti che attribuiscono a questi ultimi la competenza in materia di divorzio non contenzioso (50). In tal modo, sarebbe stata resa meno agevole e armonica la circolazione degli atti di divorzio non giudiziari in Europa (51).

Vista l'equiparazione che il diritto nazionale instaura fra gli effetti di tale accordo e quelli del corrispondente atto giudiziario (art. 12 d.l. n. 132/2014) e tenuto conto delle finalità della cooperazione giudiziaria e del principio della reciproca fiducia degli Stati dell'Unione, è, dunque, comprensibile l'esigenza di colmare le lacune nel regolamento Bruxelles II-*bis* e di sostenerne un'interpretazione estensiva, almeno nelle more della sua revisione.

Tale esito avrebbe potuto essere raggiunto, però, ricorrendo alla qualificazione alternativa come "atto pubblico", perfettamente coerente con l'inquadramento dell'accordo di divorzio di cui all'art. 12 d.l. n. 1327/2014 nel diritto italiano (52) e calzante, almeno, in tutti i diversi casi in cui

---

(47) BGH 28 ottobre 2020, cit., n. 23.

(48) V. *infra*, par. 9.

(49) M.G. CUBEDDU WIEDEMANN e D. HENRICH, *Neue Trennungs– und Scheidungsverfahren in Italien*, in *FamRZ*, 2015, p. 1253 ss.

(50) V. *retro*, nt. 29.

(51) Aggiunge D. TURRONI, *Il divorzio italiano di fronte al sindaco*, cit., p. 596 che si sarebbe realizzato un risultato antinomico rispetto al regime applicabile agli accordi relativi all'affidamento dei minori, destinati a circolare ai sensi dell'art. 46 Reg. (CE) 2003/2001.

(52) V. *retro*, par. 7. Maggioritaria è, nella letteratura italiana, la posizione favorevole a inquadrare il divorzio di fronte all'ufficiale dello stato civile nell'art. 46 del regolamento

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la convenzione redatta da un pubblico ufficiale sia legittimata a contenere disposizioni sulla responsabilità genitoriale e sia dotata di efficacia esecutiva (art. 46 Reg. (CE) 2003/2001).

Percorrere questa strada e colmare così la lacuna del regolamento del 2003, tuttavia, avrebbe comportato almeno due difficoltà con riferimento al profilo dell'estinzione dello *status* coniugale. Primo, quella di considerare soddisfatte, ai fini della circolazione dell'atto pubblico, le condizioni fissate dall'art. 46 del regolamento Bruxelles II-*bis*, che recita: "i documenti redatti o registrati come atti pubblici, se dotati di efficacia esecutiva in uno Stato Membro...sono riconosciuti e dichiarati esecutivi alle stesse condizioni delle decisioni". Ora, l'efficacia esecutiva – coniugabile, come si è appena detto, con i provvedimenti sulla responsabilità genitoriale, nonché sul mantenimento (53) – mal si concilia con l'estinzione dello *status* (54), che costituisce, invece, un tipico effetto costitutivo. Secondo, il vecchio regolamento non istituiva un apposito certificato per gli atti pubblici e gli accordi, né l'autorità diversa dalla "corte" era tenuta alla verifica della competenza giurisdizionale (55). A ciò si aggiunga la tradizionale riluttanza al riconoscimento degli atti pubblici – al di là dei loro effetti probatori – da parte, almeno, di alcuni Stati Membri (56).

A tali difficoltà, com'è noto, ha fatto fronte il nuovo regolamento, che ha sostituito il presupposto dell'efficacia esecutiva con la formula più appropriata della vincolatività giuridica, ha introdotto un apposito certificato per la circolazione degli atti pubblici e degli accordi e ha imposto all'autorità competente il controllo sulla giurisdizione (v. artt. 64 e 65).

Tenuto conto delle considerazioni appena svolte, non è difficile intuire le ragioni pratiche sottostanti all'avvenuta qualificazione dell'accordo di fronte all'ufficiale dello stato civile come "decisione": ragioni tutte inscritte dentro la storica inadeguatezza del regolamento Bruxelles II-*bis* a far fronte ai divorzi degiurisdizionalizzati europei.

Bruxelles II-*bis*: E. D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *G. it.*, 2015, p. 1282 ss.; C. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 1298; D. TURRONI, *op. cit.*, p. 597.

(53) V. *retro*, par. 7.

(54) D'ALESSANDRO, *The impact of private divorce*, cit., p. 70.

(55) C. HONORATI e S. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 36.

(56) Tale riluttanza – basata su un approccio critico al concetto stesso di "riconoscimento" dell'atto pubblico – è bene espressa da M. BUSCHBAUM, *Ausländische einvernehmliche Notarscheidung vor deutschen Gerichten: Art. 46 Brüssel IIa-Verordnung im Gefüge der unionsrechtlichen Vorschriften über die Zirkulation öffentlicher Urkunden*, in *Scheidung ohne Gericht*, cit., p. 353 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

A questa stessa soluzione, tuttavia, la Corte di Giustizia sarebbe potuta pervenire attingendo a dottrine più convincenti e consolidate rispetto allo scivoloso argomento del controllo di merito dell'accordo.

9 – Alla soluzione di definire l'accordo stilato dall'ufficiale di stato civile come "decisione" era giunto il *Kammergericht* di Berlino nella pronuncia poi impugnata di fronte al BGH (57), sulla scia della tesi che valorizza l'essenzialità della partecipazione dell'autorità (pur non giudiziaria) alla produzione dell'effetto costitutivo quale elemento distintivo della "decisione" (58).

Un tale criterio interpretativo, sul piano del diritto italiano, ha echi antichi, affondando le sue radici, prima, nel dibattito sulla natura dell'atto di matrimonio (59) e, poi, della separazione consensuale (ove l'omologazione è ricondotta a una condizione di efficacia dell'accordo) (60); da ultimo, un dibattito analogo si addensa sul divorzio su domanda congiunta, dove è incontroversa la partecipazione costitutiva del tribunale al prodursi del (solo) effetto estintivo dello *status* (61).

L'estensione di tale criterio ai divorzi non giudiziari – sulla base dell'argomento dell'equivalenza funzionale alla vera e propria sentenza – avrebbe condotto al risultato di interpretare il concetto di "decisione" in senso più ampio di quanto abbia poi fatto la Corte di Giustizia (62). Nell'ambito del regolamento Bruxelles II-*bis* (e, segnatamente, dell'art. 21) sarebbero stati inclusi, infatti, tutti i divorzi non giudiziari per la cui efficacia è richiesto un qualsivoglia involucro pubblico – ancorché di tipo formale (63) –, indipendentemente dalla natura del controllo posto in essere dall'autorità competente: con il risultato di marginalizzare la sfera di operatività degli atti pubblici e degli accordi di cui all'art. 46.

Seguire il percorso interpretativo suggerito dal *Kammergericht* avrebbe consentito di definire il divorzio di fronte all'ufficiale dello stato civile

---

(57) KG Berlin, 30 marzo 2020, cit.

(58) A. DUTTA e T. HELMS, *Neue Entwicklungen im Scheidungsrecht*, cit.

(59) V., per tutti, G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia*, in G. FERRANDO, M. FORTINO e F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*^{2}, in *Tratt. dir. famiglia Zatti*, I.1, Milano 2011, p. 321 ss.

(60) Cfr. *retro*, nt. 4.

(61) Cass. civ., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21761, cit. Sulle ulteriori ripercussioni in tema di impugnative contrattuali, da ultimo, G. PETRELLI, *Patologie negoziali e stabilità del giudicato nel divorzio su domanda congiunta*, in *R. not.*, 2022, p. 313 ss.

(62) Per la qualificazione come "decisione" dell'accordo di fronte all'ufficiale dello stato civile, in quanto "equivalente funzionale" del corrispondente procedimento innanzi al tribunale, S. ARMELLINI, B. BAREL e U. GIACOMELLI, *La famiglia nel diritto internazionale*, Milano 2019, p. 164.

(63) P. MANKOWSKY, *Anerkennung einer standesamtlichen Scheidung aus Italien.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

come "decisione" ricorrendo a un ragionamento più consono alla vera natura dell'intervento di questa autorità; avrebbe poi permesso di confinare la nozione di "decisione" così ricostruita entro la sfera di operatività del vecchio regolamento e di circoscriverla al passato, segnando in tal modo una cesura rispetto al regime attuale.

Non sarebbero stati di ostacolo a questa lettura, del resto, né l'autonomia dei concetti del diritto europeo, che non dovrebbe precludere, ai fini interpretativi, il recupero della "volontà storica" del legislatore dell'Unione (64); né la ricezione di elaborazioni teoriche sperimentate nei diritti nazionali, se funzionali al perseguimento delle finalità di un ordinamento che fa della sua supremazia uno dei principi cardine.

Per la tesi del *Kammergericht,* però, non hanno però simpatizzato né il BGH (65), né la Corte di Giustizia, che, invece, ha sfoderato l'argomento dell'interpretazione "autentica" del regolamento del 2003 secondo la volontà del legislatore del 2019: il quale si sarebbe limitato a tirar fuori dal primo lo spirito che in esso già pacificamente albergava (66).

Questa lettura apparentemente piana del Reg. (CE) 2003/2001 è contraddetta, però, dall'acceso dibattito che, prima dell'emanazione di Bruxelles II *ter*, aveva visto fronteggiarsi tesi assai diverse sull'applicabilità del primo ai divorzi non giudiziari europei (67): tesi citate e sintetizzate nel provvedimento di rinvio pregiudiziale del BGH e plasticamente incarnate nelle risposte incerte e contraddittorie rese alle parti prima della risposta finale della Corte di Giustizia.

In realtà, piuttosto che invocare l'interpretazione autentica, al fine di tenere distinti i concetti di "corte" e di "decisione" nel regolamento del 2003 e in quello del 2019 avrebbe dovuto valorizzarsi l'argomentazione ancorata al contesto storico in cui il primo era venuto alla luce: contesto dove ancora era ancora embrionale il fenomeno della degiurisdizionalizzazione dei procedimenti di separazione e di divorzio (68). Si sarebbe potuto, così, dar rilievo, in via interpretativa, alla sopravvenuta esigenza di regolare

---

(64) V., seppure a proposito del regolamento successorio, D. WIEDERMANN, *Understanding and interpreting the Succession Regulation through its national origins*, in L. SCHERPE e E. BARGELLI (a cura di), *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law*, Cambridge 2021, spec. p. 150 ss.

(65) V. *retro*, par. 8.

(66) V. *retro*, par. 5.

(67) E. D'ALESSANDRO, *The impact of private divorces on EU Private International Law*, in L. SCHERPE e E. BARGELLI (a cura di), *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law. Adapting to Change*, cit., p. 59 ss.

(68) V. C. HONORATI e S. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 30, ove si citano i divorzi amministrativi già ammessi prima dell'entrata in vigore del regolamento Bruxelles II-*bis*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la circolazione dei divorzi non giudiziari, cui è stato preposto Bruxelles II-*ter* in soluzione di continuità con Bruxelles II-*bis*.

10. – Mentre l'interpretazione estensiva dell'art. 46 o, in alternativa, dell'art. 21 Reg (CE) 2003/2001 risponde, come si è visto, alla ragione pratica di colmare una lacuna della disciplina previgente, non altrettanto fondata né appropriata è la dilatazione del concetto di "decisione" nei casi assoggettati al regolamento del 2019. A tale categoria, infatti, fanno da contrappunto gli atti pubblici e degli accordi, ai quali viene ora riservato un regime di riconoscimento *ad hoc*, teso a favorirne la circolazione dentro lo spazio giuridico europeo attraverso un apposito certificato su un piano di sostanziale parità con le decisioni (69), sul presupposto della possibile equivalenza funzionale fra gli uni e le altre. La ripartizione interna al complesso degli atti concernenti la separazione, il divorzio o la responsabilità genitoriale, dunque, sembra rivolta all'esigenza pratica di stabilire quale certificato sia da emettere ai fini del riconoscimento e quale autorità sia competente allo scopo.

Su questo sfondo, non può non acquisire rilievo, anche per il diritto dell'Unione, l'intrinseca natura giuridica dell'atto destinato a circolare, da valutarsi alla luce della funzione giudiziaria eventualmente svolta dall'autorità competente e declinata dal già citato considerando 14 come "esame di merito" effettuato conformemente al diritto e alle procedure nazionali.

Già si è accennato ai motivi di insoddisfazione scaturenti dall'interpretazione della Corte di Giustizia, anche ove correttamente applicata: oltre a rendere troppo larghe le maglie della "decisione" e ad attrarvi i divorzi notarili (purché il professionista debba almeno verificare i presupposti dello scioglimento del vincolo e della validità e dell'effettività delle manifestazioni di volontà espresse di fronte a sé) (70), tale interpretazione male si confà alle clausole sull'esercizio della responsabilità genitoriale (71). Quando, infatti, sussistono indicazioni che il contenuto dell'atto pubblico o dell'accordo sia contrario all'interesse superiore del minore, il certificato può non essere rilasciato (art. 65, comma 3°): un'eccezione non contemplata per le decisioni, quando è una corte ad emettere il certificato (art. 36), in quanto, evidentemente, un tale controllo si presume da essa definitivamente effettuato, a monte.

---

(69) V. *retro*, par. 6.
(70) V. *retro*, par. 6.
(71) V. *retro*, par. 3.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tali ragioni di insoddisfazione portano a ipotizzare letture alternative a quella della Corte di Giustizia e più in linea con la natura del controllo effettivamente svolto dall'autorità competente.

Una prima possibilità è di assumere la gradazione più intensa del controllo di merito, corrispondente all'esercizio di un potere di apprezzamento discrezionale dei fatti dedotti in giudizio e di conseguente, eventuale rifiuto di una regolamentazione dei rapporti familiari pur conforme alla concorde volontà delle parti ed astrattamente legittima, se in contrasto, in concreto, con l'interesse dei soggetti tutelati dalla legge.

Una tale lettura, infatti, è avanzata da chi inquadra dentro la casella degli "atti pubblici ed accordi" i divorzi caratterizzati da un controllo solo formale (ovvero quelli conclusi tramite negoziazione assistita, purché privi di disposizioni concernenti figli minori o maggiorenni non autosufficienti, nonché dinanzi all'ufficiale di stato civile), con conseguente loro soggezione agli artt. 64 ss.; e considera, viceversa, "decisioni" gli accordi raggiunti attraverso la negoziazione assistita e contenenti disposizioni sui figli minori (o maggiorenni non autosufficienti), in ragione della necessaria autorizzazione del Pubblico Ministero (72).

