

rivista di diritto privato

1 anno XXIII - gennaio/marzo 2018

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Edoardo Marcenaro
Giuseppe Minniti
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Publicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/5214220 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

Comitato scientifico: Giorgio De Nova, Enrico Gabrielli, Natalino Irti, Pietro Rescigno, Pietro Schlesinger, Paolo Spada

Direttore: Giorgio De Nova

Direzione: Giorgio De Nova, Mario Cicala, Enrico Gabrielli, Edoardo Marcenaro, Giuseppe Minniti, Vincenzo Roppo, Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

Comitato di valutazione scientifica: Pietro Abbadesse, Fabio Addis, Giuseppe Amadio, Franco Anelli, Ciro Caccavale, Carmelita Camardi, Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Angelo Chianale, Massimo Confortini, Giovanni D'Amico, Carlos De Cores, Enrico del Prato, Valerio Di Gravio, Luis Leiva Fernández, Giovanni Furguiele, Andrea Fusaro, Carlo Ibba, Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli, Enrico Minervini, Massimo Miola, Salvatore Monticelli, Romulo Morales Hervias, Mario Notari, Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi, Fabio Padovini, Pascal Pichonnaz, Paolo Pollice, Vincenzo Ricciuto, Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta, Michele Tamponi, Federico Tassinari, Daniela Valentino, Gian Roberto Villa, Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

Comitato editoriale: Giorgio Afferni, Andrea Azzaro, Roberto Calvo, Ernesto Capobianco, Lisia Carota, Donato Carusi, Alessandro Ciatti, Nicola Cipriani, Paoloefisio Corrias, Francesco Delfini, Matteo Dellacasa, Fabrizio di Marzio, Massimo Di Rienzo, Amalia Diurni, Aldo Angelo Dolmetta, Angelo Federico, Fiorenzo Festi, Antonio Fici, Gregorio Gitti, Giancarlo Laurini, Giorgio Lener, Renato Marini, Giacomo Oberto, Paolo Pardolesi, Andrea Pisani Massamormile, Giuseppe B. Portale, Mariano Robles, Rita Rolli, Renato Rordorf, Luigi Salamone, Luigi Salvato, Laura Schiama, Maurizio Sciuto, Marco Tatarano, Giovanni Maria Uda, Carlo Venditti, Francesco Venosta, Fabrizio Volpe

Redazioni

Roma: Maria Barela, Marco Nicolai, Benedetta Sirgiovanni

Bari: Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009 Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti: Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Abbonamento annuale: Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

Prezzo singola copia: € 38,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assoluta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza: Cacucci Editore S.a.s. – Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,

Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel data base informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore S.a.s. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato secondo il sistema "double blind", in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR, da un soggetto terzo, di volta in volta, individuato dalla Direzione, secondo le sue specifiche competenze nelle aree tematiche di pertinenza del contributo sottoposto a valutazione nell'ambito del Comitato di Valutazione composto da soggetti autonomi rispetto agli Organi della Rivista. Solo in casi eccezionali la Direzione assume direttamente la responsabilità della pubblicazione segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore, o un componente della Direzione, invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati preferibilmente fra i componenti del Comitato di Valutazione.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

Regole per l'autore soggetto a revisione: ciascun autore che invia un articolo deve segnalare se il proprio nome è presente nelle proprietà nascoste del file; indicare quali parti dell'articolo potrebbero rivelare la sua identità e mettere in evidenza la presenza nelle note di eventuali rimandi alle proprie opere.

rivista di diritto privato

2018

Comitato scientifico

Giorgio De Nova

Enrico Gabrielli

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Piero Schlesinger

Paolo Spada

Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova

Mario Cicala

Enrico Gabrielli

Edoardo Marcenaro

Giuseppe Minniti

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio

Giuseppe Tucci

Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 1/2018

Saggi e pareri

- “Consuetudini e usi giudiziari” e diritto giurisprudenziale**
di Filippo Patroni Griffi 7
- La scuola civilistica torinese**
di Alessandro Ciatti Càimi 17
- Il nuovo paradigma della plurigenitorialità nel diritto interno, europeo e internazionale**
di Amalia Diurni 23
- Diritto soggettivo e interesse legittimo nella concessione di servizi pubblici. Riflessi sul riparto di giurisdizione**
di Annalisa Di Giovanni 51
- Termination of contract by non-performance in the current Italian legal system**
di Benedetta Sirgiovanni 79
- La registrazione del contratto di locazione ad uso abitativo tra dogmatica, coerenza sistematica e ricadute applicative**
di Luca Bardaro 89

Difese e decisioni

- La responsabilità civile 3.0 e l’insostenibile leggerezza del suo DNA polifunzionale**
di Paolo Pardolesi 121
- Le obbligazioni derivanti dalla *mora credendi* del datore di lavoro**
di Alberto Azara 143

Saggi e pareri

“Consuetudini e usi giudiziari” e diritto giurisprudenziale*

di Filippo Patroni Griffi**

SOMMARIO: 1. Premessa e delimitazione del tema. – 2. L'applicazione del diritto da parte del giudice: limiti teorici e pratiche giudiziarie. – 3. Prevedibilità delle decisioni giudiziarie e valore del precedente. – 4. Conclusioni

1. Tullio Ascarelli ha insegnato che il significato della norma si ricava soprattutto osservando la quotidiana opera del giudice, proprio perché il diritto non esiste al di fuori della sua interpretazione¹.

Non so se si possa parlare di *uso giudiziario* o di *consuetudine giudiziaria* in senso proprio, soprattutto se guardiamo al significato dei relativi termini nel diritto internazionale o nel diritto civile dei contratti e in genere delle pratiche commerciali. Se digitiamo su *Google* “uso giudiziario”, siamo sommersi da informazioni di natura tributaria. Siamo su un terreno assai scivoloso innanzi tutto dal punto di vista terminologico: uso giudiziario, consuetudine giudiziaria o giurisdizionale, diritto giurisprudenziale; ancora, scivoloso dal punto di vista, oltre che terminologico, ancor prima concettuale: principi, clausole generali, norme generali, concetti giuridici indeterminati; scivoloso dal punto di vista dogmatico, di una dogmatica che corre il rischio di assumere valenza ideologica, consapevolmente (fautori del “diritto (più o meno) libero”) o inconsapevolmente (vetero e neo positivisti).

Per evitare di scivolare, e senza garanzia di riuscirci, scelgo arbitrariamente il termine, poi da specificare, di “diritto giurisprudenziale” e cercherò di attenermi il più possibile all’esperienza e alla pratica del giudice, ben consapevole però che la pratica giurisdizionale è inevitabilmente condizionata dalla formazione del giudice, dal momento storico in cui opera, da una serie di condizioni di contesto, tra cui il confronto con altri giudici (all’interno del proprio ordine, al di fuori di esso, all’interno dell’ordinamento nazionale, in una proiezione almeno sovranazionale).

Sicché la quotidiana opera del giudice di cui parla Ascarelli diventa una composita realtà giurisprudenziale di interpretazione e di applicazione del diritto; di un diritto prodotto da un sistema multilivello di fonti “legislative”; ma, quel che più

* Relazione in occasione della Tavola rotonda su *L'uso giudiziario*, nell’ambito del Seminario su *I precedenti* (Roma, Seminari “Leibniz” per la teoria e la logica del diritto, Accademia dei Lincei, 6 luglio 2017). Lo scritto fa seguito alla riflessione contenuta in *Tecniche di decisioni e prevedibilità della sentenza amministrativa*, in questa *Rivista*, n. 4/2016, 531 ss.

** Presidente aggiunto del Consiglio di Stato.

¹ Così il richiamo in S.PATTI, *L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza*, in P. RESCIGNO e S.PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna 2016, 159 ss., 161.

conta, di un “diritto” che, come vedremo, contempla sempre più le “sentenze” tra gli oggetti di interpretazione².

Direi che quindi possiamo riflettere, schematicamente, su alcuni aspetti problematici del “diritto giurisprudenziale” nella pratica applicazione del diritto. Visti dal punto di vista del giudice; anzi da come il giudice li vive. E il giudice amministrativo in particolare, che, come vedremo, si trova storicamente in una posizione privilegiata. Va peraltro avvertito che questi temi sono oramai da tempo affrontati anche dalla dottrina civilistica e nella giurisprudenza civile; sì da farne un tema di teoria generale.

Gli aspetti sono:

- limiti all’*interpretazione* del diritto: questa è la parte più ideologica e dottrinarria; cercherò di ricondurla sulla terra, affrontando il tema delle tecniche e dei modelli di decisione;
- il valore del precedente nel nostro sistema, aspetto che si collega al tema della nomofilachia.

L’uno e l’altro aspetto mi sembrano significativi della rilevanza che la “pratica giudiziaria” assume nella interpretazione e nell’applicazione del diritto. Vorrei anzi da ora usare sempre il termine “applicazione” perché compito del giudice è “applicare” il diritto in una data controversia, al fine di deciderla; e l’attività interpretativa è strumentale a tale applicazione (anche se poi talvolta leggiamo sentenze-trattato che fanno temere che il giudice possa obliterare il *thema decidendum*, oltre che l’aureo insegnamento di Gino Gorla, secondo cui il giudice deve decidere e statuire, non persuadere).

2. Sulla interpretazione del diritto da parte del giudice, sui suoi limiti e sulla cd. discrezionalità del giudice molto si è scritto e il tema non può essere affrontato *ex professo*. Le Scuole e gli orientamenti che si contrappongono sono noti: senza arrivare ai fautori del diritto libero, positivisti e storicisti rispettivamente ora pongono l’accento sulla necessaria derivazione legale della fattispecie, in cui il giudice deve “sussumere” il caso mediante l’uso del metodo sillogistico e una tecnica eminentemente ricognitiva; ora, per converso, evidenziano la fattualità del diritto, inteso come espressione del corpo sociale in movimento, criticano il riduzionismo positivista e assegnano al giudice una funzione, se non creativa, di individuazione di nuove situazioni tutelabili, pur sempre nell’ambito dell’ordinamento, ma con un accentuato ricorso a valori e principi, sì da meritarsi l’accusa di “pieno e radicale soggettivismo” e di “intuizionismo dei valori o di consimili misteriose entità”³.

La contrapposizione –che non è apparente, ma profondamente ideale, perché attiene al ruolo della giurisdizione nelle nostre istituzioni- talvolta porta, a mio avviso, a una certa radicalizzazione dei toni, tra chi sostiene che l’interpretazione non

² S. PATTI, *ibidem*, 159. V. *infra* par 3.

³ N. IRTI, *I “cancelli delle parole”*, in N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 57 ss., spec. 68 e 83.

possa che essere “testuale”, nel senso di interna al testo, e chi sostiene che il giudice, anche oltre la norma e forzandola, debba riadattare il testo a valori storicamente mutevoli espressi dalla società.

A me sembra, però, che talvolta la contrapposizione, all’atto pratico, sia meno radicale di quanto non si affermi. Mi pare significativo, per esempio, che noti e illustri sostenitori del metodo sillogistico, nell’ambito di un positivismo dichiarato e professato, riconducano i principi a “norme di grado superiore”, ne ribadiscano il contenuto normativo (“essere norme tra norme”), per concludere che, poiché i testi legislativi presentano spesso un certo grado di indeterminatezza, “da essi è ricavabile una pluralità di norme. Il giudice sceglie, non oltre, ma tra i significati ricavabili dal testo”⁴. Naturalmente restano differenze sostanziali –oltre che con i fautori di una funzione creativa del giudice sul modello statunitense del *Public Interest Law Movement* o con la Scuola del diritto libero- anche con teorie più “moderate” che, da un lato, pongono il problema delle “lacune” dell’ordinamento, dall’altro riconoscono al giudice una funzione di individuazione di situazioni soggettive nuove; prospettiva quest’ultima che, pur assomigliando molto negli esiti alla teoria di *common law* compendiata nella formula *remedies precede rights*, si rinviene sempre più frequentemente sia nella giurisprudenza civile, per esempio in materia di situazioni risarcibili nell’illecito aquiliano, sia in quella amministrativa, sotto il profilo dell’allargamento dell’area della legittimazione sostanziale. E significativa in tal senso è, altresì, la progressiva emersione di “diritti fondamentali” ad opera delle due giurisdizioni nazionali, fortemente influenzate dalla giurisprudenza delle Corti europee.

Ma mantenendo fede alla promessa in premessa –esporre la pratica del giudice nell’applicazione del diritto- credo che un riferimento vada fatto a come opera –e ritengo debba operare- il giudice nel pronunciare una sentenza. In questa, si sa, il giudice accerta il fatto e poi a questo applica il diritto. E mi atterro prevalentemente alla pratica del giudice amministrativo, che pure però offre un interessante angolo di visuale per comprendere e definire il ruolo del giudice *tout court*.

Ancor prima che la interpretazione del diritto, la cd. discrezionalità del giudice riguarda l’accertamento del fatto: “dal fatto al caso” è la formula che potrebbe sintetizzare il percorso di ricostruzione dei fatti posto a base del giudizio di diritto; e il percorso logico seguito dal giudice ha “andamento circolare”, giusta i canoni della filosofia ermeneutica (Heidegger e Gadamer), secondo cui si perviene a un’attività valutativa in forza di progressive approssimazioni e pre-comprensioni, sicché la “costituzione del caso giuridico” è “un andirivieni tra fatto e norma”⁵. Che anche nella ricostruzione del fatto il ruolo del giudice giochi un ruolo significativo si evince da due ambiti processuali: quello delle prove e quello delle valutazioni tecniche. Quanto al primo, ancorché egli sia vincolato dalle prove e dalle presunzioni legali, non va sottaciuto che il giudice ha progressivamente enucleato ipotesi di “presunzioni

⁴ N. IRTI, *ibidem*.

⁵ J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico*, trad.it. Bologna 2009, spec. 26.

giurisprudenziali”⁶ che hanno riflessi rilevanti sul piano sostanziale: penso al settore della responsabilità medica nel diritto civile e, nel diritto amministrativo, alla lettura della colpa della pubblica amministrazione, che dà luogo a vere e proprie fattispecie di responsabilità oggettiva, o alla teoria della motivazione *in re ipsa* in sede di autotutela. Quanto alle valutazioni tecniche rimesse al sindacato giurisdizionale, la giurisprudenza, su forte impulso della giurisprudenza europea, va orientandosi verso il pieno sindacato di tali valutazioni da parte del giudice amministrativo, che sempre più fa uso anche della consulenza tecnica d’ufficio, in un’area che lo porta al confine con il merito amministrativo.