Un tale criterio di discrimine, però, dovrebbe indurre a espungere dalla categoria delle decisioni persino la sentenza emesse su domanda congiunta, ove nessun esame di merito (in questo più ristretto significato) è svolto dal tribunale al di fuori di quanto concerne i figli minori, mentre la fonte delle condizioni patrimoniali è rinvenuta nell'accordo fra i coniugi e il vaglio giudiziale si considera limitato alla compatibilità di questo con le norme inderogabili (73).

Ancorché interpretato con rigore, dunque, il discrimine ancorato all'ampiezza del controllo di merito è sfuggente anche dalla prospettiva interna: non solo a causa delle diverse sfaccettature che tale controllo può assumere (74), ma anche perché, di fronte alla concorde volontà delle parti, diviene evanescente la linea di confine fra decisione e attività negoziale provvista di *vestimentum* pubblico.

Così, per restituire a tale linea di confine un minimo di oggettività e di rispondenza al ruolo svolto dall'autorità pubblica competente, l'esame di

---

(72) C. HONORATI e S. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 48.

(73) Cass. civ., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21761, cit., punto 3.4.4.2, ove la sentenza si definisce meramente dichiarativa o di presa d'atto per la parte concernente le condizioni relative alla prole e i rapporti economici. V. già, sul punto, Cass. civ., 20 agosto 2014, n. 18066, in *F. it.* 2015, I, c. 567. Conformemente, il novello art. 473-bis.51 c.p.c. prevede che la sentenza "omologa o prende atto degli accordi intervenuti tra le parti".

(74) V. *retro*, par. 3.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

merito dovrebbe essere inteso come svolgimento di un'attività di accertamento e di qualificazione dei fatti posti alla base dell'accordo, suscettibile di dar luogo a un provvedimento da quest'ultimo distinto e provvisto di autonomi mezzi di impugnazione. Intesi in questo senso, i contorni dell'autorità capace di emettere una "decisione" finirebbero per sovrapporsi a quelli tracciati, in ambito successorio, dall'art. 3, par. 2, Reg. (UE) 2012/650, che aggiunge gli elementi ulteriori dell'imparzialità e del contraddittorio.

Dovrebbe così rientrare nella definizione di "decisione" la sentenza di divorzio su domanda congiunta (75), ora emessa a seguito di un procedimento unificato con la separazione (76). Ne resterebbero invece esclusi gli accordi di divorzio che possono essere messi in discussione solo attraverso i mezzi di impugnazione contrattuale: caratteristica posseduta non solo dall'accordo di fronte all'ufficiale di stato civile, ma anche da quelli conclusi a seguito di negoziazione assistita – siano o meno presenti figli minori o maggiorenni non autosufficienti -, nonostante la necessità, per il conferimento di efficacia, di un separato provvedimento del P.M. E ciò stante l'assenza di mezzi di impugnazione nei confronti dell'eventuale diniego di nulla osta o di autorizzazione (aprendosi in ogni caso alle parti l'opzione giudiziale, fermo restando, nella seconda ipotesi, il previo passaggio di fronte al Presidente del Tribunale) (77).

Circolerebbero in tal modo sotto l'etichetta delle "decisioni" gli atti di divorzio suscettibili di giudicato (ferma restando, ovviamente, la possibilità di revisione ai sensi dell'art. 9 l. div.), potendo invece gli atti pubblici e gli

---

(75) Il regime della sentenza di divorzio su domanda congiunta è da considerarsi ibrido, costituendo questa il contenitore di un accordo fra i coniugi; non ravvisandosi una situazione di vera e propria soccombenza (Cass. civ., sez. I, 20 agosto 2014, n. 18066, cit.), ha guadagnato consensi l'orientamento teso a limitare le cause di impugnazione ai sensi dell'art. 5, comma 5°, l. div. (Cass. civ., sez. I, 21 aprile 2015, n. 8096, in *F. it.*, 2015, I, c. 3628); si ammettono invece le impugnative contrattuali – da far valere in autonomo giudizio di cognizione –per le parti concernenti i rapporti economici: Cass. civ., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21761, cit.; Cass. civ., 21 aprile 2015, n. 8096, in *F. it.*, 2015, I, c. 3628. Tale orientamento, non unanimemente condiviso, è criticato, da ultimo, da G. PETRELLI, *op. cit.*, p. 313 ss., cui si rinvia per la ricostruzione delle diverse opinioni sul tema.

(76) V. art. 473-bis c.p.c. L'accordo, d'altra parte, può essere impugnato invocando vizi originari (di recente, a proposito dell'annullamento dell'accordo di separazione consensuale omologato per violenza, Cass. civ., sez. I, 16 settembre 2022, n. 27323, in *Ilfamiliarista.it* 11 ottobre 2022 con nota di A. FIGONE).

(77) Resta ferma la possibilità di emendare le irregolarità riscontrate dal P.M. in caso di diniego di nulla osta: v., sul punto, A. CARRATTA, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, in *G. it.*, 2015, p. 1287 ss.; F. DANOVI, *Il P.M. nella procedura di negoziazione assistita, Il P.M. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, in *Fam. e d.*, 2017, p. 78.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

accordi essere messi in discussione attraverso le azioni di nullità e di annullamento.

Non resta che auspicare, pertanto, una correzione di rotta che porti il "microsistema" del divorzio sulla scia più convincente già tracciata nel diritto successorio e, ove possibile e utile, sappia avvalersi del retroterra dei diritti di famiglia nazionali.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

SIMONE VANINI
Assegnista di ricerca nell'Università di Ferrara

VIOLAZIONE DI NORME PUBBLICISTICHE DI TUTELA AMBIENTALE DA PARTE DEL PRODUTTORE E DIFETTO DI CONFORMITÀ AL CONTRATTO DEL BENE CONSEGNATO AL CONSUMATORE: LA CORTE DI GIUSTIZIA UE E IL CASO «*DIESELGATE*» (C. GIUST. UE 14 LUGLIO 2022, IN CAUSA C-145/20, *PORSCHE INTER AUTO E VOLKSWAGEN*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. La prima pronuncia della Corte di giustizia UE sulla conformità al contratto ai sensi della Dir. (CE) 1999/44 (oggi Dir. (UE) 2019/771) dei veicoli coinvolti nella vicenda «*dieselgate*». – 2. La fattispecie oggetto del giudizio principale e le questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte suprema dell'Austria. – 3. La violazione da parte dei produttori di automobili del Reg. (CE) 2007/715 che vieta l'installazione di impianti di manipolazione in grado di ridurre l'efficacia dei sistemi di controllo delle emissioni. Conformità del bene acquistato a «tutti» i requisiti stabiliti dalla legge per la sua immissione nel mercato interno e «ragionevole aspettativa» del consumatore. – 4. La trasformazione (automatica?) dei requisiti di legge in requisiti di conformità al contratto: considerazioni intorno alla funzione dei rimedi concessi al consumatore a fronte del difetto e sui limiti alla derogabilità *in pejus* dei requisiti oggettivi di conformità. – 5. Inosservanza delle norme di tutela ambientale e accesso al rimedio risolutorio. La valutazione della «lieve entità» del difetto alla luce del rango dell'interesse protetto dalla norma violata. – 6. Considerazioni conclusive: "eterogenesi dei fini" a duplice direzione.

1. – L'articolata vicenda che ha avuto origine dalla scoperta dell'avvenuta installazione su veicoli a motore, ad opera di alcune fra le più importanti case produttrici di automobili a livello mondiale, di dispositivi in grado di manipolare i dati delle emissioni in sede di omologazione, nota alle cronache come «*dieselgate*» – ma l'appellativo è per verità ormai in voga anche nella letteratura specialistica –, ha costituito e costituisce tuttora un vero e proprio laboratorio per la scienza giuridica, essendo molteplici e di sicura rilevanza sistematica le questioni interpretative e applicative da essa suscitate (1).

(1) Una puntuale ricostruzione della vicenda è stata realizzata da F. BERTELLI, *Profili civilistici del* «dieselgate». *Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Napoli 2021, p. 5 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sul versante del diritto civile, l'indagine relativa alle conseguenze che potrebbero derivare dalla immissione nel mercato di veicoli sui quali siano stati installati impianti capaci di ridurre l'efficacia dei sistemi di controllo delle emissioni inquinanti non può oggi prescindere dalle statuizioni contenute in una recente sentenza della Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea, pronunciata più precisamente lo scorso 14 luglio 2022 in risposta a una domanda di rinvio pregiudiziale proposta ai sensi dell'art. 267 TFUE dall'*Oberster Gerichtshof* (Corte suprema dell'Austria) (2).

Tale decisione – che pure, com'è noto, ha destato l'interesse dell'opinione pubblica in ragione della massima attualità della tematica alla quale essa afferisce, vale a dire quella relativa alla sostenibilità ambientale e, più nello specifico, alla salvaguardia della qualità dell'aria –, risulta particolarmente rilevante anche (e soprattutto) sotto il profilo giusprivatistico perché con essa, per la prima volta, la Corte di giustizia si è pronunciata sulla questione concernente la configurabilità di un difetto di conformità ai sensi della disciplina europea in materia di vendita di beni di consumo nell'ipotesi di consegna all'acquirente di un veicolo munito di un sistema di manipolazione delle emissioni vietato dalla legge. Nelle precedenti occasioni in cui la Corte era stata investita di questioni pregiudiziali attinenti al «*dieselgate*», invece, l'attenzione era stata esclusivamente rivolta, dapprima ai profili di diritto internazionale privato processuale (3), e successivamente all'interpretazione delle norme comunitarie in materia di omologazione di veicoli a motore, specialmente al fine di determinare l'effettiva portata del divieto di installazione dei cc.dd. *defeat devices* stabilito dal-

---

(2) Il riferimento è a CGUE 14 luglio 2022, causa C-145/20, *DS* c. *Porsche Inter Auto GmbH Co. KG, Volkswagen AG* (in *Curia.europa.eu*). Il ruolo di giudice relatore è stato svolto da Peter George Xuereb. L'ordinanza di rinvio dell'*Oberster Gerichtshof* è datata 17 marzo 2020 ed è anch'essa integralmente consultabile sul portale *Curia.europa.eu*. La sentenza in parola, unitamente alle altre due pronunce della Grande sezione aventi la medesima data (v. *infra*, nt. 8), è stata commentata da A. JANSSEN, *The Dieselgate Saga: the Next Round*, in *EuCML*, 2022, p. 169 ss.; Á. VECINA AZNAR, *El TJUE abre las puertas a la resolución contractual en los vehículos afectados por el Dieselgate. Tres sentencias del TJUE de 14 de julio de 2022*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 43/2022, p. 34 ss.

(3) Cfr. CGUE 9 luglio 2020, in causa C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation* c. *Volkswagen AG* (in *Curia.europa.eu*), con la quale la Corte ha stabilito che l'art. 7, n. 2, Reg. (UE) 2012/1215 (c.d. regolamento Bruxelles I-*bis*) «deve essere interpretato nel senso che, qualora taluni veicoli siano stati illegalmente equipaggiati in uno Stato membro, da parte del loro costruttore, di un software che manipola i dati relativi alle emissioni dei gas di scarico, per poi essere acquistati presso un soggetto terzo in un altro Stato membro, il luogo in cui il danno si è concretizzato si trova in quest'ultimo Stato membro». La questione pregiudiziale era stata sollevata dal *Landesgericht* Klagenfurt (Tribunale del *Land*, Klagenfurt, Austria). V. anche quanto illustrato alla nt. 44.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'art. 5, par. 2, Reg. (CE) 2007/715 (4), anche attraverso la specificazione dei presupposti per l'operare delle relative eccezioni (5).

Per verità, è opportuno precisare che anche nella sentenza in esame una porzione della motivazione viene spesa, in risposta al secondo quesito formulato dal giudice del rinvio, per definire – seppure sotto nuovi profili – i presupposti al ricorrere dei quali i produttori di automobili possano dirsi legittimati a installare gli impianti di manipolazione di regola interdetti (6); e, peraltro, alla medesima problematica sono integralmente dedicate anche altre due decisioni – che, in questo senso, potremmo dunque definire "sorelle" (e non "gemelle") rispetto alla sentenza *de qua* (7) –,

---

(4) Reg. (CE) 2007/715 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2007 relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6) e all'ottenimento di informazioni sulla riparazione e la manutenzione del veicolo. L'art. 5, par. 2, Reg. (CE) 2007/715 stabilisce quanto segue: «L'uso di impianti di manipolazione che riducono l'efficacia di sistemi di controllo delle emissioni è vietato. Tale divieto non si applica quando: *a*) l'impianto si giustifica per la necessità di proteggere il motore da danni o avarie e di un funzionamento sicuro dei veicoli; *b*) l'impianto non funziona dopo l'avvio del motore; *c*) le condizioni sono in sostanza comprese nelle procedure di prova a verifica delle emissioni per evaporazione e delle emissioni medie dallo scarico».

(5) La nota pronuncia cui ci si riferisce, e alla quale la stessa sentenza oggetto di specifica disamina nel presente contributo fa spesso esplicito rinvio, è CGUE 17 dicembre 2020, in causa C-693/18, *X*, con int. di *CLCV e a., A e a., B, AGLP e a., C e a.* (in *Curia.europa.eu*), con la quale le Corte, fra le altre questioni, aveva stabilito: *a*) in primo luogo, che costituisce un «impianto di manipolazione» ai sensi dell'art. 3, n. 10, Reg. (CE) 2007/715 «un dispositivo che rilevi qualsiasi parametro connesso allo svolgimento delle procedure di omologazione previste da tale regolamento, al fine di migliorare le prestazioni del sistema di controllo delle emissioni durante le procedure stesse e, quindi, di conseguire l'omologazione del veicolo, sebbene tale miglioramento possa essere ottenuto, in maniera puntuale, anche in condizioni di normale utilizzo del veicolo»; *b*) in secondo luogo, che un dispositivo siffatto non può rientrare nell'eccezione al divieto contenuta nel successivo art. 5, par. 2, lett. *a*, Reg. (CE) 2007/715, relativa alla protezione del motore da danni o avarie e al funzionamento in tutta sicurezza del veicolo, «anche laddove tale dispositivo contribuisca a prevenire l'invecchiamento o la formazione di incrostazioni nel motore». La questione pregiudiziale era stata sollevata, nell'ambito di un procedimento penale, dai giudici istruttori del *Tribunal de grande instance de Paris* (Tribunale di primo grado di Parigi, Francia). La pronuncia è stata annotata da G.F. SIMONINI, *La Corte di giustizia analizza i dispositivi sul controllo delle emissioni degli autoveicoli alla luce di una interpretazione molto restrittiva offrendo nuove prospettive di lettura del c.d. scandalo* dieselgate, in *D. com. scambi int.*, 2020, p. 567 ss.

(6) Al riguardo v. *amplius* il par. 5.

(7) Le tre cause, perdipiù, condividono le medesime conclusioni dell'avvocato generale Athanasios Rantos presentate il 23 settembre 2021 (consultabili in *Curia.europa.eu*), anche se, successivamente, la Grande sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha deciso di pronunciare tre separate sentenze, e non una soltanto, dividendo le cause. Tali conclusioni sono state commentate da G.F. SIMONINI, *Verso una concezione oggettiva (e tecnica) del difetto di conformità dei beni di consumo*, in *Danno e resp.*, 2022, p. 64 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pronunciate dalla Grande sezione della Corte di Giustizia UE sempre lo scorso 14 luglio 2022 (8).

Ciò nonostante, i passaggi che, tenuto anche conto dell'economia complessiva della sentenza, rivestono maggiore importanza e detengono una spiccata innovatività sono proprio quelli di interesse autenticamente civilistico, attinenti, come detto, all'interpretazione delle norme europee in materia di vendita di beni di consumo.

È dalla ricostruzione e dalla disamina di tali passaggi argomentativi che nel presente contributo si prenderanno le mosse, allo scopo di evidenziare come la pronuncia in parola, lungi dall'avere una portata meramente settoriale o di dettaglio, costituisca piuttosto uno strumento prezioso per comprendere le opzioni ermeneutico-culturali di fondo, nonché il verso di evoluzione dell'attuale diritto privato europeo di matrice giurisprudenziale, segnatamente con riferimento al rapporto intercorrente fra il contratto (*rectius*: fra i rimedi contrattuali) e le norme di diritto pubblico – nella specie quelle relative ai requisiti e alle procedure di omologazione dei veicoli a motore – che, almeno *prima facie*, sono (o forse dovrebbe dirsi *sembrano*) (9) poste a presidio di interessi generali che – e questo appare un dato davvero incontrovertibile – non necessariamente, ma anzi soltanto in via del tutto eventuale, coincidono con quelli particolari dei contraenti.

Inoltre, benché la sentenza di cui si tratta verta sull'interpretazione delle disposizioni contenute nell'abrogata Dir. (CE) 1999/44 (10), in quanto applicabili *ratione temporis* alla fattispecie oggetto del giudizio *a quo*, le relative statuizioni possono e devono essere tenute in considerazione e valorizzate anche ai fini dell'esegesi della nuova disciplina eurounitaria in materia di contratti di vendita di beni mobili stipulati fra professionisti

---

(8) Il riferimento è a CGUE 14 luglio 2022, in causa C-128/20, *GSMB Invest GmbH & Co. KG* c. *Auto Krainer GesmbH* (pronunciata sulla base del rinvio pregiudiziale proposto dal Tribunale del *Land*, Klagenfurt, Austria) e a CGUE 14 luglio 2022, in causa C-134/20, *IR* c. *Volkswagen AG* (pronunciata sulla base del rinvio pregiudiziale proposto dal Tribunale del *Land*, Eisenstadt, Austria). Entrambe le decisioni, unitamente agli altri principali atti delle rispettive procedure, sono reperibili sul portale *Curia.europa.eu*. Della seconda decisione citata, in particolare, merita di essere evidenziata la parte in cui si chiarisce che la circostanza per cui un impianto di manipolazione sia stato installato dopo la messa in servizio di un veicolo, e precisamente in occasione di una riparazione finalizzata al ripristino della conformità del bene venduto ai sensi dell'art. 3, par. 2, Dir. (CE) 1999/44, è irrilevante per valutare se l'utilizzo di tale dispositivo sia vietato ai sensi del Reg. (CE) 2007/715.

(9) Per gli opportuni chiarimenti sul punto si rinvia alle considerazioni svolte *infra*, par. 6.

(10) Dir. (CE) 1999/44 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

e consumatori di cui alla Dir. (UE) 2019/771 (11), la quale è stata recentemente attuata nell'ordinamento italiano con il d. lgs. 4 novembre 2021, n. 170, che a sua volta ha apportato molteplici e significative modifiche al Codice del consumo (12). S'avrà, anzi, l'occasione di riscontrare come l'impatto di tale pronuncia sul funzionamento dell'apparato rimediale a disposizione del consumatore-compratore in ipotesi di difetto di conformità – e dunque, conseguentemente, il suo impatto sulle sorti del rapporto contrattuale – risulti ancora più prorompente proprio allorché le affermazioni contenute nella menzionata decisione vengano lette alla luce delle disposizioni (di diritto dell'Unione europea e nazionali) di nuovo conio.

2. – Tanto premesso, appare a questo punto opportuno ripercorrere, seppure per sommi capi e limitatamente alle parti che qui interessano, i fatti che hanno dato origine al giudizio *a quo* (13), per poi ricostruire le questioni pregiudiziali formulate dall'*Oberster Gerichtshof* nell'ordinanza di rinvio.

Ebbene, nel dicembre 2013, il consumatore D.S. acquistava presso il concessionario indipendente Porsche Inter Auto un autoveicolo Volkswagen con motore diesel Euro 5 sul quale era stato installato dal produttore un programma informatico che faceva funzionare il sistema di ricircolo dei gas di scarico secondo due differenti modalità. Alla prima modalità era associata una percentuale più elevata di ricircolo – e, quindi, di recupero – dei gas combusti, ma essa era progettata per attivarsi esclusivamente durante i test laboratoriali di omologazione, in occasione dei quali il produt-

---

(11) Dir. (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il Reg. (UE) 2017/2394 e la Dir. (CE) 2009/22, e che abroga la Dir. (CE) 1999/44. Sulle innovazioni introdotte dalla direttiva citata nell'ambito della disciplina in materia di vendita di beni di consumo, cfr., *ex multis*, G. De Cristofaro, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari* b-to-c*: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, in questa *Rivista*, 2021, p. 205 ss.; M. Faccioli, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2020, p. 250 ss.; S. Pagliantini, *L'armonizzazione massima, parziale e temperata, della Dir. UE 2019/771: una prima lettura*, in *G. it.*, 2020, p. 217 ss.; F. Addis, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo diritto civile*, 2020, 2, p. 5 ss.

(12) Per una approfondita analisi della disciplina italiana di attuazione della Dir. (UE) 2019/771, cfr. G. De Cristofaro (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo. La direttiva (UE) 2019/771 relativa ai contratti per la fornitura di cose mobili stipulati da professionisti con consumatori ed il suo recepimento nel diritto italiano (d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170)*, Torino 2022.

(13) Per ulteriori dettagli sui fatti che sono alla base del giudizio di rinvio, cfr. i parr. 30 ss. della pronuncia della Corte.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tore aveva peraltro dolosamente omesso di dichiarare alla competente Autorità – nella specie, tedesca (14) – l'avvenuta installazione di siffatto impianto di manipolazione. La seconda modalità di funzionamento, invece, era progettata per attivarsi in condizioni di guida reali, e ad essa era associata una percentuale di ricircolo dei gas combusti significativamente più ridotta.

Denunziatole l'accaduto, la predetta Autorità tedesca – la quale, se fosse stata a conoscenza del dispositivo di commutazione sin dal tempo dell'effettuazione dei test laboratoriali, non avrebbe potuto rilasciare l'omologazione – ingiungeva al produttore, con provvedimento dell'ottobre 2015 (15), di richiamare i veicoli interessati onde ripristinare la conformità dei medesimi al Reg. (CE) 2007/715, il cui art. 5 vieta espressamente l'uso di dispositivi di manipolazione che riducono l'efficacia dei sistemi di controllo delle emissioni (16). Sicché, nel febbraio 2017, il compratore affidava il proprio veicolo a Volkswagen, la quale interveniva facendo sì che la modalità meno inquinante di funzionamento del sistema di ricircolo dei gas di scarico si attivasse anche in caso di utilizzo del veicolo su strada, non più solo in sede di test di omologazione.

Il compratore, tuttavia, allegando che il sistema di ricircolo dei gas esausti, per come aggiornato dal produttore a seguito del richiamo, risultava pienamente efficace soltanto quando la temperatura esterna si collocava tra i 15 e i 33 gradi Celsius, e quantunque risultasse acclarato che egli avrebbe egualmente acquistato il veicolo di cui si tratta anche se fosse stato a conoscenza dell'impianto di manipolazione, decideva di proporre ricorso al *Landesgericht* Linz (Tribunale del *Land*, Linz, Austria), invocando l'applicazione delle disposizioni austriache di recepimento della Dir. (CE) 1999/44 (17) e, in particolare, domandando: in via principale, il rimborso

---

(14) Il tipo di veicolo di cui si tratta era stato omologato dall'Autorità competente in Germania, ovverosia il *Kraftfahrt-Bundesamt* (Ufficio federale per la motorizzazione civile).

(15) Il provvedimento fu adottato dal *Kraftfahrt-Bundesamt* sulla base dell'art. 25, par. 2, del regolamento tedesco sull'omologazione CE dei veicoli a motore (noto con l'acronimo «EG-FGV»), a mente del quale, «[a]i fini di rimediare a vizi apparsi nonché di garantire la conformità di veicoli già immessi in circolazione, di componenti o di entità tecniche, l'Ufficio federale per la motorizzazione può adottare a posteriori disposizioni accessorie».

(16) Per il testo integrale dell'art. 5 Reg. (CE) 2007/715 si veda la nt. 4.

(17) Ai sensi del § 922, Abs. 1, ABGB, nella formulazione in vigore sino al 31 dicembre 2021 e applicabile *ratione temporis* al procedimento principale, «[c]hi consegna ad altri una cosa a titolo oneroso garantisce che la cosa sia conforme al contratto. Egli risponde quindi del fatto che la cosa possegga le qualità pattuite o normalmente attese, che corrisponda alla sua descrizione, ad un campione o ad un modello, e che sia idonea all'uso convenuto o all'uso corrispondente alla natura dell'atto giuridico». Inoltre, gli Abs. 1 e 4 del successivo § 932 ABGB, sempre nella versione applicabile al procedimento principale, dispongono

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del prezzo di acquisto del veicolo a fronte della restituzione dello stesso; in subordine, una riduzione del prezzo di acquisto. Peraltro, in ulteriore subordine, l'istante domandava la condanna del venditore e del produttore al risarcimento dei danni derivanti dalla presenza, nel veicolo acquistato, di un impianto di manipolazione illecito.

Il *Landesgericht* Linz respingeva il ricorso e, successivamente, l'*Oberlandesgericht* Linz (Tribunale superiore del *Land*, Linz, Austria), pronunciandosi sull'impugnazione proposta dal soccombente, confermava la sentenza di prime cure (18). Il compratore, quindi, proponeva ricorso per *Revision* all'*Oberster Gerichtshof*, rimarcando come il veicolo acquistato, nonostante l'aggiornamento, avrebbe dovuto ritenersi non conforme al contratto di vendita a causa della contrarietà alla legge dell'impianto di manipolazione in esso installato, e asserendo che la presenza di tale difetto di conformità lo esponeva al rischio di subire un pregiudizio economico in ragione della perdita di valore del mezzo in questione.

Le controparti, dal canto loro, eccepivano che la conformità del bene era stata ripristinata dall'aggiornamento del *software* e, a sostegno di tale tesi, illustravano che le modalità dell'operazione erano state previamente condivise con l'Autorità tedesca di omologazione, la quale aveva ritenuto la proposta d'intervento formulata da Volkswagen idonea a ristabilire la rispondenza dei veicoli alle norme del Reg. (CE) 2007/715. Le medesime controparti eccepivano altresì che la perdita di efficienza del sistema di ricircolo dei gas combusti al di fuori dell'intervallo termico si giustificava alla luce delle necessità, espressamente contemplate dall'art. 5, par. 2, lett. *a*, Reg. (CE) 2007/715, di proteggere il motore da danni o avarie e di garantire un funzionamento sicuro del veicolo (19).

È in tali circostanze che l'*Oberster Gerichtshof* ha deciso di sospendere il procedimento principale e di sottoporre alla Corte di Giustizia tre questioni pregiudiziali, le quali possono essere sintetizzate nei termini seguenti.

---

quanto segue: «Qualora riscontri un vizio, il cessionario può chiedere la miglioria (riparazione o integrazione dell'elemento mancante), la sostituzione del bene, un'adeguata riduzione del corrispettivo (riduzione del prezzo) o la risoluzione del contratto (azione redibitoria). [...] Qualora sia la miglioria, sia la sostituzione, siano impossibili, o comportino uno sforzo sproporzionato per il cedente, il cessionario ha diritto ad una riduzione del prezzo o, qualora non si tratti di un vizio minore, il diritto alla risoluzione del contratto».

(18) Stando a quanto illustrato nell'ordinanza di rinvio (p. 4), il giudice d'appello rigettava l'impugnazione rilevando come l'effettuazione dell'aggiornamento avesse posto rimedio al vizio preesistente consistente nell'installazione dell'impianto di manipolazione.

(19) Ulteriori dettagli tecnici, per come illustrati da Volkswagen e da Porsche Inter Auto, sono riportati nella sentenza della Corte UE, parr. 70 e 71.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Con la prima questione il giudice del rinvio richiede alla Corte se l'art. 2, par. 2, lett. *d*, Dir. (CE) 1999/44, secondo cui «[s]i presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se [...] presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura», debba essere interpretato nel senso che un veicolo a motore ricompreso nell'ambito di applicazione del Reg. (CE) 2007/715 presenti le caratteristiche abituali dei beni dello stesso tipo che il consumatore può ragionevolmente attendersi qualora sia dotato di un impianto di manipolazione illecito, ma sia nondimeno munito di un'omologazione CE valida, potendo quindi esso circolare su strada.

Con la seconda questione, il giudice *a quo* domanda se un impianto di ricircolo dei gas di scarico che risulti pienamente efficiente soltanto nell'intervallo termico compreso fra i 15 e i 33 gradi Celsius sia compatibile con il divieto stabilito dall'art. 5, par. 2, Reg. (CE) 2007/715, e se, in particolare, siffatta limitazione di efficacia possa essere ricompresa nell'eccezione di cui alla lett. *a* della disposizione citata, in virtù della quale il divieto non si applica quando «l'impianto si giustifica per la necessità di proteggere il motore da danni o avarie e di un funzionamento sicuro dei veicoli», o, al contrario, se la limitazione della piena efficacia del ricircolo a condizioni climatiche esistenti in alcune parti dell'Unione europea solo in circa la metà dell'anno osti a priori all'applicazione della disposizione derogatoria medesima.