Ma è nel giudizio di diritto che si pone maggiormente il tema dell’ambito interpretativo rimesso al giudice nell’applicazione del diritto. Il problema non riguarda l’applicazione di norme puntuali e specifiche, i “casi facili” direbbe Aharon Barak⁷: per questi l’adozione del metodo sillogistico-deduttivo è ovvia e risolutiva. Il problema si pone rispetto ai casi “difficili” -tali resi anche dalla complessità di un quadro normativo spesso oscuro, ma rispetto al quale un uso sapiente dello stesso metodo può offrire i suoi frutti- nei quali spesso il giudice, anche per espressa previsione di legge, deve ricorrere a “principi” o all’uso di clausole generali.

Si può convenire che i principi fanno parte dell’ordinamento positivo –purché non trascendano in indefiniti “valori”- e che il ricorso alle clausole generali è “autorizzato” dalla legge, sicché in entrambe le ipotesi resta salvaguardata la “soggezione del giudice soltanto alla legge”.

Ma le cose in pratica stanno un po’ diversamente. I modelli normativi, nei quali il metodo sillogistico sussume i casi, possono essere chiusi e definiti; ma possono essere “aperti” e in essi trovano spazio le clausole generali, le quali “vengono concretizzate dalla giurisprudenza”⁸. Autori “classici” evidenziano, con riferimento alle clausole generali, come il ricorso a esse sia una componente irrinunciabile di alcune specie di norme e osservano che esse si traducono in una delega del legislatore al giudice “perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta”⁹; e che esse si caratterizzano per “un’eccedenza di valori di contenuto assiologico rispetto ad altre disposizioni legislative del sistema”¹⁰.

Appare difficile negare che sia rimesso al giudice un ampio margine di “discrezionalità” quando occorra, per decidere una controversia, fare ricorso a clausole generali o anche a concetti giuridici indeterminati, la cui distinzione non vede concordi gli Autori e non è facile nella pratica¹¹, ma che sono accomunati dallo spazio delibe-

⁶ G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.* 1971, V, 177.

⁷ A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, 1989, trad. it. Milano 1995.

⁸ S. PATTI, *cit.*, 166.

⁹ P. RESCIGNO, *Le clausole generali; dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *La genesi della sentenza*, *cit.*, 135 ss.

¹⁰ F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Napoli 1983, 8.

¹¹ Per alcuni spunti e riferimenti, vd. S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell’applicazione giurisprudenziale*, in *La genesi della sentenza*, *cit.*, 171 ss.

rativo lasciato al giudice. Pensiamo: all'abuso del diritto; alla buona fede in funzione sia integrativa del regolamento contrattuale, sia correttiva del contratto, per esempio in materia di clausole abusive, nei contratti di durata o in quelli a esecuzione prolungata¹²; al potere di riduzione d'ufficio della clausola penale o alla valutazione del danno provocato dall'incapace che deve tener conto delle condizioni economiche del danneggiante e del danneggiato ex art. 2047 cod.civ.. O ancora alla valutazione della diligenza media nell'esecuzione del contratto o alla valutazione della giusta causa nel licenziamento.

Nel diritto amministrativo, la rilevanza della "pratica giurisdizionale" (cioè della cd. discrezionalità giudiziaria) è ancora più evidente. La storia della giustizia amministrativa è caratterizzata da quella che è stata definita una singolare "inversione logica" tra situazione tutelata e azione, sicché la prima è spesso frutto di un processo di emersione dall'indistinto giuridico di situazioni che ricevono riconoscimento ad opera dei giudici, attraverso l'allargamento dell'area di legittimazione e il riconoscimento di un interesse giuridicamente protetto. Inoltre, sempre storicamente, è stato notato¹³ che, in antitesi con i fenomeni cd. di burocratizzazione del giudice "bocca della legge", i sistemi a diritto e a giurisdizione amministrativa conoscono e praticano metodi giurisprudenziali più indipendenti dalla norma, come avvenuto in Italia anche durante la dittatura fascista, per esempio in materia di leggi razziali.

Da un punto di vista positivo e sistemico, il giudice amministrativo adopera, quale tecnica di sindacato sull'esercizio del potere, principi e clausole generali; alcuni di questi principi, "creati" dalla giurisprudenza nazionale pur a fronte di contesti ordinamentali e politico-istituzionali assai diversi tra loro, sono stati poi positivizzati dal legislatore nazionale, al pari di principi, di derivazione comunitaria, ma anch'essi frutto delle "tradizioni costituzionali comuni" dei Paesi membri.

Pensiamo al principio di effettività, comprensivo della garanzia dell'accesso al giudice e della pienezza e completezza di tutela dalla fase cautelare a quella esecutiva; al giusto processo, non limitato al contraddittorio e alla garanzia del giudice terzo ma esteso fino alla durata ragionevole.

Ma dove la "pratica" del giudice assume maggior rilievo è nell'uso delle fattispecie sintomatiche di eccesso di potere e, più di recente, nei principi (o canoni o clausole o tecniche) di ragionevolezza e soprattutto di proporzionalità. Il test di proporzionalità, in particolare –comprensivo, secondo la concezione trifasica di origine tedesca, della verifica della idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto della scelta amministrativa– porta il giudice, sia pure molto cautamente, a effettuare un vero e proprio bilanciamento di interessi che, come osserva esattamente Natalino Irti (sia pure in altro campo), consiste in una vera e propria valutazione, assai vicina al merito, da parte del giudice, della scelta operata dall'amministrazione.

¹² S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *La genesi della sentenza*, cit., 145 ss. spec. 153.

¹³ A. BARONE, *La vocazione "unitaria" delle giurisdizioni*, in *I principi vincolanti...*, cit., 1 ss.

Tutto quanto sin qui esposto vale a maggior ragione con riferimento al diritto europeo, nel cui quadro le Corti operano assai spesso con riferimento a clausole generali o principi, non foss'altro per la eterogeneità degli ordinamenti nazionali e per la maggiore facilità di risolvere sul piano dei principi e delle clausole generali antinomie esistenti nel raffronto con gli ordinamenti nazionali di settore: e parlo di settori dei più disparati, dai diritti fondamentali alla concorrenza.

Io non sono sicuro che la valutazione degli spazi rimessi al giudice civile e a quello amministrativo siano, anzi debbano essere, gli stessi. E' innegabile che nel processo amministrativo il giudice debba riequilibrare l'asimmetria che tra amministrazione e cittadino esiste nel procedimento e comunque nel rapporto sostanziale; per cui a lui sono attribuiti necessariamente poteri più penetranti sull'esercizio del potere attraverso tecniche di sindacato incentrate sul ricorso a principi e clausole generali là dove, come sovente accade, il rapporto non sia regolato minutamente dal legislatore. Qui la prevedibilità della decisione è legata inevitabilmente alla non prevedibilità del potere amministrativo nel suo concreto svolgersi. Credo però che sia per il giudice civile sia per il giudice amministrativo le clausole generali e lo stesso ricorso ai principi, ancorché tratti dall'ordinamento, abbiano inevitabilmente in sé un grado di "elasticità" e soggettività che non è realistico pensare di eliminare.

Tutto ciò rende evidente l'esigenza di bilanciare lo spazio rimesso al giudice con la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, recuperando per tale via l'esigenza di certezza del diritto.

3. Il primo dato che colpisce in materia di valore ed efficacia del precedente riguarda le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea. Non mi riferisco all'efficacia del precedente tra sentenze di quella stessa Corte: è noto che lo *stare decisis* non vige per la Corte Ue e nemmeno per la Corte Edu, anche se entrambe le Corti sono molto attente a evitare mutamenti di indirizzo al fine di assicurare stabilità e certezze nell'attuazione del diritto europeo e di quello convenzionale.

Mi riferisco alla funzione, allo stesso tempo, nomofilattica e di fonte del diritto, delle sentenze della Corte UE. Di fonte del diritto, in senso tecnico, perché, come è noto, il diritto europeo annovera tra le fonti le sentenze della Corte, nel senso che a esse di applica lo stesso meccanismo, volto ad assicurarne l'attuazione diretta, proprio delle altre fonti normative; con la conseguenza che il giudice nazionale è tenuto a fare applicazione del diritto come posto dalle sentenze della Corte e a non applicare il diritto nazionale con le stesse contrastanti. Funzione nomofilattica perché, nella visione integrata degli ordinamenti nazionale e sopranazionale, la sentenza della Corte, proprio per il meccanismo di efficacia diretta sopra descritto, costituisce un precedente vincolante del Giudice chiamato in ultima istanza a decidere sull'interpretazione del diritto europeo¹⁴.

¹⁴ Funzione nomofilattica simile è riconosciuta alle sentenze della Corte Edu dalla nostra Corte costituzionale quando afferma che il diritto convenzionale va interpretato nei termini dichiarati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

La Corte UE tende costantemente ad affermare tale posizione di nomofilachia del diritto europeo, anche a discapito di normative nazionali, come quella italiana, che, nel rafforzare la funzione nomofilattica interna delle Giurisdizioni superiori, tendeva a rendere interlocutore privilegiato della Corte UE, in relazione al rinvio pregiudiziale, le Sezioni unite della Cassazione e l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Le vicende della sentenza *Puligienica*¹⁵ sono note, al pari dei suoi successivi sviluppi, anche in forza dei quali permane il principio secondo cui la sezione semplice, che non condivide il principio di diritto affermato dalle sezioni unite o dall'adunanza plenaria in materia comunitaria, ben può, e forse deve, adire direttamente la Corte UE senza dover passare per le sezioni unite o la plenaria¹⁶.

E siamo al tema dell'assetto interno volto a rafforzare la funzione nomofilattica come contraltare alla crescente "imprevedibilità" delle decisioni giudiziarie che, mettendo in crisi la certezza del diritto, rischia di depotenziare il principio di uguaglianza, l'affidamento del cittadino nella scelta degli atti e comportamenti che pone in essere e la possibilità per i legali di consigliare e difendere in giudizio i cittadini medesimi.

Partiamo da due punti fermi: a) nel nostro ordinamento non esiste il valore vincolante del precedente, ma è innegabile che il tema della prevedibilità della decisione giudiziale tende a porre la questione della tendenziale stabilità dell'orientamento giurisprudenziale; b) la soggezione del giudice soltanto alla legge non può impedire forme di rafforzamento della funzione nomofilattica e la fissazione al giudice di criteri rigidi per discostarsi dal precedente (per converso è possibile "incentivare" l'adeguamento al precedente per esempio prevedendo una motivazione semplificata delle sentenze con riferimento ai precedenti conformi).

Il primo aspetto evoca il tema del "diritto giurisprudenziale"¹⁷, di un "diritto" che contempla sempre più le "sentenze" tra gli oggetti di interpretazione¹⁸: queste sentenze saranno esse stesse fonti del diritto nel senso classico del termine (come si è

¹⁵ Sentenza 5 aprile 2013, C-689/13.

¹⁶ E la situazione mi pare aggravarsi a fronte di un nuovo rinvio pregiudiziale della VI Sezione, che, dopo aver chiesto e ottenuto dall'Adunanza plenaria la decisione su un punto di diritto controverso (Ad.plen. n. 3 del 2016, sulla competenza Antitrust in tema di pratiche commerciali scorrette), ha, nel medesimo giudizio, operato un rinvio pregiudiziale sul medesimo punto deciso dalla Plenaria: il che pone più di un interrogativo, che forse lambisce anche il concetto di giudicato interno, in quanto la pronuncia sul principio di diritto sembrerebbe non precludere il rinvio pregiudiziale da parte della Sezione e la pronuncia della Plenaria sarebbe anch'essa "cedevole", al pari della decisione dell'Adunanza medesima "in sospettato contrasto col diritto eurounitario". La sentenza *Puligienica* sembra in qualche modo pesantemente interferire con l'organizzazione interna del processo e dell'autorità giudiziaria nazionale; cioè con l'autonomia procedurale degli Stati membri.

¹⁷ M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino 1996.

¹⁸ S. PATTI, *L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza*, in P. RESCIGNO e S. PATTI, *La genesi della sentenza*, cit., 159. Anche sotto tale punto di vista —che evidenzia come anche le sentenze siano oggetto di interpretazione in senso tecnico— appare significativa l'ordinanza 31 luglio 2017 n. 3805, con cui la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se l'interpretazione del principio di diritto da essa enunciato, ove ne sia in discussione la "portata", competa alla medesima Adunanza Plenaria, cui il giudice rimettente, ove abbia perplessità, è tenuto a rimettere la questione, ovvero se tale interpreta-

visto per le sentenze della Corte dell'Unione europea che vincolano il giudice nazionale non in quanto sentenze, secondo il modello del precedente, ma perché *costituiscono* esse stesse l'ordinamento comunitario; e penso, sia pure in misura diversa, alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo); oppure saranno da considerarsi, nel momento in cui danno vita a un precedente, come "fonte culturale"¹⁹, dotata di efficacia persuasiva oppure più o meno vincolante.

Nell'uno e nell'altro caso, il giudice interpreta (anche) sentenze ai fini della decisione di nuovi casi; e conseguentemente alle sentenze precedenti guardano gli avvocati, ai fini di una interpretazione della legge che ponga in risalto gli argomenti favorevoli alla propria tesi; e alle sentenze guardano gli studiosi, la dottrina, che anzi fin troppo talvolta procede a una opera di interpretazione e sistemazione della giurisprudenza attenuando il proprio fondamentale ruolo guida nel processo ermeneutico, sia pure svincolato da casi concreti.

Come che stiano le cose, è innegabile che ciò che spesso viene definito "diritto giurisprudenziale" assume sempre più rilevanza nella "interpretazione della legge" o del "diritto". Ma questo diritto giurisprudenziale, sia pure inquadrato in un sistema di principi e valori positivamente posti in modo che non trascenda nell'occasionalismo giurisprudenziale²⁰, concorre inevitabilmente, direi "a prescindere" (dall'adesione all'una o all'altra teoria o ideologia o Scuola), a "formare" diritto, cioè a costituire il diritto come concretamente applicato ogniqualvolta si chiedi l'intervento del giudice per dirimere una controversia²¹. Nel diritto giurisprudenziale trova ampio, e direi talvolta eccessivo, posto la cd. discrezionalità giudiziaria²², che contribuisce a rendere meno prevedibile la decisione del giudice.