Con la terza e ultima questione, il giudice del rinvio domanda alla Corte, ove la prima questione sia risolta nel senso che l'installazione di un impianto di manipolazione su un veicolo a motore costituisce un difetto di conformità, se siffatto difetto debba considerarsi «minore» ai sensi dell'art. 3, par. 6, Dir. (CE) 1999/44, con conseguente esclusione del diritto alla risoluzione del contratto in capo al consumatore-compratore, specialmente ove sia acclarato che quest'ultimo avrebbe comunque acquistato il veicolo anche se fosse stato a conoscenza della sussistenza dell'impianto e del suo meccanismo di azione sin dal momento della stipulazione.

3. – Dalla ricostruzione effettuata emerge l'elevato grado di complessità che caratterizza le questioni interpretative sollevate dall'Autorità giurisdizionale austriaca dinanzi alla Corte di Giustizia UE, e del pari è agevole intuirne la portata, in termini tanto giuridici quanto economici; una portata che, lungi dall'essere circoscritta alle controversie interessate

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dallo «scandalo delle emissioni alterate» (20), si presta a essere estesa a tutte quelle fattispecie che consistano nella fornitura professionale a consumatori di beni mobili per la cui immissione nel mercato la legge richieda imperativamente il rispetto di specifici requisiti posti a tutela di interessi generali considerati particolarmente meritevoli di tutela.

Eppure, a ben guardare, dell'elevata complessità delle questioni giuridiche formulate dal giudice del rinvio, nonché della particolare delicatezza delle implicazioni pratiche e sistematiche a esse associate, non pare esservi pieno riscontro nella pronuncia in esame. La Corte, infatti, sembra affrontare soltanto in superficie le tematiche di diritto privato sottese alla controversia, ora basando il proprio ragionamento sul tenore letterale delle disposizioni normative rilevanti per la decisione, ora servendosi di argomenti di foggia tutt'altro che civilistica, con il risultato che il contratto, il quale dovrebbe costituire il centro gravitazionale dell'intera vicenda, finisce inevitabilmente per rimanere sullo sfondo.

Paradigmatico, in tal senso, è il responso che la Corte di Giustizia fornisce alla prima questione pregiudiziale sottopostale, con la quale – giova rammentarlo – il giudice del procedimento principale ha domandato, in sostanza, se la presenza di un impianto di manipolazione vietato su un veicolo a motore costituisca un difetto di conformità ai sensi della disciplina comunitaria in materia di vendita di beni di consumo (21).

Nel dare risposta affermativa alla questione, la Grande sezione passa dapprima in rassegna le principali norme di diritto dell'Unione che stabiliscono i requisiti necessari per «la vendita o la messa in circolazione» dei veicoli a motore, dei relativi componenti e delle relative «entità tecniche» (22). Al riguardo, il Collegio osserva: *a*) in primo luogo, come fra

---

(20) Sono invero trascorsi diversi anni dalla commercializzazione dei veicoli in questione, trattandosi perlopiù di modelli prodotti tra il 2009 e il 2016 (cfr., per maggiori dettagli, F. BERTELLI, *op. ult. cit.*, p. 12 ss.). Cosicché, guardando all'ordinamento giuridico italiano, risulterà nella maggior parte dei casi spirato il termine prescrizionale di ventisei mesi decorrenti dalla consegna del bene stabilito dal previgente art. 132, comma 4°, c. cons., salve naturalmente le ipotesi in cui siano stati posti in essere appositi atti interruttivi. Ma una considerazione simile può farsi anche con riferimento al termine di prescrizione biennale stabilito dalla legge austriaca (v. l'Abs. 1 del § 933 ABGB, nella versione in vigore fino al 31 dicembre 2021).

(21) Cfr. i parr. 46 ss. della sentenza in esame.

(22) Sul punto, si veda l'art. 4, par. 3, dell'abrogata Dir. (CE) 2007/46, secondo cui «[g]li Stati membri immatricolano o autorizzano la vendita o la messa in circolazione soltanto dei veicoli, dei componenti e delle entità tecniche conformi alle disposizioni della presente direttiva». Tale norma, con soltanto qualche lieve differenza testuale, è ora contenuta nel vigente art. 6, par. 4, Reg. (UE) 2018/858 («Gli Stati membri autorizzano l'immissione sul mercato, l'immatricolazione o l'entrata in circolazione solo dei veicoli, dei sistemi, dei componenti e delle entità tecniche indipendenti conformi al presente regolamento»).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

detti requisiti rientri anche l'osservanza delle regole dettate dal Reg. (CE) 2007/715 (23); *b*) in secondo luogo, come alla verifica e alla certificazione della sussistenza dei medesimi sia espressamente finalizzata la procedura di omologazione (24); *c*) in terzo luogo, come ciascun veicolo debba essere accompagnato, a cura del produttore che è tenuto a rilasciarlo, da un «certificato di conformità» recante, fra l'altro, i dati relativi all'avvenuta omologazione (25).

Da siffatte premesse la Corte ricava una prima e parziale conclusione, e cioè quella secondo cui, «[q]uando acquista un veicolo appartenente alla serie di un tipo di veicolo omologato e, pertanto, corredato da un certificato di conformità, un consumatore può ragionevolmente attendersi che il regolamento n. 715/2007 e, in particolare, l'articolo 5 di quest'ultimo, sia rispettato per quanto riguarda tale veicolo, e ciò anche in assenza di clausole contrattuali specifiche» (par. 54).

Come si vede, tuttavia, il Collegio omette di soffermarsi – e già questa prima lacuna argomentativa non appare di poco conto – su quale sia il tipo di «consumatore» cui parametrare il criterio della «ragionevole aspettativa» di cui all'art. 2, par. 2, lett. *d*, Dir. (CE) 1999/44. E, in verità, invocando la comune esperienza e facendo leva sul verosimile dato statistico, potrebbe anche sostenersi – come difatti ha sostenuto Porsche Inter Auto nelle proprie osservazioni (26) – che, piuttosto, un consumatore «medio» da un veicolo si aspetta unicamente di poter effettivamente circolare (e quindi si attende che all'uopo esso sia dotato, com'è del resto nel caso di specie, di un regolare certificato di omologazione), nonché di poterlo fare in piena sicurezza, senza che l'assoluta conformità a *tutti* i requisiti rego-

---

(23) Ciò in forza di quanto previsto dall'all. IV alla abrogata Dir. (CE) 2007/46 con riferimento ai requisiti relativi alle emissioni per i veicoli «Euro 5» ed «Euro 6». V., ora, il vigente all. II, parti I e II, Reg. (UE) 2018/858.

(24) Cfr. l'art. 3, n. 5, dell'abrogata Dir. (CE) 2007/46, il quale definisce l'omologazione come «la procedura con cui uno Stato membro certifica che un tipo di veicolo, sistema, componente o entità tecnica è conforme alle disposizioni amministrative e alle prescrizioni tecniche pertinenti della presente direttiva e degli atti normativi elencati negli allegati IV o XI». Similmente dispone il vigente art. 3, n. 1, Reg. (UE) 2018/858, che definisce l'omologazione come «la procedura con cui un'autorità di omologazione certifica che un tipo di veicolo, di sistema, di componente o di entità tecnica indipendente è conforme alle disposizioni amministrative e alle prescrizioni tecniche pertinenti».

(25) Cfr. l'art. 18, par. 1, dell'abrogata Dir. (CE) 2007/46 («Il costruttore titolare di una scheda di omologazione CE di un veicolo rilascia un certificato di conformità che accompagna ciascun veicolo completo, incompleto o completato, fabbricato in conformità del tipo di veicolo omologato»). V., ora, gli artt. 36 e 37, Reg. (UE) 2018/858.

(26) Cfr. il par. 145 delle conclusioni dell'avvocato generale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lamentari corrisponda a un suo rilevante interesse, e quindi a una sua *aspettativa*.

Comunque, anche se non viene dichiarato nella parte motiva, la sentenza sembra fare proprio (acriticamente, dandolo come per scontato) il parametro utilizzato (altrettanto acriticamente) sia dal giudice del rinvio (27) sia dall'avvocato generale (28), e cioè quello del «consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto», tipico della disciplina in materia di pratiche commerciali sleali (29). Solo alla luce di ciò allora si comprende e si giustifica la (prima e parziale) conclusione cui la Corte perviene: infatti, la scelta di parametrare la ragionevolezza dell'aspettativa a un modello di consumatore «critico e consapevole» (30) si pone come premessa necessaria – ma anche sufficiente? – rispetto all'affermazione secondo cui il consumatore, quando stipula il contratto, nutre la ragionevole aspettativa che il bene vendutogli sia rispettoso di *tutti* i requisiti stabiliti dalla legge per la sua messa in commercio.

---

(27) Cfr. i parr. 4.2 e 4.3 dell'ordinanza di rinvio («Il criterio della qualità e delle prestazioni «ragionevolmente attendibili» deve basarsi sul modello di consumo europeo. [...] Secondo questo giudice del rinvio, ciò potrebbe essere inteso nel senso che nel caso di un prodotto quale un autoveicolo, notoriamente soggetto a requisiti normativi, si deve ritenere che anche il consumatore medio considerato normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto [...] debba attendersi il rispetto di tali disposizioni»). Che il giudice *a quo* avesse in mente proprio il modello di «consumatore medio» adottato dalle discipline in materia di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali sleali è testimoniato dall'espresso rinvio che egli fa a due pronunce della Corte di giustizia vertenti su tali discipline (nello specifico: CGUE 8 marzo 2003, in causa C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG* c. *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*; CGUE 8 febbraio 2017, in causa C-562/15, *Carrefour Hypermarchés SAS* c. *ITM Alimentaire International SASU*).

(28) Cfr. il par. 146 delle conclusioni dell'avvocato generale.

(29) In tale ambito, come è stato opportunamente osservato in dottrina (cfr., ad es., G. De Cristofaro, voce *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano 2012, p. 1094 ss.), la nozione di «consumatore medio» non deve essere agganciata al dato statistico, dovendo il parametro di riferimento essere individuato nel modello del consumatore «critico e consapevole» in quanto «normalmente» informato e avveduto, e non in quello del consumatore «debole e vulnerabile» (sprovvisto cioè delle conoscenze e delle informazioni indispensabili per agire con piena consapevolezza della portata e della convenienza delle proprie decisioni, nonché privo della razionalità e del senso critico necessari per operare scelte ponderate). Al riguardo, cfr. anche il 18° *considerando* della Dir. (CE) 2005/29 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori («Conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici [...]. La nozione di consumatore medio non è statistica»).

(30) Si veda, ancora, quanto chiarito alla nt. precedente.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Ad ogni modo, l'adozione di un modello astratto e predeterminato di «consumatore» nell'interpretazione della norma *de qua* è una soluzione che, oltre ad aver trovato recente conferma nel 24° *considerando* della Dir. (UE) 2019/771 (31), è altresì in linea, di per sé, con l'indirizzo espresso dalla dottrina nazionale (32), anche se finisce inevitabilmente per precludere, nel giudizio di accertamento della conformità del bene al contratto, ogni indagine di tipo soggettivo sulle qualità personali, sulle aspettative e soprattutto sugli interessi del contraente concreto; indagine che, invece, ove ammessa, avrebbe imposto, almeno nel caso di specie, di tenere conto della circostanza per cui quest'ultimo avrebbe egualmente stipulato il con-

---

(31) Il tenore testuale del 24° *considerando* della Dir. (UE) 2019/771 è il seguente: «Al fine di conciliare l'esigenza della certezza giuridica con un'adeguata flessibilità delle norme giuridiche, qualsiasi riferimento nella presente direttiva a ciò che ci si può aspettare da una persona o a ciò che una persona può aspettarsi dovrebbe intendersi fatto a quanto ci si può ragionevolmente aspettare. La ragionevolezza dovrebbe essere accertata obiettivamente, tenendo conto della natura e dello scopo del contratto, delle circostanze della fattispecie, degli usi e delle pratiche vigenti presso le parti interessate».

(32) Che il criterio della «ragionevole aspettativa» di cui all'art. 2, par. 2, lett. *d*, Dir. (CE) 1999/44, nonché di cui alla previgente versione dell'art. 129, comma 2°, lett. *c*, c. cons., vada commisurato a una nozione oggettiva e predeterminata di consumatore sembra essere un'affermazione piuttosto pacifica in dottrina. Sul punto, cfr., fra gli altri, F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano 2004, p. 399 ss. (in particolare, p. 403: «[...] l'indistinta e generale figura di consumatore si specifica nel particolare soggetto che, nelle concrete circostanze, in relazione alle peculiari competenze tecniche e relazioni intervenute con il professionista, poteva oggettivamente alimentare un giustificato affidamento. Il criterio di valutazione è dunque soggettivo, ma generalizzato: il riferimento non è alla persona del singolo consumatore ma alla figura di un astratto soggetto medio che, con le medesime caratteristiche del consumatore e nelle medesime circostanze in cui questi ha operato, poteva essere ragionevolmente indotto ad attendersi le qualità e le prestazioni oggetto delle pubbliche dichiarazioni»); E. BELLISARIO, *sub* art. 1519-*ter*, comma 2°, lett. *c*, c. cons., in S. PATTI (a cura di), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, Milano 2004, p. 118, ove si specifica che il termine «consumatore», in tale contesto, va inteso come «categoria di acquirenti». Tuttavia, a quanto consta, non sembra sia stata ancora sufficientemente indagata la questione concernente l'individuazione delle astratte qualità soggettive proprie di tale «consumatore», e cioè se esso debba essere identificato con il consumatore "comune" ovvero con quello "critico e consapevole". Sembra proporre l'adozione di un parametro di tipo oggettivo, ma non corrispondente a quello del consumatore avveduto e informato, bensì quello del consumatore, per così dire, *ordinario* – evocando quindi il criterio del verosimile dato statistico –, M. GIROLAMI, *I criteri di conformità al contratto fra* promissio *negoziale e determinazione legislativa nel sistema dell'art. 129 del codice del consumo*, in questa *Rivista*, 2006, I, p. 239: «Quanto al criterio della "ragionevolezza" delle aspettative del consumatore, con esso il legislatore ha inteso evidentemente fare riferimento all'uomo medio, considerando ciò che nella normalità dei casi una persona sarebbe indotta a pensare sulla base delle nozioni comuni e delle caratteristiche». In argomento, v. anche R. CALVO, *Dalla nozione mista di vizio all'art. 1519*-ter, in M. BIN e A. LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Tratt. Galgano*, XXXI, Padova 2003, p. 256 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tratto anche se fosse stato sin dall'inizio a conoscenza dell'impianto di manipolazione.

Al contempo, però, non può sottacersi che la preconcetta adesione da parte della Corte di Giustizia UE a *quel* particolare modello astratto e predeterminato di consumatore, e cioè quello del «consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto», potrebbe essere avvertita come sintomatica di una concezione di tipo sanzionatorio (e non rimediale) della disciplina in materia di difetto di conformità; concezione che, ove s'intenda aderire a una prospettiva assiologica autenticamente di diritto civile, occorrerebbe sempre guardare con il dovuto sospetto, essa comportando inevitabilmente il rischio di riconoscere al consumatore una «aprioristica tutela», come tale incompatibile con la funzione di riequilibrio delle reciproche posizioni contrattuali che è – e deve essere – propria anche della disciplina della responsabilità contrattuale del venditore di beni mobili acquistati da consumatori (33).

Un'ultima notazione riguardante gli aspetti sin qui considerati. Com'è noto, dopo l'entrata in vigore della direttiva comunitaria sulla vendita di beni di consumo, nella letteratura domestica si registrarono due opinioni contrapposte: l'una promuoveva una lettura unitaria della presunzione di conformità di cui all'art. 2, par. 2, lett. *d*, Dir. (CE) 1999/44, nel senso che il bene avrebbe dovuto presumersi conforme al contratto laddove presentasse *quel* grado di qualità e *quelle* prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo che avrebbero potuto essere oggetto di ragionevole aspettativa da parte del consumatore (34); l'altra opinione, invece, anche alla luce delle versioni inglese e tedesca del testo della disposizione, promuoveva una

---

(33) In argomento, cfr. F. RUSCELLO, *Le garanzie post-vendita nella Direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999*, in *Studium iuris*, 2001, p. 837 e p. 846. Ma, a dire il vero, è la stessa Corte di Giustizia UE a ricordare, al par. 93 della sentenza in commento, che «[p]er quanto riguarda [...] le finalità della direttiva 1999/44, occorre rilevare che dai considerando 1 e da 10 a 12 di tale direttiva risulta che essa mira ad istituire un giusto equilibrio tra gli interessi del consumatore e quelli del venditore, garantendo al primo, quale parte debole del contratto, una tutela completa ed efficace contro un'inesatta esecuzione degli obblighi contrattuali del venditore, pur consentendo di tener conto delle considerazioni di carattere economico fatte valere da quest'ultimo».

(34) Per tale opinione cfr. M. GIROLAMI, *op. ult. cit.*, p. 240: «[...] si vuole sottolineare come non sembri necessario forzare il testo normativo, come pure è stato proposto da molta parte della dottrina, per avvicinarlo al modello tedesco o inglese, ove l'aggiunta di una particella congiuntiva induce a sdoppiare i criteri enunciati dalla norma [...]. Intendere che l'abitualità delle qualità e prestazioni debba rispondere ad un criterio di ragionevolezza, invero, non pare in alcun modo limitante. [...] Affermare, infatti, che le caratteristiche reclamizzate rientrino nella "normalità" di quella determinata tipologia di beni, non è diverso, in definitiva, dal dire che esse rappresentano un *quid pluris* che comunque il bene deve possedere nella specifica contrattazione».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lettura "sdoppiante" di quest'ultima, nel senso che il bene avrebbe dovuto presumersi conforme al contratto ove presentasse la qualità e le prestazioni abitualmente presenti nei beni appartenenti alla stessa tipologia merceologica e ove presentasse la qualità e le prestazioni (supplementari) che il consumatore avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi sulla base della natura del bene e delle dichiarazioni commerciali (35).

Ebbene, con la sentenza in esame, la Grande sezione sembra di fatto aderire alla prima delle due letture menzionate. Ciò emerge distintamente dalla tendenza della Corte a considerare (e a riportare) sempre in maniera unitaria la norma in parola (36); ma soprattutto, se la medesima Corte avesse optato per la lettura "sdoppiata", la violazione del divieto di installazione di impianti di manipolazione sarebbe stata verosimilmente considerata *sub specie* di *difetto di conformità per carenza della qualità abitualmente presente nei beni appartenenti alla stessa categoria merceologica*, e perciò non vi sarebbe stato bisogno alcuno di argomentare in ordine alle ragionevoli aspettative del consumatore.

Siffatto quesito esegetico sembrerebbe oggi ancora una volta riproporsi con riferimento alla nuova formulazione testuale della disposizione sin qui considerata, contenuta nell'art. 7, par. 1, lett. *d*, Dir. (UE) 2019/771, ove, rispetto alla versione (italiana) dell'abrogata Dir. (CE) 1999/44, il legislatore dell'Unione europea ha inserito, in sostituzione della virgola, la congiunzione «e» («è della quantità e possiede le qualità e altre caratteristiche [...] normali in un bene del medesimo tipo *e* che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi»). La sentenza in commento è stata tuttavia pronunciata a seguito di un procedimento tenutosi in lingua tedesca, e cioè in un contesto in cui la disposizione di cui all'art. 2, par. 2, lett. *d*, Dir. (CE) 1999/44 già presentava la congiunzione «und» («eine Qualität und Leistungen aufweisen, die bei Gütern der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann»): è perciò ragionevole ritenere che la lettura unitaria della norma adottata nella pronuncia valga anche per la disposizione da ultimo introdotta.

4. – Tanto premesso con riguardo alle «ragionevoli aspettative» del consumatore (37), va però detto che il passaggio più pregnante, in termini

---

(35) In tal senso, a chiare lettere, G. De Cristofaro, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova 2000, p. 109 ss., cui si rinvia per ulteriori approfondimenti. V. anche E. Bellisario, *op. ult. cit.*, p. 112 ss.

(36) Lo stesso può dirsi con riferimento all'ordinanza di rinvio e alle conclusioni dell'avvocato generale relative alla causa di cui si sta trattando.

(37) Sul tema (affine) dell'integrabilità del parametro di conformità attraverso i conte-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di importanza delle conseguenze implicate, si ritrova nella parte centrale che la sentenza in esame dedica alla risoluzione della prima questione pregiudiziale formulata dal giudice del rinvio.

In particolare, dopo aver acclarato, all'esito del ragionamento più sopra ripercorso, che il consumatore – in virtù della sua normale avvedutezza e consapevolezza – si aspetta che il bene acquistato sia rispettoso di *tutti* i requisiti previsti dalla legge, la Corte conclude che l'art. 2, par. 2, lett. *d*, Dir. (CE) 1999/44 «deve essere interpretato nel senso che un veicolo che non sia conforme [al divieto di installazione di sistemi di manipolazione di cui all'art. 5, par. 2, Reg. (CE) 2007/715] non presenta la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi tenuto conto della natura di tale bene» (par. 55) (38).

La Corte, in altri termini, accogliendo le suggestioni provenienti dall'ordinanza di rinvio e dalle conclusioni dell'avvocato generale, sembra svolgere un ragionamento di tipo sillogistico, ancorato al tenore testuale della norma, i cui passaggi, per fare ulteriore chiarezza, possono essere compendiati nei seguenti termini: *a*) ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. *d*, Dir. (CE) 1999/44 v'è difetto di conformità (al contratto) ogniqualvolta il bene non presenti la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene; *b*) il consumatore (medio) può ragionevolmente aspettarsi che il bene acquistato sia rispettoso di *tutti* i requisiti previsti dalla legge per la sua immissione nel mercato UE; *c*) ne deriva che, ove un bene non

---

nuti del messaggio pubblicitario idoneo a ingenerare un ragionevole affidamento nel consumatore ai sensi dell'art. 129, comma 2°, lett. *c*, c. cons. si è pronunciato, volgendo lo sguardo al panorama italiano, Trib. Palermo 17 novembre 2015, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 704 ss., con nota di E. CAMILLERI, *Qualità pubblicizzate e affidamento del consumatore. Spunti per il caso* Dieselgate*?* (si vedano, in particolare, le condivisibili considerazioni svolte dall'Autore nella parte conclusiva del primo paragrafo di commento, p. 711).

(38) Merita, peraltro, di essere segnalata la singolare conclusione cui giunge l'avvocato generale, e cioè quella per cui (cfr. par. 147 delle sue conclusioni) la difformità del veicolo rispetto alle prescrizioni contenute nel Reg. (CE) 2007/715 costituirebbe un difetto riconducibile a *tutte* (!) le ipotesi di difetto previste dall'art. 2, par. 2, Dir. (CE) 1999/44: «[...] a mio avviso, in mancanza di un certificato di conformità esatto, il veicolo in questione non corrisponde "alla descrizione fatta dal venditore", ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lett. *a*, della direttiva 1999/44. Analogamente, tale veicolo non è "idoneo ad ogni uso speciale voluto dal consumatore" e non è "idoneo all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo", ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lett. *b* e *c* di tale direttiva. Analogamente, per quanto riguarda il quesito del giudice del rinvio, detto veicolo non presenta la "qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene", ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lett. *d*, della direttiva in parola».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rispetti *tutti* i predetti requisiti, esso dovrà *per ciò solo* giudicarsi non conforme al contratto di vendita; *d*) in definitiva, essendo vietata per legge l'installazione di dispositivi di manipolazione sui veicoli a motore destinati ad essere immessi nel mercato unico (rientranti nell'ambito di applicazione di tale divieto), un veicolo che sia portatore di un impianto siffatto dovrà reputarsi non conforme alla legge e *pertanto* non conforme al contratto.

Dunque, astraendo per ora dal caso di specie, è evidente che il principio di diritto compendiato *sub c* – vale a dire quello per cui, ove un bene non rispetti *tutti* i requisiti stabiliti dalla legge per la sua vendita o messa in commercio (39), esso dovrà per tale sola ragione giudicarsi non conforme al contratto di vendita – è potenzialmente in grado di produrre conseguenze notevolissime sull'applicazione delle norme in materia di vendita di beni di consumo. Infatti, così interpretata, la regola stabilita dall'art. 2, par. 2, lett. *d*, Dir. (CE) 1999/44, ora contenuta nell'art. 7, par. 1, lett. *d*, Dir. (UE) 2019/771, è destinata a svolgere una funzione di "trasformatore permanente", nel senso che in forza di essa tutti i requisiti stabiliti da norme di diritto dell'Unione per l'immissione nel mercato di un bene o di una categoria di beni verranno ad assumere *automaticamente* la valenza di requisiti di conformità al contratto.

Un aspetto, tuttavia, non emerge chiaramente dalla pronuncia, e cioè se l'operatività di siffatto meccanismo sia circoscritta a quei beni – tutt'altro che rari, per verità, fra quelli di consumo – i cui requisiti per la relativa distribuzione debbono essere attestati mediante il rilascio di un certificato di omologazione o comunque, per analogia, di altro apposito documento o mediante l'apposizione di un segno distintivo aventi parimenti lo scopo di testimoniare, agli occhi del consumatore, la conformità del prodotto acquistato ai requisiti previsti dalla legge. Basti pensare, a titolo esemplificativo, a tutti quei prodotti che, per essere immessi nel mercato, debbono riportare la «marcatura CE» prevista e disciplinata dal Reg. (CE) 2008/765 (40), ovverosia quel simbolo grafico «mediante cui il fabbricante indica che il prodotto è conforme ai requisiti applicabili stabiliti nella normativa

---

(39) Sugli incerti confini, in generale, del concetto giuridico di «commerciabilità della cosa» deve qui farsi rinvio, fra i molti, a A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 2022, p. 231 ss.; G. MARZO, *Limiti oggettivi: l'incommerciabilità della cosa*, in M. BIN (a cura di), *La vendita*, I, Padova 1994, p. 57 ss. Con particolare riferimento alla disciplina consumeristica della vendita, cfr. R. MONGILLO, *Il difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, Napoli 2006, p. 48 ss.

(40) Reg. (CE) 2008/765 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 luglio 2008, che fissa le norme in materia di accreditamento, così come da ultimo modificato dal Reg. (UE) 2019/1020 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

comunitaria di armonizzazione che ne prevede l'apposizione» (41) e che costituisce «la conseguenza visibile di un intero processo che comprende la valutazione di conformità in senso lato» (42).

In assenza di indici chiari al riguardo, valorizzabili per dare una risposta certa al quesito, può comunque osservarsi che, in generale, il Collegio non sembra riconoscere rilievo strettamente condizionante alla circostanza per cui la consegna del veicolo da parte del venditore debba avvenire per legge unitamente al certificato di omologazione, essa costituendo, piuttosto, uno dei fattori da tenere in considerazione nella valutazione della «ragionevolezza dell'aspettativa» in capo al consumatore.

Così come nemmeno, di converso, è ritenuta dalla Corte sufficiente a escludere il difetto di conformità ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. *d*, Dir. (CE) 1999/44 la circostanza per cui il veicolo acquistato dal ricorrente fosse effettivamente dotato sin dall'inizio di un'omologazione (mai ritirata dall'Autorità tedesca competente) che gli permettesse di circolare e di fare uso del veicolo. Ciò che sembra assumere valore dirimente, infatti, è la corrispondenza *sostanziale* del bene ai requisiti previsti dalla legge per la sua immissione nel mercato, a prescindere dall'esistenza di qualsivoglia documentazione che formalmente ne attesti (più o meno correttamente) la conformità alla legge (43). Detto ancora più chiaramente, con le parole dell'avvocato generale: «sebbene il veicolo di cui trattasi dispon[ga] di un'omologazione CE, rilasciata dall'organismo nazionale competente, resta nondimeno il fatto che tale veicolo non è conforme al contratto di vendita, ai sensi della direttiva 1999/44» (par. 150 delle conclusioni).

In ogni caso, è evidente che la disciplina consumeristica del difetto di conformità, per come interpretata dalla Corte con la pronuncia in commento, porta con sé il rischio di abusi da parte del consumatore, segnatamente nella misura in cui quest'ultimo, a fronte di una qualsiasi difformità sostanziale del bene rispetto alle prescrizioni normative, sarebbe sempre ammesso ad attivare i rimedi in essa previsti a prescindere da ogni rilievo di carattere quantitativo o qualitativo in ordine alla concreta incidenza di tale difformità sul sinallagma contrattuale e sul di lui interesse alla prestazione (44).

---

(41) Tale definizione è data dall'art. 2, n. 20, Reg. (CE) 2008/765.

(42) Così, testualmente, il 37° *considerando* del Reg. (CE) 2008/765. La definizione di «valutazione della conformità», invece, si rinviene all'art. 2, n. 12, Reg. cit. («la procedura atta a dimostrare se le prescrizioni specifiche relative a un prodotto, a un processo, a un servizio, a un sistema, a una persona o a un organismo siano state rispettate»).

(43) Cfr. i parr. 56-58 della pronuncia in esame.