Da qui l'esigenza di rafforzare la funzione nomofilattica.

Tale secondo aspetto merita un chiarimento: non è in discussione l'autonomia di giudizio del singolo giudice e la valenza positiva dell'innovazione giurisprudenziale, che consente all'ordinamento di evolvere. Ma ciò non può andare a discapito di valori altrettanto importanti come l'uguaglianza di fronte all'applicazione della legge e un'apprezzabile prevedibilità delle decisioni. Riguardato dal punto di vista del singolo giudice, l'art.101 della Costituzione è a presidio della sua indipendenza; e tale valore va preservato. Ma il giudice è inquadrato in un sistema che rende un servizio: riguardato dal punto di vista del cittadino, il giudice non è la singola persona ma

zione possa essere svolta dalla stessa Sezione cui è assegnato il ricorso, esulando tale fattispecie dall'obbligo di cui all'art. 99, co. 3, c.p.a.).

¹⁹ E. FOLLIERI, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo 2010-2015* (a cura di E. FOLLIERI e A. BARONE), Padova 2015, 25ss. spec. 56.

²⁰ M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale vs occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico* 2017, 41 ss.

²¹ E' questo il senso ultimo del cd. diritto vivente, alla cui rilevanza ha dato impulso significativo la Corte costituzionale nel riconoscere al giudice della causa il potere della cd.interpretazione conforme, fino a far assumere rilievo alla mancata considerazione del diritto vivente e alla mancata utilizzazione della tecnica della interpretazione conforme sul piano della rilevanza della questione di costituzionalità.

²² Su cui vd. sempre A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, cit.

l'organo giudicante, che, pur composto da più individui, è, per il cittadino, uno; e non è normale che giudichi in maniera difforme casi identici. Quello che per il giudice è autonomia di giudizio, per il cittadino può diventare un caso clinico di schizofrenia (se non un, infondato, sintomo di parzialità). Che fare allora? La "buona pratica del giudice" dovrebbe consigliare a ciascun giudice di evitare di discostarsi dai precedenti, specie se conformi, salvo a rimettere a una sede decisoria a ciò deputata l'*overruling* o, se giudice di primo grado, a motivare approfonditamente le ragioni del dissenso. Sul piano sistemico, credo vada valutato positivamente il vincolo attribuito al precedente delle sezioni unite o dell'adunanza plenaria plenaria dalle ormai non recenti riforme processuali: vincolo, si badi, non positivo (per cui la sezione semplice sia tenuta a uniformarsi), bensì negativo (la sezione non può decidere in modo difforme ma deve investire l'organo a ciò deputato: quindi la sua autonomia di giudizio è ragionevolmente attenuata ma non subisce alcuna imposizione).

4. Il diritto giurisprudenziale è coerente con il nostro tempo, fatto di crisi delle istituzioni rappresentative sul piano soggettivo, in termini di legittimazione, messa in dubbio dai movimenti antisistema e da una sfiducia generalizzata. Questo può forse spiegare ciò che Picardi ha definito, in uno scritto di qualche anno fa, "la vocazione del nostro tempo per la giurisdizione"²³. Coerente, altresì, con il carattere fortemente giurisprudenziale del diritto europeo (anch'esso inserito in un sistema di legittimazione politica in crisi).

La giurisdizione può rispondere all'emersione di nuovi bisogni e correlate istanze di tutela; può supplire a carenze del legislatore che non riesce a trovare il punto di mediazione politica in materie sensibili o che rincorre il mito populista in settori in cui la pancia del popolo prevale sulla testa. Ma tutto ciò può avvenire per un tempo limitato. Nella fisiologia la produzione del diritto spetta al legislatore.

Al tempo stesso, il mito di un legislatore, per giunta nazionale, che tutto riesca a disciplinare è fuori tempo e soprattutto "fuori luogo", perché non tiene conto che il rapporto tra sovranità e territorio, di schmittiana memoria, si attenua sempre più, in favore di un "diritto sconfinato"²⁴; e perché non considera che le istanze di tutela spesso viaggiano più velocemente del loro recepimento in via legislativa, sicché alcuni settori richiedono fiducia nell'applicazione di una legge "vaga" da parte delle Corti.

Queste dovranno però dimostrare di meritare la fiducia davanti ai cittadini: ponendo al centro della loro opera l'esigenza di certezza e l'affidamento dei cittadini e, se necessario, *auto-limitando* la propria autonomia di giudizio (come già il singolo giudice fa quando dissenta in un collegio) e considerando la propria attività come un servizio reso dall'istituzione giudiziaria nel suo complesso.

²³ N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2004, 41.

²⁴ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Bari 2006.

La scuola civilistica torinese

di Alessandro Ciatti Càimi*

SOMMARIO: 1. Precisazioni terminologiche. – 2. La figura di Mario Allara. – 3. Gli allievi di lui.

1. Poiché non è agevole attribuire un significato univoco all'espressione "scuola", prendendo esempio da Scarpelli¹ ne sceglierò uno non lessicale ma stipulativo. Individuo perciò una «scuola» quando riscontro gli elementi che seguono:

- a. una figura di riferimento autorevole (il Maestro);
- b. una figura radicata per un periodo di tempo apprezzabile in un Ateneo;
- c. un numero di allievi (professori di prima fascia) superiore a tre;
- d. la condivisione di metodo o quanto meno la condivisione di temi di ricerca tra il Maestro e gli allievi.

Alcune ulteriori precisazioni che ritengo necessarie.

Per quanto riguarda l'autorevolezza del Maestro, ho qualche dubbio che non si possa ritenere implicita nell'elemento *sub c*) giacché un numero di allievi superiore a tre è ben più che un indizio di autorevolezza. E' vero tuttavia che in quel giudizio possano pure concorrere altre considerazioni: il numero delle citazioni delle sue opere in quelle altrui, le cariche accademiche ricoperte e quelle non accademiche ma pur sempre di prestigio, la frequenza statistica di partecipazione alle commissioni di concorso (dalla quale può dipendere anche il numero di citazioni delle opere), in alcuni casi forse pure il carattere eccentrico o magari sgarbato del personaggio, che può contribuire ad alimentarne la fama e, con qualche riserva, il prestigio della sede nella quale egli si trovava a insegnare.

Una precisazione merita pure l'individuazione della figura dell'allievo. Penso che, sempre stipulativamente parlando, si possa indicare come tale la persona che, pur non avendo avuto come relatore della tesi di laurea il Maestro, sia stato da questo indirizzato nella scelta dei temi di studio, sia stato da questo accompagnato nella carriera (e soprattutto nelle fasi critiche di questa, come quella concorsuale e quella della chiamata) e sia arrivato a ricoprire il posto di professore di prima fascia. Va quindi da sé che l'elemento *sub c*) (numero di allievi) possa trovarsi collegato funzionalmente alla frequenza statistica di partecipazione ai concorsi (ma ciò non sempre accade perché, anche se rari, vi sono esempi di Maestri che non hanno mai partecipato alle commissioni di concorso).

* Professore ordinario di Diritto civile nell'Università di Torino.

¹ *Il problema della definizione e il concetto del diritto*, Milano, 1955.

2. Per ragioni di tempo e direi anche *ratione materiae* (per non sovrappormi cioè agli storici del diritto), devo poi ulteriormente restringere la mia indagine all'ultimo Maestro in ordine cronologico, a quello più vicino a noi: devo quindi parlare, per la sede torinese, di Mario Allara, senza considerare altre figure – altrettanto eminenti – come quelle di Chironi o di Felice Merlo ad esempio.

Allara era sicuramente autorevole, nel senso indicato.

Ha avuto più di tre allievi (Giommaria Dejana, Alfredo Fedele, Piero Schlesinger, Marino Bin ed Enzo Ferrero).

Ha ricoperto la carica di rettore dell'Università di Torino ininterrottamente dal 1945 al 1972 (un anno prima della sua morte avvenuta il 7 giugno 1973²) mentre non gli è mai riuscito di accedere alla carriera politica (egli era di orientamento liberale monarchico).

Aveva un carattere eccentrico ed è ancora ricordato tra i suoi ex studenti per la severità eccezionale agli esami, per il modo inconsueto di tenere lezione e di condurre gli esami di profitto (proponeva tra l'altro esempi spesso bizzarri e astraeva quasi del tutto dall'esame delle disposizioni).

Nato a Torino l'8 agosto 1902, si era addottorato a Palermo con Giuseppe Messina. Nella prima fase della sua opera si nota un legame ancora forte con la costruzione pandettista che mano a mano verrà scemando sino a posizioni estreme (come per tutte il rifiuto della categoria del negozio).

I temi di ricerca di Allara si indirizzano specialmente sulla teoria delle obbligazioni e sulle successioni a causa di morte, cioè su temi caratterizzati da elevato tecnicismo e che consentono più agevolmente di praticare un metodo che spesso si chiama rigoroso per significare avalutativo. E mi pare che non si possa spiegare questo solamente come un segno di quel tempo: basta pensare a quanto scriveva, per evocare uno dei migliori, in quel periodo un Redenti.

Allara si occupa infatti di novazione condizionale³, di obbligazione del fatto altrui⁴, di prestazione in luogo di adempimento e più tardi (quando dall'Istituto universitario di Economia e commercio veneziano si era trasferito a Camerino) di pagamento con causa turpe⁵ (queste ultime probabilmente sono le sue opere di maggiore rilievo in questo settore, alle quali va aggiunta senz'altro quella dedicata alla proprietà temporanea⁶).

Per il diritto delle successioni, vanno annoverate l'opera giovanile sul prelegato⁷ e quella dedicato al testamento⁸, o meglio soprattutto alla dichiarazione testameta-

² L'università di Torino ha ritenuto di dedicargli solamente un'aula per riunioni nel palazzo del Rettorato di via Po, senza immagini, busti o altri omaggi (che viceversa sono tributati ad altri Maestri di quell'Ateneo).

³ In *Riv. dir. civ.*, 1926, I, p. 313 s.

⁴ In *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1929, p. 420 s.

⁵ Rispettivamente: Boccone del Povero ed., Palermo, 1927 e *Ann. Cam.*, 3 [1929], p. 148 s.

⁶ in *Circolo giuridico*, Palermo, 1930, p. 69 ss.

⁷ In *Ann. sem. Palermo*, 12 [1926], p. 1 s.

⁸ Padova 1934, rist. Esi, Napoli 1978.

ria, giacché differenti aspetti avrebbero dovuto costituire oggetto di un altro volume che l'autore non ha poi mai avuto a comporre, forse a causa di una sopravvenuta diminuzione della vista, che lo afflisse poi per tutta la vita.

Ai due settori di elezione della sua produzione dedica, dopo la malattia, una serie di lavori destinati prevalentemente alla didattica, e quindi trascurati dal punto di vista formale (sono pubblicati in forme di corsi universitari litografati). Si tratta di lavori di rilievo scientifico indiscutibile ma nei quali viene scemando il dialogo di Allara con la giurisprudenza dottrinale e con quella forense (alla quale aveva invece dedicato un certo impegno tra il 1925 e il 1952, sorprendendo nei suoi commenti per la capacità di coniugare l'analisi dei problemi generali con l'esame del fatto concreto⁹), probabilmente perché la fatica nel leggere lo stava sopraffacendo.

Mi riferisco alla *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*¹⁰ e *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*¹¹; a *Per una teoria generale del rapporto reale*¹² e, in materia successoria, a *La revocazione delle disposizioni testamentarie*¹³, a *La successione familiare suppletiva*¹⁴, ai *Principi di diritto testamentario* (Torino 1957) e a *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*¹⁵.

Dedica poi un corso alla *Teoria generale del contratto* e alla *Vendita*¹⁶ e una voce del 1959 agli atti emulativi per l'*Enciclopedia del diritto*¹⁷.

Merita infine una riflessione il tentativo di ricostruzione dell'intero impianto sistematico del diritto civile attraverso lo studio della fattispecie e delle vicende del rapporto giuridico che ne derivano, tentato ne *Le nozioni fondamentali del dir. civile*¹⁸ ma rimasto incompiuto giacché manca l'analisi delle interrelazioni tra l'una e le altre. Si tratta di un'opera complessa, tormentata nello stile, nella quale l'ansia della sistemazione concettuale finisce talvolta con l'offuscare l'originalità della ricostruzione e la portata delle intuizioni, che ancora oggi restano in parte da esplorare. Un'opera che si trova a metà del guado tra una vera e propria teoria generale e un manuale per gli studenti.

3. Forse non tutti sanno che Allara ha dedicato qualche lavoro alla comparazione: *Note a Winfield, Breve rassegna di giurisprudenza inglese*¹⁹ e un *Corso di diritto privato comparato*²⁰. Di qui probabilmente ha preso avvio la scuola comparativa di

⁹ V., ad esempio, *Due questioni in tema di responsabilità alberghiera*, in *Temi emil.*, 1929, p. 4 ss.

¹⁰ Torino, 1942, ristampa a cura di N. Irti, Torino 1999.

¹¹ Torino, 1952.

¹² In *Studi in onore di G. Grosso*, Torino, 1973, p. 333 s.

¹³ Torino, 1951.

¹⁴ Torino, 1954.

¹⁵ Rispettivamente Torino, 1957 e Torino 1964.

¹⁶ Rispettivamente 1943 e 1958.

¹⁷ Vol. IV, p. 33. ss., Milano, 1959.

¹⁸ Vol. I, unico, Torino, 1939; quinta edizione 1958.

¹⁹ In *Ann. dir. comp.*, 2 e 3 [1929], p. 753 s.)

²⁰ Torino, 1942.

Rodolfo Sacco che con Allara si era laureato (con una tesi sull'interpretazione della legge²¹), al quale era stato affidato di insegnare Diritto privato comparato e che poi da Allara stesso si era precocemente distaccato, legandosi accademicamente a Paolo Greco²² e prendendo poi la strada autonoma che tutti ben conosciamo.