(44) Che l'installazione di un *defeat device* costituisse un «vizio» era già stato anticipato

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il pericolo, sotto altro profilo, è che l'apparato rimediale di cui si tratta, anziché assolvere alla sua genuina funzione di riequilibrio delle controprestazioni contrattuali (45), finisca per assumere la veste di strumento volto ad assicurare l'effettivo rispetto delle leggi che stabiliscono requisiti per l'immissione dei beni nel mercato – di strumento, vale a dire, di *private enforcement* –, la cui attivazione tuttavia – e in questo risiede la contraddizione – è esclusivamente rimessa all'iniziativa del compratore. Senza dimenticare, per giunta, che la predetta violazione di legge, almeno nella gran parte delle fattispecie aventi ad oggetto la vendita di beni di consumo, non dipende dalla condotta del venditore, bensì da quella del produttore, che non è parte del contratto di vendita e che, al pari del consumatore, ben potrebbe esserne ignaro, pur potendosi ritrovare costretto a patirne le conseguenze, con la sola (fatua) consolazione del diritto di regresso di cui all'art. 4 Dir. (CE) 1999/44 (oggi art. 18 Dir. (UE) 2019/771).

I timori poc'anzi paventati paiono ancor più fondati se si tiene conto del fatto che fra i presupposti che la disciplina novellata richiede per il sorgere della responsabilità in capo al venditore non figura quello della non apparenza del difetto, il quale, invece, sotto il regime previgente, era stabilito, com'è noto, dall'art. 2, par. 3, Dir. (CE) 1999/44 («[n]on vi è difetto di conformità [...] se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore era a conoscenza del difetto o non poteva ragionevolmente ignorarlo») (46). In virtù di ciò, invero, la posizione del consumatore risulta

---

dalla Corte di giustizia, seppure *incidenter tantum* e senza precise argomentazioni in punto di difetto di conformità ai sensi della disciplina in materia di vendita di beni di consumo, con la già citata CGUE 9 luglio 2020, in causa C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation* c. *Volkswagen AG* (v. *supra*, nt. 3). In tale occasione, però, la Corte aveva più opportunamente incentrato l'argomentazione sulla perdita di valore commerciale derivante, nel caso concreto, dall'aver acquistato un veicolo non conforme alle norme in materia di omologazione (cfr., infatti, il par. 34: «[...] più che di un danno meramente patrimoniale, si tratta, nella fattispecie, di un *danno materiale che si traduce in una perdita di valore di ciascun veicolo interessato* e derivante dal fatto che, con la rivelazione dell'installazione del software che manipola i dati relativi alle emissioni dei gas di scarico, il pagamento effettuato per l'acquisto di un simile veicolo trova come contropartita un veicolo affetto da un *vizio* e, quindi, di valore inferiore [cors. agg.]»).

(45) Al riguardo, può rinviarsi a quanto già indicato alla precedente nt. 33.

(46) Per un commento sintetico ma esaustivo sulla previgente disciplina che escludeva il difetto di conformità (*rectius*: che escludeva la responsabilità del venditore) ove i difetti fossero conosciuti o conoscibili dal compratore al momento della stipulazione del contratto, si rinvia, per tutti, a M. Girolami, *sub* art. 129 c. cons., in G. De Cristofaro – A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova 2013, p. 823 ss. A un commento della medesima Autrice si rinvia per l'illustrazione dei tratti caratteristici della nuova disciplina: cfr. Id., *La conformità del bene al contratto di vendita: criteri "soggettivi" e*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rafforzata rispetto al passato (47), potendo oggi il professionista ostacolare le pretese di controparte fondate sulla mancanza dei requisiti oggettivi di conformità soltanto fornendo la prova che, «al momento della conclusione del contratto di vendita, il consumatore era stato specificamente informato del fatto che una caratteristica particolare del bene si discostava dai [predetti requisiti] [...] e il consumatore ha espressamente e separatamente accettato tale scostamento al momento della conclusione del contratto di vendita» (art. 7, par. 5, Dir. (UE) 2019/771, cui corrisponde, nell'ordinamento italiano, l'art. 130, comma 4°, c. cons.).

Peraltro, a tale ultimo riguardo, merita di essere segnalato un ulteriore profilo di criticità. Se, infatti, è vero che il legislatore europeo della riforma, con il citato art. 7, par. 5, Dir. (UE) 2019/771, ha inequivocabilmente ammesso – dissipando in tal modo i dubbi avanzati dalla dottrina sotto il regime previgente – che venditore e compratore possano accordarsi per definire le caratteristiche del bene oggetto del contratto derogando (anche) *in pejus* ai requisiti oggettivi di conformità previsti dalla legge (48), è però altrettanto vero che la validità di siffatti accordi rischia di trovare un limite invalicabile in quella che in letteratura è stata definita «conformazione ecologica dell'autonomia negoziale», e cioè quella concezione per la quale «la sostenibilità ambientale assurge a parametro del controllo di meritevolezza degli atti e dei rapporti negoziali, in quanto idonei a realizzare una funzione ecologico-sociale» (49).

---

criteri "oggettivi", in G. De Cristofaro (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, cit., p. 65 ss.

(47) Di «disciplina senz'altro più favorevole per il consumatore» discorre apertamente, con riferimento al profilo in esame della nuova direttiva, G. De Cristofaro, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari* b-to-c*: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, cit., p. 226.

(48) Al riguardo, cfr. M. Girolami, *op. ult. cit.*, p. 98, che condivisibilmente qualifica la fattispecie contemplata all'art. 7, par. 5, Dir. (UE) 2019/771/UE e all'art. 130, comma 4°, c. cons., in termini di accordo finalizzato a definire l'oggetto della vendita, anche in deroga ai requisiti oggettivi di conformità, i quali dunque costituiscono «parametri integrativi ad operatività sussidiaria».

(49) Il riferimento è a M. Pennasilico, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *R. quadr. dir. dell'amb.*, 2020, 3, p. 27 ss., il quale illustra che il concetto di «conformazione ecologica dell'autonomia negoziale [...] implica un giudizio di valore sull'attività economica, considerata meritevole soltanto se rispetti l'ambiente, gli ecosistemi e le esigenze anche delle generazioni future; con la conseguenza che un contratto a impatto ambientale, pur presentando una causa lecita, potrebbe essere non meritevole di tutela là dove non sia idoneo a realizzare il concreto interesse ambientale. In tal senso, la sostenibilità, tra i criteri valutativi del giudice, rileva come strumento di selezione degli interessi che richiedono prioritaria attenzione». In argomento, *ex plurimis*, v. anche G. Vettori, *Contratto e rimedi. Verso una società sostenibile*, Milano 2021, p. 78 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Infatti, ove si scegliesse di valorizzare l'interesse alla tutela ambientale a tal punto da considerarlo alla stregua di parametro di validità del negozio, parrebbe in conseguenza di ciò doversi ritenere nullo l'accordo «espresso e separato» con cui le parti pattuiscano la conformità al contratto di un bene non rispettoso dei requisiti antinquinamento stabiliti dalla legge (50), o finanche (direttamente) nullo l'intero contratto con cui le parti intendano realizzare deliberatamente il trasferimento della proprietà di un bene avente tale caratteristica (51).

5. – La tendenza a riconoscere alla tutela dell'ambiente il rango di interesse «prioritario» è propria anche della sentenza in esame, seppure sotto profili diversi rispetto a quello poc'anzi evocato, ma non per tale ragione meno significativi in termini sistematici. Detta tendenza, in parti-

---

(50) In tal caso le sorti del contratto (*rectius*: della parte restante del contratto) finirebbero per dipendere dall'esito incerto dell'indagine volontaristica imposta dall'art. 1419 c.c.; indagine che, laddove venisse risolta con esito conservativo, finirebbe paradossalmente per riabilitare il consumatore, sussistenti i relativi presupposti, all'esercizio dei rimedi contro il (redivivo) difetto di conformità, in palese (ma obbligata) violazione del generale divieto di *venire contra factum proprium*.

(51) In tal modo, però, si finirebbe sostanzialmente per far dipendere l'alternativa fra nullità del contratto ed esperibilità dei rimedi contro il difetto di conformità dall'esistenza di una dichiarazione del venditore resa ai sensi degli artt. 7, par. 5, Dir. (UE) 2019/771 e 130, comma 4°, c. cons. Tale considerazione, per chiarezza, ha come presupposto l'efficacia vincolante del *dictum* della Corte di Giustizia UE. Nelle fattispecie analoghe a quella considerata nella pronuncia in esame, infatti, l'interprete resta a nostro parere costretto a qualificare in termini di difetto di conformità al contratto la mancata corrispondenza del bene ai requisiti previsti dalla legge. E ciò appare ancor più vero se si fa reagire tale soluzione ermeneutica con la nuova disciplina della vendita di beni di consumo, la quale, trovando la propria matrice in una direttiva di massima armonizzazione (cfr. l'art. 4 Dir. (UE) 2019/771), non ammette il ricorso ad altre norme dell'ordinamento nazionale per gli aspetti in essa disciplinati (cfr., infatti, il testo del nuovo art. 135-*septies* c. cons.: «Per quanto non previsto dal presente capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di formazione, validità ed efficacia dei contratti, comprese le conseguenze della risoluzione del contratto e il diritto al risarcimento del danno [comma 1°]. Per gli aspetti disciplinati dal presente capo non si applicano altre disposizioni aventi l'effetto di garantire al consumatore un diverso livello di tutela [comma 2°]»; in argomento si rinvia a T. Dalla Massara., *Art. 135* septies *cod. cons.: il coordinamento tra codice del consumo e codice civile in tempi di armonizzazione massima*, in G. De Cristofaro (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, cit., p. 485 ss.). Sicché, la possibilità di disattendere le conclusioni della Corte, e quindi di valorizzare ad altri effetti la difformità del bene compravenduto rispetto alle prescrizioni di legge poste a tutela dell'ambiente, sembra limitata alla fattispecie – diversa rispetto a quella presa in esame dalla Corte e oggetto del giudizio principale – in cui il consumatore sia informato sin da subito della predetta difformità e cionondimeno decida liberamente di accettarla. Ciò, beninteso, a patto che non si preferisca ritenere la questione in parola in ogni caso estranea agli obiettivi di massima armonizzazione in quanto attinente ai profili di validità del contratto.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

colare, emerge con chiarezza dal percorso argomentativo sviluppato della Grande sezione per dare risposta alla seconda e alla terza questione pregiudiziale. Della seconda questione, tuttavia, avendo essa natura eminentemente tecnica, ci limiteremo a ripercorrere gli aspetti strettamente funzionali agli scopi dimostrativi del presente contributo; della terza, invece, tratteremo più diffusamente.

Ebbene, con la seconda questione pregiudiziale, come a suo tempo illustrato (52), la Corte austriaca domanda, in sostanza, se la limitazione dell'efficienza dell'impianto di ricircolo dei gas di scarico all'intervallo termico compreso fra i 15 e i 33 gradi Celsius possa essere ricompresa nell'eccezione di cui all'art. 5, par. 2, lett. *a*, Reg. (CE) 2007/715, in virtù della quale il divieto non si applica quando «l'impianto si giustifica per la necessità di proteggere il motore da danni o avarie e di un funzionamento sicuro dei veicoli». Ad opinione della concessionaria e della casa produttrice, infatti, tale eccezione ricorrerebbe effettivamente nel caso di specie poiché le temperature troppo basse o troppo elevate comporterebbero un malfunzionamento della valvola «EGR» di ricircolo dei gas di scarico, con rischio di danni al motore e di improvvise perdite di potenza in grado di compromettere l'uso in sicurezza del veicolo.

Al quesito la Corte UE, con la sentenza in esame (parr. 59-81), dopo aver ampiamente richiamato i principi di diritto enucleati con la sua precedente pronuncia del 2020 (53), dà sostanzialmente risposta negativa, precisando, fra l'altro: *a*) che l'eccezione opera solo allorché sia dimostrato che l'impianto di commutazione risponde strettamente all'esigenza di scongiurare i rischi immediati di danni o avarie al motore, causati da un malfunzionamento di una parte del sistema di ricircolo dei gas di scarico, che presentino una gravità tale da comportare un concreto pericolo in occasione della guida del veicolo; *b*) che, ad ogni modo, non può ricadere nell'eccezione in parola un impianto di manipolazione che, in condizioni normali di circolazione, debba funzionare per la maggior parte dell'anno affinché il motore sia protetto da danni e avarie o affinché venga garantito il funzionamento sicuro del veicolo (54).

---

(52) Per maggiori dettagli, v. *supra*, par. 2.

(53) Il riferimento è alla già citata CGUE 17 dicembre 2020, in causa C-693/18, *X*, con int. di *CLCV e a., A e a., B, AGLP e a., C e a.* (v. *supra*, nt. 5).

(54) Tale conclusione è stata ancor più di recente confermata dalla Grande sezione con la pronuncia CGUE 8 novembre 2022, in causa C-873/19, *Deutsche Umwelthilfe eV* c. *Bundesrepublik Deutschland*, con int. di *Volkswagen AG* (in *Curia.europa.eu*). Anche in questo caso il ruolo di giudice relatore è stato svolto da Peter George Xuereb; quello di avvocato generale da Athanasios Rantos. L'ordinanza di rinvio dello *Schleswig-Holsteinisches*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Ciò che più qui interessa, però, è mettere in luce come alla base di tale conclusione vi sia l'assunto per cui tutte le eccezioni al divieto di cui all'art. 5 Reg. (CE) 2007/715 debbano essere interpretate in maniera restrittiva, potendosi perciò ammettere l'installazione di un sistema di commutazione soltanto quando nessun'altra soluzione tecnologica offerta dalla scienza contemporanea consenta di evitare rischi immediati di danni o avarie al motore che generino un pericolo concreto nella guida di tale veicolo. Il ricorso a sistemi di manipolazione da parte dei produttori di automobili diviene allora l'*extrema ratio*, e ciò trova fondamento, secondo la Corte, nella finalità prioritaria di garantire un'efficace ed elevata tutela all'ambiente, finalità cui sono espressamente orientate tutte le fonti normative dell'Unione in materia di omologazione di veicoli a motore (55).

L'argomento teleologico connesso alle esigenze di preservare l'ambiente e la qualità dell'aria, a ben guardare, è alla base anche della risposta che il Collegio fornisce alla terza questione sollevata dal giudice austriaco, ovverosia quella con cui si domanda se il difetto di conformità consistente nella violazione del divieto di installazione di sistemi di manipolazione debba considerarsi «minore» ai sensi dell'art. 3, par. 6, Dir. (CE) 1999/44, con conseguente esclusione del diritto alla risoluzione del contratto in capo al consumatore (56), tenuto anche conto del fatto che quest'ultimo, nel caso di specie, avrebbe comunque concluso la vendita anche se fosse

---

Verwaltungsgericht (Tribunale amministrativo dello Schleswig-Holstein, Germania) è datata 20 novembre 2019 ed è anch'essa integralmente consultabile sul portale *Curia.europa.eu*.

(55) Fra i molti indici che testimoniano tale obiettivo possono citarsi: il 1° *considerando* del Reg. (CE) 2007/715 («Le prescrizioni tecniche per l'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dovrebbero [...] garantire elevati livelli di tutela dell'ambiente»); il 3° *considerando* dell'abrogata Dir. (CE) 2007/46 («I requisiti tecnici applicabili ai sistemi, ai componenti, alle entità tecniche e ai veicoli dovrebbero essere armonizzati e specificati in atti normativi. Tali atti normativi dovrebbero in primo luogo tendere a garantire un elevato livello di sicurezza stradale, protezione della salute, protezione dell'ambiente, efficienza energetica e protezione contro gli usi non autorizzati»); il 7° *considerando* del Reg. (UE) 2018/858 («Il presente regolamento stabilisce norme e principi armonizzati per l'omologazione dei veicoli a motore [...] al fine di offrire un livello elevato di sicurezza e di protezione della salute e dell'ambiente»).

(56) Ai sensi dell'art. 3, par. 6, Dir. (CE) 1999/44, infatti, «[u]n difetto di conformità minore non conferisce al consumatore il diritto di chiedere la risoluzione del contratto» (cfr. anche la precedente formulazione dell'art. 130, comma 10°, c. cons.: «Un difetto di conformità di lieve entità per il quale non è stato possibile o è eccessivamente oneroso esperire i rimedi della riparazione o della sostituzione, non dà diritto alla risoluzione del contratto»). Una regola analoga è oggi stabilita dall'art. 13, par. 5, Dir. (UE) 2019/771 («Il consumatore non ha il diritto di risolvere il contratto se il difetto di conformità è solo di lieve entità. L'onere della prova con riguardo al fatto se il difetto di conformità sia di lieve entità è a carico del venditore»), cui corrisponde – questa volta fedelmente – il testo del nuovo art. 135-*bis*, comma 5°, c. cons. Cfr., al riguardo, F. Oliviero, *La nuova disciplina dei c.d. rimedi*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stato a conoscenza della sussistenza dell'impianto e del suo meccanismo di azione.

Anche in questo caso, per sinteticità, può ripercorrersi per punti il ragionamento – già di per sé piuttosto essenziale – svolto dalla Corte (parr. 82-97): *a*) l'ammissione fatta dal consumatore che avrebbe egualmente acquistato il veicolo non è rilevante al fine di determinare se un difetto di conformità debba essere qualificato «minore», giacché il tenore testuale della norma non consente di valorizzare tale circostanza; *b*) la Dir. (CE) 1999/44 non fornisce il significato di «difetto di conformità minore», sicché occorre chiarirlo facendo riferimento al significato abituale che tale espressione ha nel linguaggio corrente, oltre che tenendo conto del contesto giuridico nel quale essa viene utilizzata; *c*) tenendo conto del significato che il termine «minore» ha abitualmente nel linguaggio comune, la nozione di «difetto di conformità minore» rinvia a un difetto di conformità «di scarsa importanza»; *d*) il contesto giuridico in cui si colloca la nozione in esame è quello dei rimedi esperibili a fronte di un difetto di conformità nella vendita di beni di consumo, e detti rimedi sono tra loro gerarchicamente ordinati, con la conseguenza che la risoluzione del contratto, comportando conseguenze particolarmente rilevanti, può essere richiesta dal consumatore «solo se il difetto di conformità è sufficientemente significativo».

Due ulteriori argomenti, tuttavia, inducono la Corte UE a negare la lieve entità del difetto consistente nell'installazione di un sistema di manipolazione vietato, e cioè, in primo luogo, la considerazione – che, per verità, appare involuta e del tutto astratta dal caso di specie – per cui la violazione del Reg. (CE) 2007/715 impedirebbe l'omologazione del veicolo; in secondo luogo (e soprattutto), la notazione per la quale siffatto difetto impedirebbe in ogni caso al veicolo di rispettare i valori-limite di emissioni previsti da tale regolamento, in contrasto con le finalità di considerevole riduzione dei gas inquinanti a protezione dell'ambiente e a preservazione della qualità dell'aria.

Così, l'interpretazione della nozione di «difetto minore», che invece avrebbe potuto costituire un'occasione preziosa per contenere le controverse implicazioni – a suo tempo illustrate – derivanti dalla conversione pressoché automatica della violazione di legge in difetto di conformità al contratto, finisce per rappresentare un ulteriore strumento per realizzare gli obiettivi prioritari di tutela ambientale, anche a costo di sacrificare il

---

"secondari": riduzione del prezzo e risoluzione del contratto, in G. De Cristofaro (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, cit., p. 330 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

principio (e valore) della conservazione del rapporto contrattuale. Un'esegesi fedele alla funzione rimediale della disciplina in cui la norma *de qua* si colloca avrebbe invece condotto la Corte a parametrare la minore o maggiore gravità del difetto in dipendenza dell'effettiva e concreta incidenza di questo sull'equilibrio delle prestazioni contrattuali nonché sull'interesse del compratore (57).

Peraltro, la misurazione dell'entità del difetto effettuata non sulla base della divergenza fra il bene promesso e il bene consegnato, bensì in ragione della priorità (o del rango) dell'interesse protetto dalla norma di legge violata (nella specie: la tutela dell'ambiente), rischia di portare ad esiti ancor più paradossali se si tiene conto del fatto che l'art. 13, par. 4, lett. *c*, Dir. (UE) 2019/771 – cui corrisponde, nell'ordinamento italiano, il nuovo art. 135-*bis*, comma 4°, lett. *c*, c. cons. – riconosce al consumatore il diritto di ottenere l'immediata risoluzione del contratto (o l'immediata riduzione del prezzo) se il difetto di conformità è *particolarmente grave* (58).

È infatti evidente che, ogni volta che il legislatore dell'Unione prescrive dei requisiti per l'immissione di taluni beni nel mercato, lo fa per garantire un «livello elevato di protezione» agli «interessi pubblici» particolarmente meritevoli di tutela, «quali la salute e la sicurezza in generale, la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro, la tutela dei consumatori, la protezione dell'ambiente [e] della sicurezza pubblica» (59). Cosicché, un'opzione ermeneutica come quella in parola, pur dovendosi riconoscere che, sul piano dell'effettività, costituirebbe senz'altro un incentivo di non

---

(57) La dottrina italiana ha a più voci segnalato, infatti, l'opportunità di interpretare la regola consumeristica di cui si tratta in maniera omogenea a quella stabilita all'art. 1455 c.c. (cfr., fra i molti, A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della Direttiva n. 1999/44/CE «su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, in *Studium iuris*, 2000, p. 267; F. BOCCHINI, *op. ult. cit.*, p. 464 ss.; F. OLIVIERO, *op. loc. ult. cit.*). A sostegno della necessità di operare un'interpretazione eminentemente oggettiva della disposizione, onde rispettarne il tenore testuale, si sono espressi L. GAROFALO e A. RODEGHIERO, *sub* art. 1519-*quater* c.c., in L. GAROFALO, V. MANNINO, E. MOSCATI e P.M. VECCHI (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, Padova 2003, p. 438 ss.

(58) Sulla nuova previsione cfr., fra gli altri, F. OLIVIERO, *op. ult. cit.*, p. 329 ss.; S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 231, il quale osserva condivisibilmente come, in virtù di siffatta disposizione, la gerarchia rimediale prevista dalla nuova direttiva non sia «ingessata» come quella predisposta dalla Dir. (CE) 1999/44, potendosi in ciò ravvisare un temperamento alla nuova regola (più restrittiva) sul coordinamento fra rimedi consumeristici e diritti previsti da altre norme dell'ordinamento stabilita dall'art. 135-*septies* c. cons. (con riguardo alla disposizione da ultimo citata, v. la nt. 51).

(59) Ciò emerge distintamente, ad esempio, dalla lettura dell'art. 1 Reg. (UE) 2019/1020 sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti, da cui sono tratte le parole citate.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

poco conto all'osservanza dei requisiti regolamentari da parte dei produttori, per altro verso finirebbe per abilitare il consumatore ad avvalersi del rimedio demolitorio ogniqualvolta il difetto di conformità sia collegato alla violazione di detti requisiti, rafforzandosi così il rischio di abuso a danno del venditore e, perdipiù, non senza esiti contraddittori proprio in termini di sostenibilità e di promozione della c.d. economia circolare (60).

6. – Qualche considerazione conclusiva. Con l'indagine condotta si sono voluti analizzare quelli che, adottando una prospettiva di diritto privato, paiono costituire i principali profili problematici dell'esaminata pronuncia della Corte di Giustizia UE, anche allo scopo di evidenziare le ripercussioni che le opzioni ermeneutiche e le scelte argomentative ad essa sottese potrebbero comportare nell'applicazione delle norme di matrice europea stabilite per i contratti di vendita di beni mobili tra professionisti e consumatori, specialmente alla luce delle modifiche da ultimo introdotte con la Dir. (UE) 2019/771.

La concezione strumentale dei rimedi contrattuali come mezzi anch'essi impiegabili – unitamente a quelli di diritto pubblico – per assicurare l'effettiva osservanza delle prescrizioni di diritto UE a tutela dell'ambiente (ed eventualmente a tutela degli altri interessi pubblici «prioritari») rischia di compromettere la stabilità dei rapporti contrattuali tra consumatori e venditori finali, e di offrire il fianco a usi impropri dei diritti riconosciuti al compratore a fronte del difetto di conformità.

Ed è, peraltro, particolarmente interessante (e al contempo allarmante) notare come siffatta "eterogenesi dei fini" rischi di realizzarsi anche nella direzione inversa a quella sin qui considerata. Il riferimento, più esplicitamente, è a un rinvio pregiudiziale di interpretazione, anch'esso inscrivibile nell'ambito della vicenda «*dieselgate*», la cui causa davanti alla Corte di Giustizia UE, allo stato, non è ancora giunta a decisione, ma in relazione al quale, in data 2 giugno 2022, l'avvocato generale ha presentato le proprie conclusioni (61). Trattasi, più nello specifico, di una domanda di rinvio

---

(60) Sulla c.d. «sostenibilità rimediale» per il difetto di conformità si rinvia a F. BERTELLI, *«Dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore», conformità oggettiva ed economia circolare*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, cit., p. 242 ss. L'importanza che la conservazione del contratto (se non, addirittura, la "conservazione del bene") riveste nel perseguimento degli obiettivi di sostenibilità ambientale emerge anche dalla lettura del 32° e del 48° *considerando* della Dir. (UE) 2019/771. In argomento, v. anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 7 aprile 2022 sul diritto alla riparazione (in *Europarl.europa.eu*), la quale si inserisce nel quadro del c.d. «*Green Deal* europeo».

(61) Si tratta del medesimo avvocato generale, ovverosia Athanasios Rantos, che è stato

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pregiudiziale proposta il 17 febbraio 2021 dal *Landgericht* Ravensburg (Tribunale del *Land* di Ravensburg, Germania) (62), con la quale in sostanza il giudice del rinvio ha interrogato la Corte di giustizia in ordine alle finalità sottese alle norme di diritto dell'Unione relative ai requisiti e alle procedure per l'omologazione dei veicoli a motore, chiedendo in particolare se fra dette finalità – oltre, ovviamente, alla salvaguardia dell'interesse generale alla riduzione delle emissioni inquinanti – sia ricompresa anche la tutela dell'interesse particolare del singolo consumatore (*recte*: del singolo *compratore*) (63) a non acquistare un veicolo qualora su di esso sia installato un impianto illecito di manipolazione (64), e se, in caso di risposta affermativa, tenuto anche conto del principio di effettività, le norme menzionate debbano interpretarsi nel senso che esse impongono agli Stati membri di prevedere che l'acquirente di un veicolo siffatto possa invocare la responsabilità extracontrattuale del produttore, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni (65).

---

investito del compito di redigere le conclusioni relative alle tre domande di rinvio pregiudiziale sfociate nelle tre decisioni pronunciate dalla CGUE lo scorso 14 luglio 2022.

(62) Causa C-100/21, *QB* c. *Mercedes-Benz Group AG*, *già Daimler AG*. La documentazione di causa è consultabile sul portale *Curia.europa.eu*.

(63) Gli atti normativi di diritto UE in materia di omologazione dei veicoli a motore, a differenza di quelli concernenti i contratti di vendita di beni di consumo, non rientrano, infatti, nella materia consumeristica; sicché tutti i compratori, a prescindere dalla qualifica soggettiva – siano cioè essi, senza distinzioni, consumatori o professionisti –, si vedrebbero attribuito il diritto al risarcimento dal danno per aver acquistato un veicolo portatore di un impianto di manipolazione vietato, ove naturalmente siffatta pretesa venisse ritenuta dalla Corte di giustizia – come suggerito dall'avvocato generale – "insita" nei predetti atti normativi.

(64) Una questione analoga era stata sollevata dinanzi alla CGUE dal *Landgericht* Gera (Tribunale del *Land*, Gera, Germania) il 4 novembre 2019, in causa C-809/19, *ER* c. *Volkswagen AG*. La causa, tuttavia, è stata cancellata il 15 luglio 2020 (cfr. il portale *Curia.europa.eu*). In estrema sintesi, il giudice del rinvio aveva domandato, fra le altre cose, se la Dir. (CE) 2007/46 e il Reg. (CE) 2007/715 fossero volti a tutelare anche il cliente finale, anche con riguardo alla sua libertà di disposizione e al suo patrimonio, e se l'acquisto di un veicolo da parte del cliente finale, immesso in circolazione senza un certificato di conformità valido e sul quale è installato un dispositivo di manipolazione vietato, ricada nell'ambito dei rischi per la cui prevenzione tali atti normativi sono stati adottati.

(65) La questione attinente alla risarcibilità in via aquiliana dei pregiudizi subiti dal consumatore per aver acquistato un veicolo munito di un impianto di manipolazione vietato dal Reg. (CE) 2007/715 è stata recentemente sottoposta anche al vaglio della Corte di cassazione (cfr. Cass. civ., sez. III, 14 ottobre 2021, n. 28037, in *ForoPlus.it*). Nella specie, la S.C. ha negato la pretesa avanzata dal compratore, rilevando come quest'ultimo si fosse limitato ad allegare la condotta antigiuridica tenuta dal produttore senza dar prova di tutti gli altri elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale, a cominciare dal danno-evento e dal danno-conseguenza. Sulla scorta di tale motivazione, la Corte non ha però affrontato in maniera esplicita la questione in parola, e segnatamente il profilo attinente alla ricorrenza di un «danno ingiusto» ai sensi dell'art. 2043 c.c. nelle ipotesi di acquisto di un veicolo non

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'avvocato generale, nelle proprie conclusioni ha suggerito di rispondere affermativamente ad entrambi i quesiti formulati dal *Landgericht* Ravensburg. Così, se anche la Corte di Giustizia – come peraltro è ragionevole prevedere – sceglierà di orientarsi in tal senso, sarà esclusivo compito della dottrina, in assenza di chiari indici provenienti dalle Istituzioni dell'UE, quello di realizzare un adeguato coordinamento di tutti gli (ormai numerosi) strumenti di diritto privato e pubblico astrattamente attivabili per reagire al difetto di conformità, non ultimo quello che, com'è noto, sarà a breve introdotto dal legislatore italiano in attuazione del nuovo art. 11-*bis* Dir. (CE) 2005/29, ai sensi del quale «[i] consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto», con la precisazione, per l'appunto, per cui quest'ultimi «non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale» (66).