Tra gli allievi più anziani di Allara vanno ricordati Giommara Dejana e Alfredo Fedele. Il primo lo aveva incontrato tramite Gioacchino Scaduto, l'altro allievo di Messina con cui D. si era laureato a Roma discutendo una tesi dedicata ai *Motivi nel diritto privato*²³. Dopo essere passato a Ferrara e a Trieste, era arrivato a Torino nel 1956, condividendo le scelte allariane soprattutto per quanto riguardava i temi di indagine più che il metodo (potremmo dire che fosse molto più vicino nello stile e nelle letture a Messina). Le sue opere più celebri sono infatti dedicate alle obbligazioni²⁴ e alle successioni²⁵, anche se non vanno dimenticate quelle dedicate ai diritti reali²⁶ e ai diritti personali di godimento²⁷. Dejana non ha avuto allievi tra i professori ordinari²⁸.

Alfredo Fedele si era invece laureato sotto la guida di Allara – con la tesi *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, poi pubblicata nel 1943²⁹ – e viene generalmente indicato, non sempre con toni lusinghieri, come il suo allievo ortodosso, più per il metodo che per la scelta dei temi: il commosso necrologio del Maestro sulla Civile compare del resto a sua firma³⁰ (una manina dissenziente e irritata ha glossato la copia della Rivista, destinata ai docenti della biblioteca torinese, con commenti e vari segni di interpunzione di significato non equivocabile). Con Allara (e a differenza di Dejana) condivide la lontananza dalle letture dottrinali francesi, preferendo la letteratura tedesca Pandettista e post Pandettista: penso ad autori come Isay, Manigk o Danz.

²¹ *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947.

²² *V. Lammortamento dei titoli di credito all'ordine*, Milano, 1950; *Colpa e buona fede negli acquisti di titoli di credito a non domino*, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1951 e *Rassegna generale di giurisprudenza in tema di titoli di credito (1947–1952)*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1953.

²³ Torino 1939, rist. Esi, Napoli, 1980.

²⁴ *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 132 ss.; *Contrarius consensus*, in questa rivista, 1939, I, p. 122 ss.; *Beneficio di escussione ed obbligazione fideiussoria*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 213 ss.

²⁵ *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 15 ss.; *Problemi e riforma in tema di divisione*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1946, p. 420 ss..

²⁶ *Alcune considerazioni sull'azione negatoria*, in *Ann. Trieste*, 1946, p. 5 ss. e *Surrogazione dell'indennità alla cosa in usufrutto*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1946, oltre ovviamente al volume da lui dedicato alle *Servitù prediali*, scritto in parte da Giuseppe Grosso, per il *Trattato di diritto civile* diretto da Filippo Vassalli, Torino³, 1963

²⁷ *La tutela del locatario per le molestie di fatto.*, in *Ann. Trieste*, 1945 e *L'art. 1380 c.c. ed il conflitto tra diritti di credito*, *ivi*, 1947.

²⁸ Sua unica allieva è Giovanna Falzone, professore dell'Università di Cagliari.

²⁹ Torino, 1943.

³⁰ In *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 480 ss.

Ha scritto in tema di *Possesso ed esercizio del diritto*³¹ – per confutare con coraggio e impegno argomentativo la nota tesi jheringiana evocata sin dalla seconda parte del titolo del saggio – in tema di *Responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*³² – ove sosteneva e provava a portare nuova linfa alla tesi tradizionale sul giudizio di ingiustizia del danno, poi superata da Busnelli e da Rodotà – in tema di *Compravendita dell'eredità*³³ e infine di *Comunione* per il Trattato di Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli³⁴. Tra i suoi allievi si annoverano Giovanni Gabrielli, laureatosi nel periodo triestino, e Andrea Belvedere, laureatosi nel suo periodo pavese.

Anche Piero Schlesinger si è laureato con Mario Allara e, al contrario di Fedele, nella scelta dei temi di studio mi pare si individui chiaramente l'impronta del Maestro, mentre per quanto concerne il metodo egli mostra di essere influenzato piuttosto da Dejana. Ha infatti scritto, almeno nella fase giovanile, soprattutto sulle obbligazioni e sulle successioni tuttavia con uno sguardo alla letteratura senza pregiudizi dogmatici. Si pensi al saggio su *La petizione di eredità*³⁵ o a quello su *Il pagamento al terzo*³⁶ e a molti lavori, come si dice, minori (per dimensione!), come *Sanatoria per conferma del testamento revocato di diritto*³⁷, *Eccesso di mandato e gestione d'affari*³⁸, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*³⁹, *L'indebito soggettivo "ex latere solventis" e la sua influenza sul rapporto obbligatorio*⁴⁰; *In tema di transazione relativa a un testamento olografo invalido*⁴¹, *Incapacità del binubo e c.d. cautela sociniana*⁴², *Riflessioni sulla prestazioni dovuta nel rapporto obbligatorio*⁴³, *La ratifica del pagamento effettuato al non creditore*⁴⁴ e l'elenco potrebbe ancora continuare.

Poiché dopo il periodo urbinato (dal 1956 al 1958) S. è stato chiamato all'Università Cattolica di Milano, non ha potuto avere allievi torinesi.

Al contrario, Marino Bin si è laureato con Alfredo Fedele a Trieste, con una tesi sulla *Colpa civile e colpa penale*, e si è poi trasferito a Torino dove, salvo un periodo a Cagliari, si è sviluppata tutta la sua carriera. Anche B. studia argomenti allariani, e come Schlesinger ha un approccio metodologico meno severo, avvertendo la forte influenza della figura di Dejana. Vanno ricordati il suo saggio dedicato alla *Diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*⁴⁵ e quelli dedicati al diritto

³¹ Torino, 1950.

³² Torino, 1954.

³³ Torino, Torino, 1957.

³⁴ Milano, 1967.

³⁵ Torino, 1956

³⁶ Milano, 1959

³⁷ In *Giur. it.*, 1955, I, 1, c. 1006 ss.

³⁸ In *Riv. dir. comm.*, 1955, II, p. 94 ss.

³⁹ in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 353 ss.

⁴⁰ in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 58 ss.

⁴¹ in *Foro it.*, 1957, I, c. 1672 ss.

⁴² In *Foro it.*, 1958, I, c. 1028 ss.

⁴³ In *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 1273 ss.

⁴⁴ In *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 36 ss.

⁴⁵ Torino, 1966, rist. Esi, Napoli, 2011.

to familiare (Allara lo aveva frequentato con una certa assiduità, legato a filo doppio com'è al diritto successorio⁴⁶). B. ha insegnato diritto familiare per alcuni anni a Torino (appena la cattedra è stata istituita). Va ricordato il saggio dedicato ai *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di eguaglianza*⁴⁷, preceduto da *Per un'analisi interna della giurisprudenza costituzionale in tema di obbligo di mantenimento tra coniugi*⁴⁸ e soprattutto da *Compenetrazione dei modelli di tipo associativo nell'esperienza contemporanea di rapporti patrimoniali tra coniugi*⁴⁹. Ha poi assunto posizioni politiche di estrema sinistra⁵⁰, che lo hanno avvicinato per un periodo alla Facoltà di Scienze politiche (ove insegnavano tra gli altri Bobbio e Claudio Napoleoni) e, dopo la morte di Allara, ha cominciato a dedicarsi con assiduità a temi gius laboristici⁵¹ e soprattutto gius commercialistici⁵². Si è quindi avvicinato a Francesco Galgano e al gruppo di Contratto e impresa. Di qui l'impegno profuso negli studi sul precedente giudiziario⁵³. Sono suoi allievi Roberto Calvo, in questo momento docente nell'Università della Valle d'Aosta, e l'autore di queste righe.

Ultimo allievo di Allara per anzianità è Enzo Ferrero, tra tutti forse quello più vicino al Maestro soprattutto per l'approccio metodologico (e per la sua inflessibilità con gli studenti e con i colleghi).

Si è occupato soprattutto di dichiarazione contrattuale⁵⁴ e di proprietà⁵⁵ senza aver avuto allievi.

⁴⁶ ALLARA, *Il riconoscimento della filiazione illegittima nel progetto del nuovo cod. civ.*, Parma 1932, nonché *Il primo libro del nuovo cod. civ. con particolare riguardo al matrimonio*, Torino 1940.

⁴⁷ Torino, 1971

⁴⁸ In *Giur. cost.*, 1969, p. 525 ss.

⁴⁹ in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 19 ss.

⁵⁰ V. *I limiti del progressismo accademico e l'esigenza della pratica politica*, in *L'uso alternativo del diritto*, 2. *Ortodossia giuridica e pratica politica*, a cura di P. Barcellona, Bari, 1973, p. 201 ss.

⁵¹ *Sospensione del lavoro per sciopero parziale e adempimento dell'obbligazione lavorativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 52 ss.

⁵² Si devono ricordare soprattutto i saggi dedicati a *La piccola impresa industriale. Problemi giuridici ed analisi economica*, Bologna, 1983 e la voce *Broker di assicurazione*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 531 ss.

⁵³ V. soprattutto *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 504 ss. e la Prefazione a BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, rist., Cedam, Padova, 1989.

⁵⁴ *Il dissenso occulto nella teoria generale del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 3 ss.; *Dichiarazione "espresa", dichiarazione "tacita" e autonomia privata*, Torino, 1974; *Valutazione secondo buona fede e controllo della forma*, in *Studi in onore di M. Giorgianni*, Esi, Napoli, 1988, p. 346 ss.

⁵⁵ *La proprietà terriera*, Torino, 1979; *La legge 203/1982 sui contratti agrari*, 1983; *Proprietà terriera, impresa agraria e agricoltura biologica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1988, I, p. 383 ss.

Il nuovo paradigma della plurigenitorialità nel diritto interno, europeo e internazionale

di Amalia Diurni*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un nuovo paradigma. – 2.a La plurigenitorialità. – 2.b Il limite della prospettiva adultocentrica. – 3. Le soluzioni de iure condito e de iure condendo.

1. Lo scorso 5 luglio la prima sezione della *Cour de Cassation*¹ francese ha ammesso la possibilità di adozione del bambino nato all'estero da madre surrogata² da parte del compagno del padre genetico. La decisione, preceduta di poco dall'approvazione da parte del *Comité consultatif national d'éthique*³ della proposta di Emmanuel Macron di aprire alle donne (singole o in coppia) l'accesso alla procreazione eterologa, integra il percorso di riconoscimento dell'omogenitorialità in Francia, iniziato nel 2013 con il *mariage pour tous*⁴.

* Professore associato Diritto privato comparato Università di Roma "Tor Vergata".

¹ Cass., 1^{er} Civ., 5.7.2017, n. 824: consultabile all'indirizzo https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/824_05_37263.html.

² Nel corso della presente analisi si utilizzerà l'espressione "maternità surrogata" che è quella utilizzata dal legislatore italiano nella legge 40/2004 (art. 12, 6° co.). Preme rammentare, tuttavia, che nel linguaggio comune e nei sistemi giuridici stranieri sono frequenti delle varianti: l'espressione "affitto d'utero" si qualifica per una connotazione negativa che rinvia al concetto di mercificazione del corpo umano, che senz'altro caratterizza le ipotesi di surrogazione a pagamento; l'espressione francese "*gestation pour autrui*" scinde viceversa il concetto di maternità da quello di gestazione, laddove giuridicamente e storicamente ciò contrasta con la naturalità dell'evento per cui "madre è colei che partorisce" e nega il profondo legame che tale evento crea tra gestante ed embrione tanto da rendere significativa la gestazione e significato la maternità. Una ricostruzione delle varianti linguistiche e del loro valore in chiave filosofica la offre Stefano SEMPLICI, *Gli accordi di gestazione sostitutiva (per conto di altri). Questioni di libertà, ma non solo*, in *Rassegna dell'arma*, Anno LXV (2017), n. 1, p. 147 ss., spec. p. 150 ss.

³ Comité Consultatif National d'Ethique, Avis n. 126, 15.6.2017: consultabile all'indirizzo http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/ccne_avis_ndeg126_amp_version-def.pdf.

⁴ La discussa *loi* c.d. *Taubira*, 23 aprile 2013 n. 404, propagandata con lo slogan "*Mariage pour tous*", ha riscritto l'art. 143 c.c.fr. Ad un mese dell'approvazione della legge, il *Conseil Constitutionnel*, investito della questione circa la legittimità della legge, ha affermato (17 maggio 2013, n. 669) l'inesistenza di una nozione costituzionalmente vincolata del matrimonio e di conseguenza la libertà della scelta (politica) del potere legislativo: cfr. M. SAPORITI, "J'objecte"! *Obiezione di coscienza e matrimonio egualitario: il caso francese*, in *GenIus*, 2015, p. 9 ss. Il confronto prima della riforma è contenuto nel n. 12 del *Recueil Dalloz*, 2013, *Mariage pour tous: les juristes peuvent-ils parler «au nome du Droit»?* con contributi di P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, S. HENETTE-VAUCHEZ e E. MILLARS; subito dopo la riforma la rivista *AJ famille* ha dedicato il numero 6, giugno 2013, p. 331 ss., a *Mariage: la réforme!*. Cfr. altresì A.-M. LEROYER, *La loi n° 2013-403 du 17 mars 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur*, in *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1697 ss. Per un approfondimento della dottrina costituzionalista francese è interessante la

In Italia, diversamente, è stata la giurisprudenza a colmare - con l'ammissibilità in caso di "impedimento di diritto" dell'adozione in casi particolari del partner omosessuale del genitore biologico⁵ - l'ignavia del legislatore delle unioni civili⁶.

lettura del contributo alla riflessione di P. MURAT, *La Constitution et le mariage: regard d'un privatiste*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, p. 19 ss., spec. p. 29 ss. Per uno sguardo d'insieme sulla disciplina si veda tra i più recenti A. LE BRAS-CHOPARD, *Le mariage pour tous*, Paris, 2017, *passim*.

- ⁵ La più recente decisione sul tema è Cass., 22.6.2016, n. 12962, in *Giur. it.*, 2016, p. 2573 ss., con nota di A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*, e I. RIVERA, *La sentenza della Corte di Cassazione n. 12962/2016 e il superiore interesse del minore*, in *Nuova giur. comm.*, 2016, I, p. 582 ss., con nota di G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner*, in *Corriere Giur.*, 2016, p. 1203 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, e L. ATTADEMO, *La "stepchild adoption" monoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1°, lett. d), L. n. 184/1983*; in *Foro it.*, 2016, I, c. 2360 ss., con nota di G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*. Si veda altresì Cass, sez. I, 21.9.2015, n. 18576, in *Giur. it.*, 2016, p. 319 ss., con nota di L. AIROLA TAVAN, *Il principio dell'interesse del minore nell'adozione in casi particolari*; J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2015, I, p. 120 ss. Per la giurisprudenza di merito cfr. App. Milano, ord. 16.10.2015, in *Nuova Giur. Comm.*, 2016, p. 725 ss., con nota di C. BENANTI, *L'adozione piena del figlio del partner dello stesso sesso, pronunciata all'estero, è efficace in Italia, nel superiore interesse del minore*; App. Torino, 27.5.2016, in *Il quotidiano giuridico*, 8/6/2016, con nota di A. SCALERA, *Stepchild-adoption: ancora una pronuncia favorevole dei giudici di merito. Contra*, Trib. Min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11.9.2015, n. 258 e n. 259, in *Nuova Giur. Comm.*, 2016, I, p. 205 ss., con nota di A. NOCCO, *L'adozione del figlio del convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983*; Trib. Min. Milano, 17.10.2016 e 20.10.2016, in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, p. 171 ss., con commento di G. FERRANDO, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*. Per il ruolo svolto dalle corti in generale cfr. P. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corriere Giur.*, 2012, p. 861 ss.

- ⁶ Eliminata dal testo definitivo la disciplina della c.d. *stepchild adoption*, il legislatore si è limitato al comma 20° dell'unico articolo che costituisce la legge sulle unioni civili (l. 76/2016) a statuire che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti", invitando così la giurisprudenza a farsi carico della scelta del riconoscimento dell'adozione speciale ai sensi dell'art. 44, 1° co., lett. b) ovvero lett. d), l. 184/1983. Ciò è quanto ha provveduto a fare la Cassazione (Cass., sez. I, 22.6.2016, n. 12962, *cit.*), avanti la quale era pendente la questione della *stepchild adoption*, mentre il Parlamento discuteva e approvava la l. 76/2016 sulle unioni civili, stralciando l'art. 5 del d.dl. 2081, che estendeva alle coppie dello stesso sesso la possibilità di adottare il figlio del partner secondo quanto previsto per la coppia coniugata dall'art. 44, 1° co., lett. b), l. 184/1983. Cfr. L. LENTI, *op. cit.*, p. 1711 ss.

La Suprema Corte ha formato il proprio giudizio sulle fonti positive europee e internazionali: principalmente la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176; la Carta europea dei diritti del fanciullo, adottata dal Parlamento europeo nel 1992; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel 2000 e dal 2007 integrata nel Trattato di Lisbona. La Corte ha richiamato altresì la decisione della Corte Edu del caso X e al. c. Austria (19.2.2013 su ricorso n. 19010 del 2007) che in tema di adozione del figlio del partner (o adozione c.d. co-parentale) ha dichiarato "la violazione del principio di non discriminazione stabilito dall'art. 14 CEDU in presenza di una ingiustificata disparità di regime giuridico tra le coppie eterosessuali e le coppie formate da persone dello stesso sesso, dal momento che nell'ordinamento austriaco tale forma di adozione era consentita soltanto alle coppie di fatto eterosessuali" (Cass., sez. I, 22.6.2016, n. 12962, *cit.*, § 4.2.4.). Si consideri che ad oggi in tutti i paesi dell'Unione europea [Austria, Francia - dopo la legge *Taubira* (v. *supra* nt. 4) - e Germania - dopo la legge *Ehe für alle* (v. *infra* nt. 74) - comprese], è ammessa l'adozione *tout court* alle coppie dello stesso sesso, tranne in Croazia, Estonia e Slovenia, dove, come in Italia, è tuttavia ammessa l'adozione del figlio del partner.

Anzi, le corti di legittimità⁷ e di merito⁸ italiane sono andate oltre: qualora la procreazione sia dal principio un progetto di coppia, il riconoscimento (e la conseguente trascrizione) degli atti di nascita legalmente formati all'estero attestanti la maternità o la co-paternità non contrastano con l'ordine pubblico. Ciò comporta per le coppie arcobaleno la piena tutela dello *status* genitoriale elettivo e, dunque, l'inutilità dell'adozione ai sensi dell'art. 44, 1° co., lett. d), l. 184/1983, che resta rimedio residuale.

Riguardo al turismo procreativo, tuttavia, l'alternativa tra la soluzione francese dell'adozione del partner e quella italiana del riconoscimento completo della bigenitorialità elettiva, se cambia poco il risultato atteso dagli adulti, valorizza in modo diverso la posizione del minore. La *Cassation* francese segue, da questo punto di vista, un filo argomentativo più cauto e paternalistico: se è vero, infatti, che "la GPA (*gestation pour autrui*, ndr.) ne justifie pas, à elle seule, le refus de transcrire à l'état civil français l'acte de naissance étranger d'un enfant ayant un parent français"⁹, è altresì vero che non tutti gli atti di nascita stranieri di un bambino da maternità

La rivista *Giurisprudenza italiana* ha dedicato un commento alla normativa, *Unioni civili e convivenza di fatto: la legge* a cura di P. RESCIGNO e V. CUFFARO, nel numero 7, 2016, p. 1771 ss.: G. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*; L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*; M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*; A. FUSARO, *Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali*; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*; A. SPADAFORA, *I rapporti paraconiugali dinanzi alla legge*; F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*; A. BELLELLI, *La filiazione nella coppia omosessuale*. Stessa iniziativa editoriale per la rivista *Famiglia e Diritto*, n. 10, 2016, p. 845 ss., con commenti alla legge di P. SCHLESINGER, V. CARBONE, M. TRIMARCHI, M. DOGLIOTTI, M. SESTA, G. FERRANDO, M. ASTONE, M. N. BUGETTI, L. BALESTRA, L. LENTI, G. OBERTO, A. ARCERI, E. EL MUREDEN, G. BONILINI, F. TOMMASEO, F. DANОВI, P. PITTARO, A. PISCHE-TOLA. Per una prospettiva comparatistica, cfr. C. SARACINO, *Le unioni civili in Europa: modelli a confronto*, in *Dir. famiglia*, 2011 (3), p. 1471 ss.

⁷ Per tutte, Cass. sez. I, 30.9.2016, n. 19599, in *Giur. it.*, 2017, p. 2365 ss., con commento di A. DIURNI, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*; in *Foro it.*, 2016, I, 3349 ss., con nota di G. CASABURI, *Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della Cassazione*; in *Corriere Giur.*, 2017, p. 185 ss., con commento di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, con commento di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di coppia same sex*; in *Il quotidiano giuridico*, 11.10.2016, con nota di M. WINKLER, *Figlio di due madri: la Cassazione, la genitorialità e l'ordine pubblico internazionale*. Nella giurisprudenza di merito cfr. App. Torino 29.10.2014, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 822 ss., con nota di M. FARINA, *Il riconoscimento di status tra limite dell'ordine pubblico e best interest del minore*, in *Foro it.*, 2015, I, 1078 ss.; in *Nuova Giur. Comm.*, 2015, I, p. 441, con commento di G. PALMERI, *Riflessioni a margine della pronuncia della Corte d'appello di Torino 4 dicembre 2014 in tema di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero*, *ivi*, II, p. 241 ss.; App. Milano, decr. 28.12.2016, con nota di G. CARDACI, *La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, p. 657 ss.

⁸ Di recente App. Trento, 23.2.2017, in *Il quotidiano giuridico*, 3.3.2017, con nota di M. WINKLER, *Maternità surrogata: due gemelli a due padri, la storica sentenza della Corte di Appello di Trento*; in *Osservatorio costituzionale*, 2/2017, con nota F. PARUZZO, *Status filiationis e assenza di legame genetico. La Corte d'Appello di Trento riconosce la validità del certificato di nascita di due gemelli nati in seguito al ricorso alla maternità surrogata da parte di due uomini*.

⁹ Cass., 1^{er} Civ., 5.7.2017, n. 824, *cit.*

surrogata possono essere trascritti, ma solo quello che “n’était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité”¹⁰: nel caso concreto, l’atto di nascita russo che indica padre genetico e madre biologica, diversamente dall’atto di nascita americano che indica solo i genitori elettivi. Ciò ha il vantaggio di conservare al minore i dati identificativi della madre biologica affinché possa conoscere le proprie origini nella misura del possibile e in vista del futuro eventuale esercizio del proprio diritto di autodeterminazione, laddove la soluzione italiana non prende in alcuna considerazione tale interesse.

Soluzioni e prospettive circa il difficile equilibrio tra filiazione (vista dalla parte del figlio, come emerso dalla riforma 2012/2013) e genitorialità (vista dalla parte degli adulti coinvolti) a seguito della diffusione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (pma) sono l’oggetto della presente indagine. Le soluzioni offerte dai sistemi giuridici attuali sia di origine legislativa che giurisprudenziale sono tentativi di resistere al nuovo paradigma della plurigenitorialità, adattando le regole concepite in un’epoca in cui la procreazione era un fatto esclusivamente naturale, vincolata alla sessualità e al parto come unica prova certa del legame di filiazione. È tempo di accettare il fatto che la nuova realtà scientifica abbia sconvolto tale assetto in modo irreversibile, permettendo di procreare artificialmente, di accertare la paternità senza dubbio e di sdoppiare la maternità tra genetica e biologica. La genitorialità è, dunque, sempre meno un mero fatto giuridico e sempre più un atto di volontà: oggi il marito della madre presunto padre ha l’onere di accertarsi della paternità genetica, se non lo fa si carica volontariamente e, con la prescrizione dell’azione di disconoscimento, definitivamente della responsabilità nei confronti del figlio; ciascuno dei partner della coppia che accede alle tecniche di procreazione artificiale, dando il proprio irrevocabile consenso, si assume la responsabilità genitoriale nei confronti del figlio frutto di quella scelta. È atto di volontà anche quello della madre che decide di interrompere la gravidanza o di lasciare dopo il parto il figlio ad altri, che sia atto altruistico (gestazione per altri), egoistico (parto anonimo) o commerciale (affitto d’utero); o quello della coppia che sceglie di prendere in affidamento o di adottare il figlio altrui; o quello del partner del genitore che instaura una relazione affettiva durevole e consapevole con il di lui figlio, prendendosene cura, mantenendolo e educandolo. La filiazione si è modificata di conseguenza: ora il minore è al centro del rinnovato diritto di famiglia, ma il mancato riconoscimento dell’attuale paradigma della plurigenitorialità comporta che l’ordinamento si limita a individuare i genitori legali secondo i criteri tradizionali per attribuire loro senza distinzione riguardo alle circostanze della procreazione la responsabilità del minore e partendo da essi costruisce i legami di parentela, lasciando il minore sprovvisto di tutela riguardo al proprio interesse a conoscere ed eventualmente ad avere o conservare

¹⁰ Cass., Ass. plén., 3.7.2015, n. 620: consultabile all’indirizzo https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/620_3_32232.html

rapporti con le “altre” figure genitoriali che hanno contribuito alla sua nascita o alla sua crescita.

La rivoluzione scientifica, che risale oramai al secolo scorso, è stata assimilata dalla società che conosce e accetta le multiformi possibili costellazioni familiari: il moltiplicarsi delle declinazioni di famiglia, paternità e maternità ne provano la diffusione a livello sociale e ne sanciscono la riconoscibilità a livello giuridico. Trattandosi di un paradigma inedito, occorre dunque pensare a nuove regole per disciplinarlo ovvero applicare quelle esistenti nella consapevolezza che alla modificata realtà di fatto deve corrispondere un rinnovato apparato assiologico.

2. È da questa constatazione, dalla constatazione che regole antiche non sempre aiutano quando il paradigma è nuovo, che occorre partire per tentare una ricostruzione di più ampio respiro e guardare ad una possibile istituzionalizzazione del nuovo paradigma della plurigenitorialità con la filiazione quale perno del fenomeno familiare¹¹ e l'indissolubilità della famiglia quale principio sostitutivo dell'indissolubilità del matrimonio¹².

Sotto il profilo empirico la generazione di un essere umano necessita, per il concepimento, di gameti femminili e maschili e, per la gestazione, (al momento)¹³ dell'utero di una donna. Alla realtà dei fatti, dunque, per la quale ogni bambino può avere fino a due madri naturali, una genetica e una biologica, come nel caso sottoposto al recente giudizio della Suprema Corte¹⁴, e un solo padre genetico, che è altresì biologico laddove si sia unito carnalmente con la madre, si affianca la realtà giuridica.

Dal punto di vista dell'attribuzione dello *status filiationis*, infatti, i criteri per divenire genitori di fronte alla legge sono molti: tradizionalmente, madre è colei che partorisce il bambino¹⁵, per cui madre legale è la madre biologica, mentre il padre

¹¹ Questo il risultato della riforma della filiazione in Italia, come sottolinea, G. FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. e Dir.*, 2015, p. 954 s. Parla di “famiglia dei figli” L. ROSSI CARLEO (*La famiglia dei figli*, in *Giur. it.*, 2014, p. 5 ss.), riprendendo l'espressione da A. NICOLUSSI, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Valori costituzionali: per i sessanta anni della Costituzione italiana*, Milano, 2010, p. 190. Commenta, con amarezza, la nuova stagione del diritto di famiglia, M. PARADISO, *op. cit.*, p. 1309 ss., con paralleli tra ieri e oggi.

¹² Così A. GORASSINI, *Dall'indissolubilità del matrimonio all'indissolubilità della famiglia*, in T. AULETTA (a cura di), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Milano, 2007, 255 ss. In termini analoghi parla di indissolubilità della filiazione J. THÉRY, *Le démariage*, Paris, 1993, p. 327 ss.

¹³ La prospettiva di un utero artificiale non è più così lontana: L. BRUNET e J.-M. KUNSTMANN, *Gamete donation in France: the future of the anonymity doctrine*, in *Med Health Care and Philos.*, 2013 (16), p. 80.

¹⁴ Cass, sez. I, 30.9.2016, n. 19599, *cit.*

¹⁵ Il primo ad aver inserito una definizione nel codice civile è stato il legislatore svizzero: la norma in questione è l'art. 302 dello *Zivilgesetzbuch* svizzero (ZGB) nella versione del 1907, che recitava: “(1) Il rapporto di filiazione fuori dal matrimonio sorge, fra la madre e il figlio, con la nascita. (2) Fra il padre ed il figlio, risulta dal matrimonio con la madre o è stabilito per riconoscimento o per sentenza del giudice. (3) Inoltre, il rapporto di filiazione sorge con l'adozione”. La disciplina attuale è nel nuovo art. 252 ZGB, che ha sostituito l'art. 320, eliminando dal primo comma l'inciso “fuori dal matrimonio”. Cfr. C. HEGNAUER, *Das schwei-*

legale¹⁶ è colui che è sposato con la madre al momento del concepimento o della nascita (padre legittimo) ovvero colui che riconosce volontariamente la paternità (padre elettivo) ovvero colui la cui paternità viene giudizialmente accertata, oramai usualmente per mezzo della prova del DNA (padre genetico).

Nel tempo il *favor* dei sistemi giuridici nei confronti dell'uno o dell'altro criterio ha cambiato oggetto: un ordinamento giuridico può esprimere un *favor legitimationis* ovvero *veritatis* ovvero *affectionis* epperò applicare preferenze discriminando tra maternità e paternità: ad esempio, l'ordinamento giuridico italiano attraverso gli artt. 239, 269 e 272 c.c. di fronte alla prova del parto privilegia la maternità biologica anche rispetto alla verità genetica o al fatto del possesso di stato; gli artt. 231 ss. c.c. difendono il *favor legitimationis* con la presunzione di paternità del marito della madre tutelata dall'inammissibilità del riconoscimento in contrasto (art. 253 c.c.)¹⁷. La maternità della madre biologica è ribadita nella legge sulla procreazione medicalmente assistita¹⁸ (art. 9, 2° co., l. 40/2004), mentre la paternità legale viene definiti-

zerische Kindschaftsrecht, in D. SCHWAB e D. HENRICH (a cura di), *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, 2a ed., Bielefeld, 1996, p. 118; Id., *Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts*, 5a ed., Bern, 1999, p. 37 ss.

Una definizione di maternità si trova oggi ancora nel § 1591 BGB tedesco e nella Sec. 27 *Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990 (HFE Act 1990) britannica. Il § 7 del cap. 1 della Legge sui genitori svedese (LG svéd.) chiarisce che nell'ipotesi di fecondazione in vitro di ovuli donati, la madre biologica, ovvero colei che partorisce il bambino, ne è anche la madre giuridica. Lo stesso prevedeva l'art. 1:198 *Burgerlijk Wetboek* (BW) olandese fino alla riforma del 2013 (*Wet van 25 november 2013 tot wijziging von Boek I van Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie*, in *StBl.* 2013, 480, p. 1 ss.) che ha aperto alla co-maternità: cfr. M. REUSS, *Künstliche Fortpflanzung im niederländischem Recht*, in *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* a cura di A. DUTTA e al., Bielefeld, 2015, p. 140 ss. Stesso percorso ha seguito il legislatore norvegese che ha riformato la Legge sulla filiazione (*Lov om barn og foreldre – Berneleven*) nel 2009, aggiungendo al § 2, che stabilisce il principio che la madre è la donna che partorisce il bambino, il § 3 che regola la co-maternità: cfr. A. K. SPERR, *Künstliche Fortpflanzung im norwegischen Recht*, *ivi*, p. 334 ss.

Sulla questione della necessità di ripensare la definizione di madre a seguito dell'operatività delle tecniche di riproduzione assistita si esprime con largo anticipo in un noto articolo A. E. STUMPF, *Redifining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies*, in *Yale Law Journal*, 1986 (96), p. 108 ss.

¹⁶ Per la disciplina della paternità nelle codificazioni europee si permetta di rinviare a A. DIURNI, *La filiazione nel quadro europeo*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Trattato* diretto da G. FERRANDO, vol. III, *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, p. 41 ss.

¹⁷ Nel testo precedente alla riforma l'art. 235 c.c., ora abrogato, ammetteva l'azione di disconoscimento della paternità legittima solo in certi casi e l'art. 244 c.c. ne fissava il termine in un anno valevole sia per il padre che per il figlio maggiorenne.

¹⁸ La legge sulla procreazione medicalmente assistita nell'intento del legislatore del 2004 era fortemente incentrata sul *favor veritatis*, espresso nell'assoluto divieto di procedure di tipo eterologo e della pratica della surrogazione di maternità. Tuttavia, la legge, dopo aver sopravvissuto ad un referendum abrogativo nel 2005 articolato su quattro quesiti, ha cominciato presto a sgretolarsi a seguito dell'accoglimento di molteplici ricorsi avanti le corti di merito e di legittimità, finché nel 2014 la Corte Costituzionale non decide per la declaratoria di illegittimità parziale del divieto di procreazione eterologa: C. Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Giur. it.*, 2014, p. 2827 ss., con nota di E. LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*; in *Corriere Giur.*, 2014, p. 1062 ss., con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità*

vamente sancita dall'atto di consenso preventivo alla pma, revocabile solo fino al momento della fecondazione (art. 6, 3° co., l. 40/2004), con inammissibilità di ogni azione successiva di disconoscimento (da parte dei genitori elettivi, art. 9, 1° co., l. 40/2004) o di riconoscimento (da parte dei donatori di gameti, art. 9, 3° co., l. 40/2004). Con la riforma del diritto di filiazione rispetto alla paternità si è rafforzato piuttosto il *favor veritatis*¹⁹, intervenendo sui termini di prescrizione e sui legittimari all'impugnazione del riconoscimento: per il padre legittimo sono massimo cinque anni, per il figlio l'azione è invece divenuta imprescrittibile (art. 244 c.c.); l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità può essere oggi promossa anche su istanza "dell'altro genitore che abbia validamente riconosciuto il figlio, quando si tratti di figlio di età inferiore ai quattordici anni" (art. 264 c.c.).

Diversamente da altri sistemi giuridici europei²⁰, la nuova realtà delle famiglie "ricomposte" e delle famiglie omosessuali non è stata presa in carico dal legislatore italiano della riforma²¹; tuttavia, il *favor affectionis* gioca un ruolo nella giurisprudenza europea²² e sulla sua scorta nelle decisioni italiane²³ in tema di riconoscimento dello *status filiationis*, laddove sia legalmente riconosciuto un solo genitore - quello avente un legame biologico -, il figlio sia il risultato di un progetto procreativo di coppia e l'altro partner abbia costruito un rapporto affettivo e familiare con il mino-

del divieto di fecondazione "eterologa"; in Dir. pen. e proc., 2014, p. 818 ss., con nota di A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*.

¹⁹ La Corte Costituzionale italiana ha avuto modo di ribadire più volte, da ultimo ord. 9.1.2012, n. 7, che "la crescente considerazione del *favor veritatis* (la cui ricerca risulta agevolata dalle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dall'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini: sentenze n. 50 e n. 266 del 2006) non si pone in conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico (sentenze n. 322 del 2011, n. 216 e n. 112 del 1997)".

²⁰ In Francia e Germania rispettivamente l'art. 371-4 code civil e il § 1685, 2° co., BGB estendono la previsione della continuità relazionale con ogni persona di riferimento, "*enge Bezugsperson*", indipendentemente se "*parent ou non*". Si veda inoltre l'istituto della *délégation partage*, *infra* nt. 60.

²¹ La riforma della filiazione si deve alla l. 10 dicembre 2012, n. 219, con lievi modifiche nel decreto attuativo d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154. Per un commento, il riferimento è in primo luogo alle opere di Cesare Massimo Bianca, padre della riforma "Bianca", che da lui ha preso il nome: C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, I, p. 1 ss.; Id., *Diritto civile*, 2, 1, *La famiglia*, 5a ed., Milano, 2014, p. 330 ss.; Id. (a cura di), *La Riforma della filiazione*, Padova, 2015, *passim*. Cfr. altresì M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e Dir.*, 2013, p. 231 ss.; M. DOSSETTI, M. MORETTI e C. MORETTI, *La riforma della filiazione: aspetti personali, successori e processuali. L. 10 dicembre 2012, n. 219*, Bologna, 2013, *passim*. Cfr., inoltre, *supra* nt. 6 riguardo alla legge sulle unioni civili.

²² Corte Edu, 28.6.2007, Wagner c. Lussemburgo; 22.1.2008, E.B. c. Francia, in *Fam. e Dir.*, 2008, p. 221 ss., con nota di E. FALETTI, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*; 27.4.2010, Moretti e Benedetti c. Italia; 24.6.2010, S. c. Austria; 3.5.2011, Negreponitis c. Grecia; 19.2.2013, X e al. c. Austria; 27.7.2015, Oliari c. Italia. Per una rassegna, si veda L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1764 ss.

²³ Cfr. *supra* nt. 5.

re ad immagine del rapporto genitoriale. Gli istituti che soccorrono a regolare queste fattispecie nel sistema giuridico italiano sono l'adozione in casi particolari (art. 44, 1° co., lett. d), l. 184/1983²⁴) oppure l'intervento del pubblico ministero in caso di condotta del genitore pregiudizievole al figlio (artt. 336, 1° co., e 333 c.c.²⁵), chiaramente inadeguati alla delicatezza degli interessi in gioco²⁶.

A mio avviso, nel contesto dei nuovi scenari familiari e del quadro regolamentare interno, europeo e internazionale i principî che attualmente guidano le decisioni in tema di filiazione sono prevalentemente quattro: rispetto ai minori, il principio del loro superiore interesse²⁷ e il principio dell'unicità dello *status filiationis*²⁸; rispetto agli adulti, il principio dell'indissolubilità della famiglia²⁹ e il principio della giuridicità di ogni stabile legame di coppia³⁰.

²⁴ Si veda la già più volte richiamata decisione sulla *step-child adoption*: Cass., sez. I, 22.6.2016, n. 12962, *cit.*

²⁵ La Corte Costituzionale, 20.10.2016, n. 225, *cit.*, ha ritenuto sufficiente il combinato disposto degli artt. 336 e 333 c.c. rispetto al caso dell'*ex* compagna della madre biologica di due minori, procreati sulla base del comune progetto familiare e cresciuti congiuntamente fino alla rottura del rapporto sentimentale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità dell'art. 337-ter c.c. nella parte in cui non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore il conservare rapporti significativi con l'*ex* partner del genitore biologico. Si consideri che "l'innovatività della disciplina riversata nell'art. 337 ter è consistita, appunto, nel superamento della necessità del ricorso al (pur sicuramente duttile) meccanismo dell'art. 333 c. c. per realizzare l'interesse del minore alla – e anche oltre la – bigenitorialità (con riferimento in particolare alla relazione con gli ascendenti)": così E. QUADRI, *op. cit.*, p. 570. L'Autore evoca in tal senso gli istituti dell'"affidamento di fatto" e del "contatto sociale" (p. 571).

²⁶ Così G. OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 802 ss., il quale fa presente che "in assenza di un quadro normativo idoneo a fronteggiare la crisi della coppia omosessuale" (ma anche della coppia di una famiglia ricomposta) - che la riforma del diritto di filiazione non ha fornito - "è necessario ricorrere a strumenti di tutela, o di autotutela, incongrui rispetto alla delicatezza richiesta dai preminenti interessi in gioco".

²⁷ La tutela dell'interesse morale e materiale del minore è implicita nell'art. 30, 1° co., Cost., e attuata dalla riforma del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975, n. 151), dalla disciplina dell'adozione (l. 4 maggio 1983, n. 184) in particolare dopo le modifiche introdotte dalla l. 28 marzo 2001, n. 149, dalla riforma della filiazione (d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154) e dell'affido familiare (l. 19 ottobre 2015, n. 173).

A livello europeo e internazionale il concetto di riferimento è quello del *best interest of the child*. Per la ricostruzione storica della nascita del concetto e circa le sue traduzioni nei testi di diritto interno e internazionale, nonché in italiano e francese si rinvia a L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 86 ss. Più approfonditamente sul tema rispetto alla giurisprudenza della Corte Edu, cfr. ID., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2016, p. 148 ss. In modo critico si è espressa B. CONNOLLY, *Best interests of the child v. the right to procreate: or how far does the law on surrogacy protect the best interests of the child?*, in *Int. Fam. L J*, 2016 (2), p. 111 ss.

²⁸ Il principio dell'unicità dello *status* in diritto italiano è stato introdotto con la riforma del 2012/2013 (cfr. *supra* nt. 21). In Germania invece si è provveduto già nel 1998: cfr. A. DIURNI, *La riforma del quarto libro del BGB: il nuovo diritto di filiazione*, in *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 1998, p. 47 ss.

²⁹ Cfr. *infra* nt. 12. Si vedano, inoltre, le nuove regole in tema di affido condiviso (l. 54/2006), il concetto di responsabilità genitoriale (l. 219/2012 e d.lg. 154/2013), il divieto di disconoscimento in caso di pma (art. 9, l. 40/2004) e il dovere di garantire la continuità degli affetti per i minori in affido familiare (l. 173/2015).

³⁰ Caduto il paradigma dell'eterosessualità, non solo matrimonio ed unioni civili, ma anche le convivenze di fatto vengono ritenute meritevoli di tutela in presenza di figli comuni per discendenza biologica o progetto

Prendendo ad esempio l'Italia - ma il fenomeno è uniformemente diffuso³¹ - per quanto riguarda lo *status* di figlio, la situazione attuale è esattamente inversa rispetto a quella dell'epoca in cui il codice civile è entrato in vigore: allora vi era una molteplicità di *status filiationis* – legittimi, naturali, adulterini, legittimati, incestuosi, adottati e affiliati³² - ed una sola “legittima” famiglia - la famiglia fondata sul matrimonio -; oggi si riscontra una molteplicità di famiglie³³ – oltre alle famiglie legittime e di fatto, famiglie “ricostituite” o “ricomposte”³⁴, famiglie “arcobaleno”, famiglie monoparentali³⁵ – e l'unicità dello stato di figlio. Tuttavia, se sotto il profilo della disciplina non vi è discriminazione tra figli una volta che il legame filiale è legalmente riconosciuto, vi è viceversa una pluralità di “titoli” della filiazione: generazione, adozione e volontà³⁶. Il rapporto di filiazione può sorgere per effetto della partecipazione biologica alla procreazione del figlio, per effetto della procedura di adozione

procreativo: cfr. con taglio pratico P. LOVATI e R. RIGON, *Competenza, procedimenti e ascolto del minore alla luce della riforma della filiazione*, in *La coppia e la famiglia di fatto dopo la riforma della filiazione* a cura di P. LOVATI e R. RIGON, Torino, 2014, p. 135 ss.; ID., *Istituti e strumenti processuali: dall'affidamento del minore ai rapporti con gli ascendenti*, *ivi*, p. 189 ss. e p. 206 ss. Per uno sguardo comparatistico cfr. V. ZAMBRANO, *La famiglia di fatto: epifanie giuridiche di un fenomeno sociale*, Milano, 2005, *passim*; G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, *passim*.

³¹ Ampiamente R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato*, Torino, 2012, *passim*.

³² Cfr. sulla disciplina originaria G. AZZARITI, *Filiazione legittima e naturale*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 324 ss.; ID., *Adulterini e incestuosi (Figli)*, *ivi*, I, Torino, 1957, p. 309 ss.; V. M. TRIMARCHI, *Filiazione legittima*, in *Enc. Dir.*, XVII, 1968, p. 456 ss.; G. CRIFÒ e A. PEZZANA, *Filiazione naturale*, *ivi*, p. 475 ss.; G. FERRANDO, *Filiazione legittima e naturale*, in *Dig. Civ.*, VIII, 4a ed., Torino, 1992, p. 317 ss.

³³ Cfr. P. ZATTI, *Famiglia, Familiae – Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, I, p. 9 ss.; ID., *Famiglia, Familiae – Declinazioni di un'idea, II, Valori e figure della convivenza e della filiazione*, *ivi*, I, p. 337 ss.; ID., *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e matrimonio* a cura di G. FERRANDO e al., I, *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. ZATTI, 2a ed., Milano, 2011; E. CALÒ, *Matrimonio à la carte. Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, Milano, 2009, *passim*; C. RAGNI, *La disciplina della convivenza in Europa alla prova del pluralismo dei modelli familiari*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* diretto da G. AJANI e G. A. BENACCHIO, II, *cit.*, p. 349 ss.; V. SCALISI, “*Famiglia*” e “*famiglie*” in Europa, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, I, p. 7 ss.; F. D. BUSNELLI e M. C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, *ivi*, 2013, p. 767 ss.; G. FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. e Dir.*, 2015, p. 952 ss.; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2016, p. 369 ss.

³⁴ Sul tema, *ex multis*, cfr. G. BILÒ, *I problemi della famiglia ricostituita e le soluzioni dell'ordinamento inglese*, in *Famiglia*, 2004, p. 831 ss.; G. FERRANDO, *Famiglie ricomposte e nuovi genitori*, in *Giur. it.*, 2007, p. 12 ss.; A. D'ANGELO, *La famiglia del XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea* a cura di D. AMRAM e A. D'ANGELO, Padova, 2011, p. 13 ss.; D. BUZZELLI, *La famiglia “composita”*, Napoli, 2012, *passim*.

³⁵ Le famiglie monoparentali si profilano quando i coniugi con prole si separano e divorziano ovvero laddove una *single* faccia ricorso alla pma o all'adozione. Cfr. F. BIMBI e R. TRAFILETTI (a cura di), *Madri sole e nuove famiglie. Declinazioni inattese della genitorialità*, Roma, 2006, *passim*.

³⁶ Cfr. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, 2a ed., Bologna, 2015, p. 260.

oppure per effetto della scelta volontaria di genitorialità con il ricorso alla pma oppure con il riconoscimento (o il mancato disconoscimento) di compiacenza³⁷.

2.a. Alla pluralità di “titoli” della filiazione corrisponde una pluralità di genitori. È la plurigenitorialità a caratterizzare questa nuova epoca del diritto di famiglia: genitore genetico, genitore biologico, genitore sociale e genitore elettivo³⁸. Tutte queste figure possono coincidere in un’unica persona (un uomo e una donna si accoppiano con l’intento di procreare e dalla nascita del figlio se ne prendono cura personalmente) oppure possono entrare in conflitto. È in caso di conflitto che le situazioni di fatto diventano giuridicamente rilevanti e impongono all’ordinamento di scegliere criteri per la soluzione delle controversie, di scegliere dunque tra i vari “titoli” della filiazione quello prevalente, di individuare il genitore legale tra genitore genetico, genitore biologico, genitore sociale e genitore elettivo.

Recentemente la Suprema Corte e la Corte di Appello di Trento hanno affrontato due casi esemplari di plurigenitorialità riguardanti coppie omosessuali: nel primo³⁹ due donne, una italiana e una spagnola, sposate a Barcellona, ricorrono alla pma e – rispettivamente, una fornendo l’ovocita, l’altra portando a termine la gravidanza – concepiscono un figlio, che nel certificato di nascita spagnolo risulta figlio di entrambe; nelle more del divorzio consensuale, dell’affidamento congiunto e della condivisione della responsabilità genitoriale, chiedono la trascrizione dell’atto di nascita in Italia che viene loro negata dall’ufficiale dello stato civile per contrarietà all’ordine pubblico. Nel secondo⁴⁰, due uomini, sposati in Canada, ricorrono alla donazione di ovociti e alla surrogazione di maternità per concepire con il seme di uno dei coniugi due gemelli, dei quali con atti separati e in tempi diversi la Corte Superiore di Giustizia dell’Ontario riconosce ad entrambi la paternità; la richiesta di trascrizione del secondo atto relativo alla paternità del genitore sociale nei registri dello stato civile del Comune di Trento, tuttavia, viene respinta per contrarietà all’ordine pubblico. Alle corti si è chiesto di riconoscere, quali genitori legali dei minori, i genitori legalmente riconosciuti come tali da un ordinamento giuridico straniero: da una parte, una madre biologica e una madre genetica; dall’altra, un

³⁷ Si veda la decisione della Corte Edu, 18.2.2014, A. L. c. Polonia, che ha escluso la violazione dell’art. 8 CEDU in un caso di mancato accoglimento della domanda di disconoscimento della paternità: “nel bilanciamento tra gli interessi del padre putativo a veder accolta la propria domanda di disconoscimento della paternità e quelli della persona minore d’età ad avere legami familiari giuridici e certi, siano questi ultimi a dover prevalere”. Cfr. F. GIARDINA, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2016, p. 161. Cfr. per la giurisprudenza italiana, da ultimo, la decisione del Trib. Firenze, 30.7.2015, in *Foro it.*, 2015, I, p. 3113 ss.

³⁸ Cfr. R. CHIEPPA, *Le attuali varie tipologie di genitorialità tra biologica, legale e adottiva: finzioni, contraddizioni e responsabilità, con riguardo anche alla genitorialità da fecondazione eterologa*, in *Iustitia*, 2015, p. 121 ss.

³⁹ Cass., 30.9.2016, n. 19599, *cit.*

⁴⁰ App. Trento, 23.2.2017, *cit.*

padre genetico e un padre elettivo⁴¹. Rimasti estranei alla vicenda processuale ci sono rispettivamente un padre genetico e due madri, una genetica e una biologica.

Avanti ai giudici non giungono, tuttavia, solo controversie in tema di omogenitorialità. Le ipotesi di plurigenitorialità che hanno richiesto soluzione hanno riguardato anche coppie eterosessuali: sono celebri i casi Paradiso e Campanelli e Ospedale Pertini di Roma. Nella prima fattispecie, che ha avuto un burrascoso travaglio giudiziale⁴², una coppia eterosessuale italiana si reca all'estero per realizzare il proprio progetto familiare procreando un figlio con donazione di entrambi i gameti e madre surrogata; nella seconda⁴³, la nascita dei gemelli è avvenuta a seguito di uno scambio di embrioni, procreati sulla base di atti volitivi di due distinte coppie di genitori: i

⁴¹ Varianti di queste fattispecie emblematiche, che riducono o aumentano il legame genitoriale sono rispettivamente: per la coppia femminile, la presenza di una madre (biologica e anche/o solo genetica) e di una madre elettiva e legale (ossia che ha condiviso il progetto familiare dando il proprio consenso alla pma e per tale ragione indicata come madre nell'atto di nascita straniero) ovvero sociale e legale (ossia che ha condiviso di fatto successivamente alla nascita la responsabilità genitoriale e il cui ruolo genitoriale per tale ragione è stato ufficialmente – per via giudiziaria o amministrativa - riconosciuto dall'ordinamento giuridico straniero); per la coppia maschile, la nascita di due gemelli omozigoti da fecondazione eteroparentale dell'ovocita donato (ossia con due spermatozoi, ciascuno proveniente da uno dei partner) e, dunque, legati da rapporto di fratria unilaterale. Casi simili, ma di gemelli eterozigoti, sono stati decisi da App. Milano, 20.10.2016 e 29.12.2016, in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, p. 657 ss., con nota di G. CARDACI, *La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*.

⁴² La controversia è stata decisa nel sistema giuridico italiano dalla Cassazione, 11.1.2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, c. 3408 ss., con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; in *Nuova Giur. Comm.*, 2015, I, p. 1023 ss., con nota di C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*; in *Corriere Giur.*, 2015, p. 471 ss., con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*. Poi è stata altresì oggetto di decisione da parte della Corte Edu, 27.1.2015, Paradiso e Campanelli c. Italia in primo grado (cfr. L. LENTI, *Interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge: il caso Paradiso & Campanelli c. Italia*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 472 ss.) e Grande Chambre, 24 gennaio 2017 (cfr. L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, p. 495 ss.). La Grande Camera ha ribaltato la decisione di primo grado, affermando che l'art. 8 CEDU non possa trovare applicazione quanto alla violazione del diritto al rispetto della vita familiare in quanto "having regard to the above factors, namely the absence of any biological tie between the child and the intended parents, the short duration of the relationship with the child and the uncertainty of the ties from a legal perspective, and in spite of the existence of a parental project and the quality of the emotional bonds, the Court considers that the conditions enabling it to conclude that there existed a *de facto* family life have not been met".

⁴³ Sul caso ha deciso il Tribunale di Roma con un primo provvedimento sulla richiesta dei genitori genetici di iscrizione all'anagrafe quali genitori, ord. 8.8.2014, (in *Giur. it.*, *cit.*; in *Dir. Famiglia*, 2015, I, p. 184 ss.), respinta definitivamente con sentenza del 10.5.2016 (in *Fam. e Dir.*, 2016, p. 677, con nota di M. N. BUGGETTI), un secondo sulla richiesta di esercitare l'azione di disconoscimento di paternità, 22 aprile 2015, contro il quale i genitori genetici hanno presentato ricorso, rigettato con ord. 2.10.2015. La Corte Edu investita delle questioni ha giudicato il ricorso inammissibile (Corte Edu, 10.10.2014, X e Y c. Italia). Cfr., *ex multis*, I. CORTI, *Due gemelli e quattro genitori interrogano il diritto (riflessioni intorno all'erroneo scambio di embrioni: ordinanza del Trib. Roma 8/8/2014)*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2016, p. 115 ss.; I. A. CAGGIANO, *Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello status di figlio: il caso emblematico dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2017, p. 299 ss.

genitori genetici, da una parte, e la madre biologica con il di lei marito, dall'altra. Nel primo caso il bambino ha perduto i genitori elettivi (Paradiso e Campanelli), i genitori genetici (di cui non potrà mai conoscere l'identità visto l'anonimato della donazione) e la madre biologica, poiché è stato dato in affidamento per infine trovare nei futuri genitori adottivi i genitori legali. Nel secondo caso, i bambini sono stati "attribuiti" alla madre biologica e al di lei marito con la recisione di qualunque legame con i genitori genetici sulla base del cui consenso erano stati procreati.

Peraltro, le corti di merito e di legittimità che si sono occupate di questi casi non sembrano essere consapevoli che genitorialità/filiazione genetica e genitorialità/filiazione sociale si rafforzano vicendevolmente se in capo ad un solo soggetto, ma potrebbero porsi anche in contrasto⁴⁴. Un contrasto solo eventuale, ma che le regole attuali risolverebbero secondo paradigmi non più adeguati alla realtà sociale; con la conseguenza che le soluzioni "di giustizia" si mostrerebbero ingiuste e dannose per quegli stessi soggetti (soprattutto i cc.dd. "figli della provetta") alla tutela dei quali dovrebbero sovrintendere. D'altro canto, il caso Pertini ha dimostrato che quel contrasto può non essere solo eventuale; la controversia ha messo in evidenza l'ineadeguatezza delle regole tradizionali di fronte alla plurigenitorialità emersa dalle possibilità offerte dalla scienza e dalla accettazione sociale delle nuove costellazioni familiari. La giurisprudenza è costretta a servirsi di vecchie regole nel tentativo di reinterpretarle in chiave moderna: lo sforzo si concentra sul concetto di superiore interesse del minore - che è una formula magica⁴⁵, così evanescente da poter essere facilmente strumentalizzata - e sul diritto alla vita familiare, facendo lo slalom tra l'indisponibilità dello *status*, il *favor veritatis* e il *favor legitimationis*⁴⁶.

2.b.- Da tempo la dottrina ha avvertito circa la rigidità degli *status*, che cristallizzano situazioni e condizioni, laddove la società attuale è versatile, mobile e in continuo mutamento⁴⁷. Cionondimeno, il confronto dialettico nella società, nella politica, nelle aule di giustizia e nell'accademia è fra adulti e la visione da cui partono le

⁴⁴ Così G. CASABURI, Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della Cassazione, *cit.*, p. 3352.

⁴⁵ Così F. D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 1463. Altresì E. QUADRI, *op. cit.*, p. 566, citando J. Carbonnier.

⁴⁶ La Corte di Cassazione, 22.12.2016, n. 26767, in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, p. 851 ss., con commento di F. SCIA, *Disconoscimento di paternità tra favor veritatis e interesse del minore*, ha ribadito che la questione riguarda "il bilanciamento tra esigenza di verità biologica e stabilità dei rapporti familiari" e che tra l'una e l'altra il criterio discriminante è l'interesse del minore. Ma, a seconda della prospettiva da cui il caso concreto si guarda, la soluzione "giusta" può pendere alternativamente per l'una o l'altra: la C. Cost., 22.4.1997, n. 112, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1764 ss., e 14.5.1999, n. 170, *ivi*, 2001, I, c. 1116 ss., nel valutare della legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. ha affermato che "la verità genetica corrisponde sempre all'interesse del minore", mentre C. Cost., 27.11.1991, n. 429, *ivi*, 1992, I, c. 2908 ss., nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità dell'art. 244, 4° co., c. c., ha ritenuto una scelta discrezionale del legislatore la conservazione dello *status filiationis* rispetto al padre legale e, dunque, l'esclusione della legittimazione attiva al disconoscimento di paternità del padre genetico: cfr. P. SCHLESINGER, *Il D.Lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. e Dir.*, 2014, p. 450.

⁴⁷ Così D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, I, p. 137 ss.

proposte, le regole e le decisioni è una visione adultocentrica. I commentatori sono unanimi⁴⁸ nell'affermare che la recente riforma italiana della filiazione ha rovesciato questa prospettiva; ma l'ha fatto con la sensibilità dei figli di trenta anni fa, se è vero che il diritto di famiglia si modifica di generazione in generazione (1942, 1975, 2012) con interventi ispirati più dalle norme familiari vissute dal legislatore con i propri genitori che a quelle connesse con le sopravvenute esigenze dei figli di oggi⁴⁹. Per poter abbandonare la prospettiva adultocentrica, ci si dovrebbe piuttosto domandare quale sia il diritto di filiazione che vorranno i figli di oggi una volta adulti. L'esigenza di dare una risposta alla domanda ora, e non tra una generazione, deriva dalla semplice constatazione che il passato è imprescindibile, mentre il futuro va garantito.

Il diritto positivo attuale apparentemente tutela la dignità dell'essere umano, che è categoria temporalmente indistinta (umanità presente e generazioni future), di fatto tutela la dignità dell'esistente, ossia dell'adulto; in teoria la finalità degli interventi normativi e giudiziari è quella di tutelare i bisogni umani, in pratica ad essere tutelati sono i desideri individuali, con l'unico limite della fattibilità⁵⁰. Il diritto di autodeterminazione costituzionalmente (artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost.) e internazionalmente (artt. 8, 12 e 14 CEDU, artt. 1, 7, 8, 9 e 24 Carta dir. fond., artt. 1, 2, 6, 12, 16 e 25, 2° co., DUDU) garantito è quello dei genitori elettivi, ossia di coloro che scelgono l'adozione di un bambino già nato così come di coloro che progettano una famiglia con la procreazione di un figlio per mezzo della pma. Nel primo caso, la legge sull'adozione prevede delle cautele a tutela del bambino (poiché) esistente: tra queste, fintanto che si trova in affido la conservazione dei rapporti significativi con i genitori biologici (art. 5, l. 184/1983), successivamente il dovere di informazione in capo ai genitori adottivi circa le circostanze dell'adozione (art. 28 l. 184/1983) e il diritto dell'adottato a conoscere l'identità dei propri genitori biologici al compimento del venticinquesimo anno di età (art. 24 l. 149/2001)⁵¹. Nel secondo caso, la legge è latitante, quando non difende apertamente il solo interesse

⁴⁸ Cfr. *infra* nt. 21.

⁴⁹ Così V. CARBONE, *La diversa evoluzione della responsabilità genitoriale paterna e di quella materna*, in *Fam. e Dir.*, 2016, p. 209.

⁵⁰ Così M. PARADISO, *op. cit.*, p. 1314, il quale nel commentare il nuovo assetto del diritto di famiglia afferma che la novità "consiste nella rinuncia, anzi: nel rifiuto a indicare in che cosa consista la «dignità umana» posta alla base del nuovo sistema di relazioni. È in definitiva il rifiuto di selezionare, nel variegato e contingente mondo dei fatti, le realtà meritevoli di protezione". Cfr. altresì, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 67.

⁵¹ Cfr. L. BALESTRA, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici*, in *Famiglia*, 2006, p. 162 ss.; T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, in *Corriere Giur.*, 2014, p. 477 ss.; B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, I, p. 709 ss.

La Raccomandazione (1443 del 26.1.2000) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa fissava al più tardi al raggiungimento della maggiore età l'informativa all'adottato: cfr. J. LONG, *La conservazione dei legami nell'affidamento e nell'adozione: una prospettiva europea*, in *Minori e giustizia*, 2014, p. 15 ss.

degli adulti coinvolti: l'anonimato del donatore di gameti e della madre biologica (art. 28, 7° co., l. 184/1983 e art. 30 d.p.r. 396/2000) e l'insormontabile inammissibilità di qualunque relazione giuridica parentale e di diritti e obblighi tra donatore e discendente (art. 9, 3° co., l. 40/2004) non sono certo *child oriented*; sono baluardi a difesa dell'interesse dei genitori elettivi e di quelli genetici/biologici di bandire oggi per domani ogni possibilità che il figlio conosca le proprie origini e con esse si (e li) confronti; così sottraendogli in modo irreversibile ogni strumento di fatto e di diritto per autodeterminarsi una volta raggiunta l'età adulta⁵².

Si opera in tal modo un'eterogenesi dei fini: la dichiarata priorità dell'interesse del minore si risolve nell'effettiva promozione dell'interesse degli adulti⁵³, in aperto contrasto con l'art. 31, 2° co., Cost. con cui si "protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo". Così come l'ordinamento giuridico italiano tutela l'aspettativa del concepito e addirittura del *concepturus*, quale situazione giuridica soggettiva attiva, predisponendo adeguati strumenti di protezione (artt. 462, 687, 715 c. c.; art. 1 l. 40/2004; art. 1 l. 194/1978)⁵⁴, allo stesso modo dovrebbe rendersi consapevole della pluralità di *status* genitoriali e introdurre con funzione predittiva una serie di regole volte a conservare al minore la possibilità di conoscenza e/o relazione con le "altre" figure genitoriali che hanno contribuito alla genesi della sua identità⁵⁵.

Queste considerazioni hanno indotto diversi sistemi giuridici occidentali contestualmente o successivamente alla regolamentazione della pma ad intervenire con leggi specifiche per l'eliminazione dell'anonimato dei donatori e a sostegno delle

⁵² Cfr. F. GIARDINA, *op. cit.*, p. 159 ss.

⁵³ Così L. LENTI, *op. ult. cit.*, p. 10.

⁵⁴ Si veda da ultimo sul tema R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 1554 ss., e *ivi* ampia e aggiornata bibliografia.

⁵⁵ Sul punto lo stesso Comitato nazionale per la bioetica (CnB), che rileva un'inversione di tendenza rispetto all'orientamento etico e giuridico precedente favorevole all'anonimato totale, ha espresso due linee di pensiero tra l'anonimato parziale, motivato dall'assenza di un legame relazionale con il genitore genetico/biologico e l'accesso regolato a tutte le informazioni sia genetiche che anagrafiche, motivato dal fatto che tale conoscenza è indispensabile per la ricostruzione dell'identità personale del figlio: CnB, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, Parere del 25 novembre 2011. Favorevoli ad un accesso completo alle informazioni: L. LENTI, *Adozione e segreti*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2004, II, p. 236 ss.; A. NICOLUSSI, *op. cit.*, 15 ss. *Contra*, A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, p. 258 ss., che argomenta sulla base della circostanza che "nell'adozione esiste un passato, un vissuto, una relazione che lega indissolubilmente il figlio (...). La ricerca di questa relazione, (che) in definitiva è ricerca di una genitorialità, archetipa e reale (...) che l'ordinamento è chiamato a tutelare. (...) Tutto questo manca nella fecondazione assistita eterologa. Qui non c'è un genitore da ritrovare, ma il nudo nome di un donatore di gameti, che non vuole e non può, in base alla legge, instaurare alcun rapporto giuridico con il nato, e questo vuoto giuridico è alla base della regola del suo anonimato". Dello stesso avviso, P. ZATTI, *Il diritto della filiazione: dal dominio dei modelli al problema degli interessi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma* a cura di A. BELVEDERE e C. GRANELLI, Padova, 1996, p. 91. M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in *La riforma della filiazione* a cura di C. M. BIANCA, *cit.*, p. 23, ritiene che la previsione dell'anonimato del donatore realizzerebbe anche "un'altra esigenza fondamentale del minore, che è quella ad avere una serenità esistenziale ed affettiva".

ricerche dei genitori biologici: a partire dalla Svezia nel 1985, seguita da Svizzera, Australia, Nuova Zelanda, Finlandia, Norvegia, Danimarca, Gran Bretagna, Olanda e Germania⁵⁶. In Europa questa posizione è stata difesa anche di fronte alla Direttiva 2004/23/CE del 31 marzo 2004 sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione di tessuti e cellule umani, cosicché all'art. 14, 3° co., è stato previsto che “gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per assicurare che l'identità del o dei riceventi non sia rivelata al donatore o alla sua famiglia e viceversa, fatta salva la legislazione in vigore negli Stati membri sulle condizioni di divulgazione, in particolare nel caso della donazione di gameti”⁵⁷. La Francia, che pure non ha tolto l'anonimato sulle donazioni ai fini della pma⁵⁸ e ha conservato – benché riformandolo – l'istituto del parto anonimo⁵⁹, ha modificato il concetto di potestà, aprendo la possibilità a qualunque terzo di dividerla con i genitori legali per mezzo della nuova figura giuridica della c.d. *délégation partage* (art. 377-1 c.c.fr.)⁶⁰, e ha riconosciuto l'importanza per il minore nel caso concreto di mantenere relazioni personali con terzi significativi, anche se a lui non legati da rapporti di parentela (art. 371-4 c.c.fr.)⁶¹.

Nel dibattito giuridico la questione della conoscenza delle proprie origini e della tutela della vita familiare concretamente vissuta dal minore si intreccia con l'esigenza di tutela della sua identità. L'identità di ciascun essere umano si compone di un elemento statico e invariabile, che è il dato genetico, e di un elemento dinamico, che è destinato a modificarsi nel corso dell'intera vita secondo un percorso di formazione: in tale percorso si passa dalla fase dell'incoscienza per cui è l'educazione – di re-

⁵⁶ Cfr., nonostante sia datato, il *Report on the Regulation of Reproductive Cell Donation in the European Union* del febbraio 2006 del *Health & Consumer Protection Directorate-General* della Commissione europea. In Germania è stata appena pubblicata la legge che regola il diritto alla conoscenza delle proprie origini a seguito di inseminazione eterologa: *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen*, in *BGBL.*, 21 luglio 2017, p. 2513 ss.

⁵⁷ Cfr. altresì i considerando 7, 18 e 29 della Direttiva 2004/23/CE del 31 marzo 2004 sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

⁵⁸ Anzi, con la *Loi n. 2011.814* del 7 luglio 2011 relativa alla bioetica il legislatore francese ha addirittura incentivato la donazione di gameti e ne ha ridotto i limiti, agilmente aggirando le critiche alla dottrina dell'anonimato: cfr. L. BRUNET e J.-M. KUNSTMANN, *op. cit.*, p. 69.

⁵⁹ La disciplina dell'*accouchement sous x* è stato introdotto in Francia con il *décret-loi* del 28 giugno 1793, poi regolato in continuità nell'art. L. 222-6, 2° co., *Code de l'action sociale et des familles* e reso definitivo con l'inserimento dell'art. 341-1 nel *code civil* nel 1993. La procedura è stata poi rivista con *Loi n. 2002-93* del 22 gennaio 2002, ammettendo la reversibilità della scelta della madre e istituendo il *Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles*, passando così indenne il vaglio della Corte Edu nel caso Odièvre, 13.2.2003, *cit.* Per un approfondimento cfr. T. GRÜNDLER, *Les droits des enfants contre les droits des femmes: vers la fin de l'accouchement sous X?*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2013, p. 1 ss.

⁶⁰ L'istituto della *délégation partage* è stato introdotto nel *code civil* francese nel 2002: cfr. M. G. STANZIONE, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, p. 233 ss.

⁶¹ Riguardo al genitore sociale la Svizzera all'art. 299 ZGB prevede espressamente, quale dovere coniugale, l'assistenza del coniuge all'esercizio dell'autorità parentale verso i figli dell'altro coniuge: E. QUADRI, *op. cit.*, p. 571. Cfr. altresì *infra* nt. 67.

gola genitoriale – a plasmare l'identità, alla fase della coscienza per cui è l'identità a orientare e dirigere l'educazione e nella quale giocano ora un ruolo giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 315 *bis* c.c. le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni del minore, per giungere infine alla consapevolezza da parte dell'adulto dell'essere e dell'apparire come due facce della propria identità, attraverso le quali ci si riconosce e si è riconoscibili agli altri. Questo è un processo lento, che richiede equilibrio e attenzione soprattutto nelle fasi in cui a stabilire quale sia *the best interest of the child* siano atti di eterodeterminazione degli adulti: esercenti la responsabilità genitoriale, autorità pubbliche e magistratura⁶².

Oltre all'identità genetica che si acquista al momento del concepimento e all'identità personale, ricca di esperienze, che si sviluppa nel tempo, l'essere umano in quanto essere relazionale ha valore come individuo non isolato, ma inserito in un tessuto sociale di relazioni e affetti che, se concentrato sui genitori nei primissimi anni di vita, si arricchisce di figure "familiari" altrettanto rilevanti, il cui rapporto con il minore l'ordinamento dovrebbe conservare e tutelare nel suo stesso interesse⁶³. In tal senso, il nuovo art. 317 *bis* c.c. consacra il diritto dei nonni di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni⁶⁴ e per mezzo dell'art. 337 *ter* lo estende ai parenti di ciascun ramo genitoriale⁶⁵. La riforma, però, non si è spinta oltre e alcuna espressa tutela ha riservato al genitore sociale, ossia a colui che, seppur privo di legami genetici e parentali, assolve spontaneamente obblighi morali, educativi ed economici, instaurando una relazione stabile e continuativa con il minore nell'ambito della convivenza *more uxorio* con il di lui genitore. Ora, come prima della riforma⁶⁶, questi può agire solo chiedendo l'intervento del pubblico ministero ai sensi dell'art. 333 c.c., per denunciare la condotta pregiudizievole per i figli dell'*ex-partner* che impedisce la sua frequentazione con il minore⁶⁷.

⁶² Così L. LENTI, Note critiche in tema di interesse del minore, *cit.*, p. 13 ss.