---

rispettoso del divieto di cui all'art. 5, par. 2, Reg. (CE) 2007/715. La Corte ha tuttavia rilevato, seppure con valore di *obiter dictum*, che «il sintagma danno ingiusto evocato dalla disposizione [attribuisce] al giudice un'ampia libertà di selezione dell'area degli interessi protetti, risultando detta norma sostanzialmente priva di indicazioni preventive circa il criterio selettivo da adoperare».

(66) Sul tema – che qui, per evidenti ragioni, non può essere approfondito – e, in particolare, sul coordinamento fra i rimedi approntati dalla disciplina sulla vendita di beni di consumo per reagire al difetto di conformità e il rimedio individuale esperibile dal consumatore nel caso in cui subisca le conseguenze negative di una pratica commerciale scorretta, si rinvia a G. De Cristofaro, *"Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2023, in corso di pubblicazione. Si suggerisce altresì la lettura, *ex plurimis*, di L. Guffanti Pesenti, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1, n. 5), dir. 2019/2161/UE*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, p. 635 ss.; I. Garaci, *Il* Dieselgate. *Riflessioni sul* private *e* public enforcement *nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *R. d. ind.*, 2, 2018, p. 61 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Wolters Kluwer

Y07OIBN

Daniela
Avvocato Familiarista

GESTISCE I RAPPORTI FAMILIARI CON INTELLIGENZA

One LEGALE
presenta Experta *Famiglia*

La soluzione più innovativa per essere sempre aggiornato in tema di diritto di famiglia e successioni, con tutti gli strumenti per gestire ogni problematica: guide pratiche, procedure operative, check list, codici commentati, quesiti, riviste, formule, news. E da oggi, con la nuova funzionalità Giurimetria basata su modelli di intelligenza artificiale, fai ricerche giurisprudenziali per fattispecie, trovi subito le decisioni dei giudici sui casi simili al tuo, prevedi l'esito di un contenzioso.

Da oggi costruire strategie processuali vincenti è una certezza.

Scopri di più su **info.onelegale.it**

One LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Breviaria Iuris *Più*

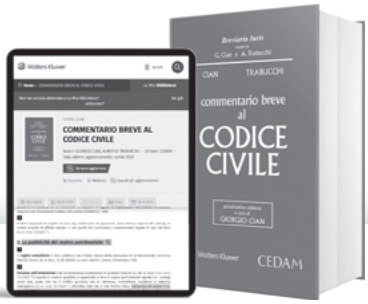
L'eccellenza di sempre.
Sempre *Più* digitale.

Y17OMBN

Breviaria Iuris *Più* è l'evoluzione dei celebri Codici commentati CEDAM. Unisce all'**eccellenza di sempre,** tutti i vantaggi dell'**innovativa versione online costantemente aggiornata.**

Scopri il **nuovo Commentario Breve al Codice Civile CARTA+DIGITALE** con aggiornamento.
Già scelto da migliaia di abbonati.

info.wolterskluwer.com/breviaria-iuris



Wolters Kluwer

CEDAM

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La Biblioteca del Wealth Management

Il Trust

Istituzione, gestione, cessazione, tassazione. Tecnica redazionale

Di Angelo Busani

Il volume affronta l'argomento del Trust a 360 gradi, con estrema specificità.

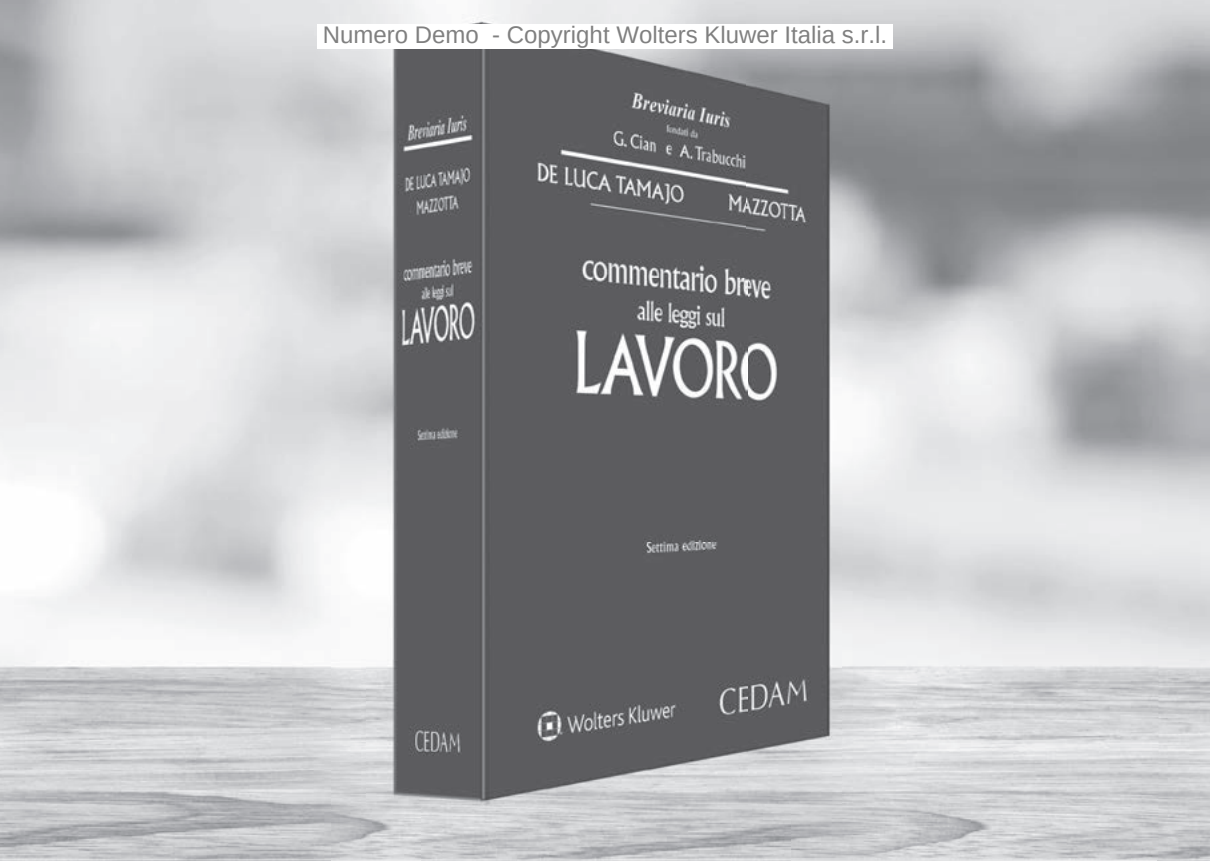
Aggiornato anche con la **Circolare 34/E del 2022** che ha riconosciuto l'atto di dotazione del trust quasi completamente estraneo all'applicazione dell'imposizione proporzionale.

Y29OMBN

Wolters Kluwer

wolterskluwer.com

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Breviaria Iuris

Commentario breve alle leggi sul lavoro

Di Oronzo Mazzotta, Raffaele De Luca Tamajo

Raccoglie e illustra **63 fonti** normative di **diritto del lavoro** con **commenti d'autore**, brevi e puntuali, **dottrina e giurisprudenza**.

Aggiornatissimo alle ultime novità, come il **Decreto trasparenza n. 104/2022**.

Y35OMBN

Wolters Kluwer

wolterskluwer.com

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

IPSOA Manuali

Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale

Di Stefano Loconte

Offre una visione unitaria ed integrata del mondo degli strumenti per la pianificazione e protezionale patrimoniale (**intestazione fiduciaria**, **fondo patrimoniale**, **polizze assicurative**, **patti e fondazioni di famiglia**, **holding**, **società semplice** e **trust**).

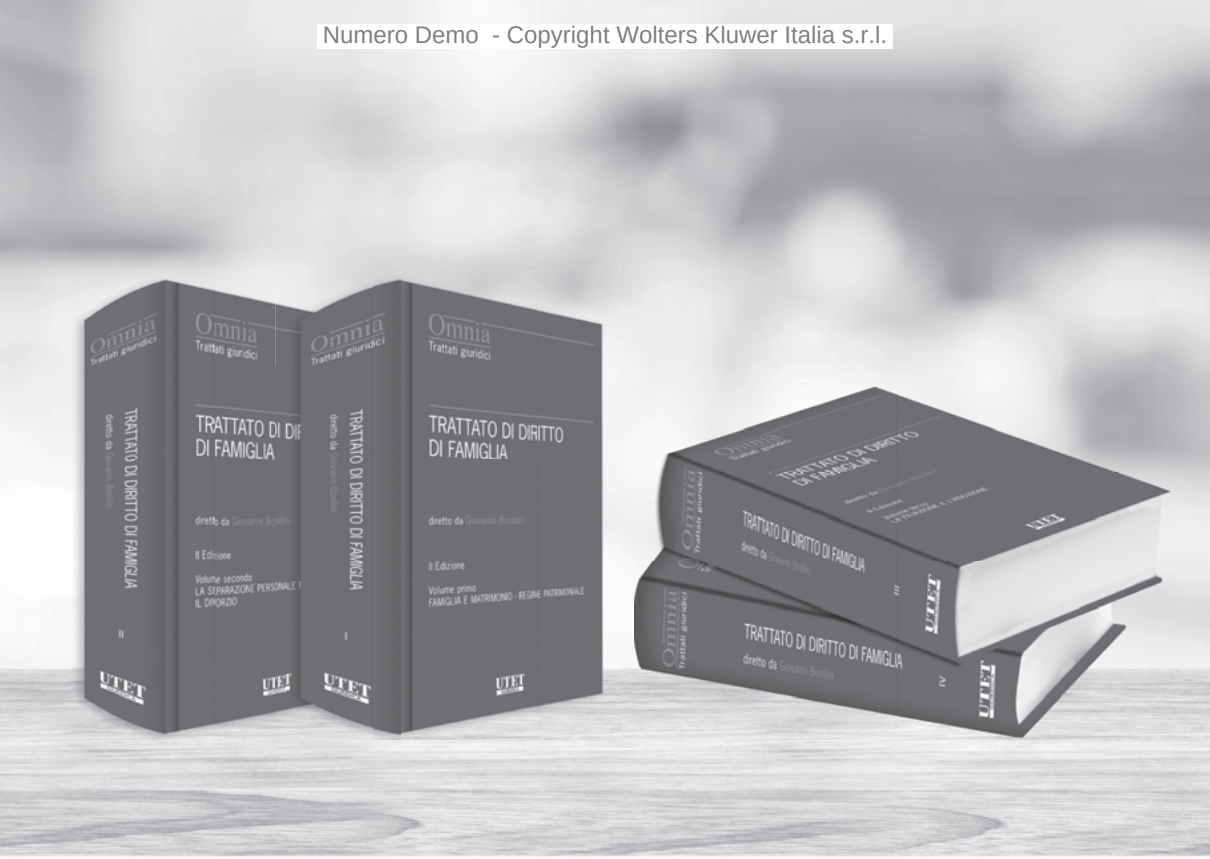
Numerose case history illustrano l'uso dei diversi strumenti di natura civilistica e i relativi aspetti fiscali.

Y45OMBN

Wolters Kluwer

wolterskluwer.com

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Omnia Trattati Giuridici

Trattato di Diritto di Famiglia

A cura di Giovanni Bonilini

In **4 volumi**, il trattato offre un **quadro completo del diritto familiare** e dei correlati istituti di **diritto successorio**.

Commenta tutta la normativa del codice civile e della normativa complementare, interna, comunitaria

Y88OLBN

Wolters Kluwer

wolterskluwer.com

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 90 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia, Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI), oppure a mezzo PEC all'indirizzo *contact@wkicert.it*.
Servizio Clienti: tel. 02.824761 e-mail: *servizio.clienti@wolterskluwer.com*.
Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.
I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Le versioni digitali sono consultabili online su *www.edicolaprofessionale.com/RDC*, tablet (iOS e Android) e smartphone (Android).

Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a WKI Srl - Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI) - utilizzando le seguenti modalità:

- Conto Corrente Postale 54738745
- Conto corrente Bancario 615222314167 INTESASANPAOLO - AG. ROMA intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. IBAN IT32K0306905070615222314167
- Carta di credito Visa, Master Card, Carta Sì, American Card, American Express, specificando il numero e la data di scadenza.

ABBONAMENTO 2023
ITALIA
Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 229,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 205,00 + iva 4%

ESTERO
Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 310,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 205,00 (esente IVA)

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.
Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.
L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. – Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 – 20142 Milano (MI).

Editore: Wolters Kluwer Italia Srl
Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI)

Sinergie Grafiche Srl - Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)
Stampa: L.E.G.O. S.p.A. - Viale dell'Industria, 2 – 36100 Vicenza

Autorizzazione del Tribunale di Treviso, in data 28 marzo 1955 n. 125
DIRETTORE RESPONSABILE: GIULIETTA LEMMI

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ELENCO E PREZZI DEI PERIODICI «CEDAM» PER IL 2023

1) «Contratto e Impresa» (trimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 255,00, Estero € 330,00.
2) «Diritto e Pratica Tributaria» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 330,00, Estero € 470,00.
3) «Diritto e Pratica Tributaria Internazionale» (trimestrale - solo on-line): prezzo di abbonamento € 130,00.
4) «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 295,00, Estero € 400,00.
5) «Le Nuove Leggi Civili Commentate» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 275,00, Estero € 400,00.
6) «Rivista di Diritto Civile» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 229,00, Estero € 310,00.
7) «Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale» (trimestrale - solo on line): prezzo di abbonamento € 185,00.
8) «Rivista di Diritto Processuale» (trimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 245,00, Estero € 310,00.
9) «Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia» (trimestrale - solo on line): prezzo di abbonamento € 185,00.

Abbonamenti nelle migliori librerie, presso i nostri agenti e sul sito http://shop.wki.it

STAMPATO IN ITALIA PROPRIETÀ LETTERARIA PRINTED IN ITALY

00261340
5 000002 613401
€ 46,00 I.V.A. INCLUSA

Wolters Kluwer

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX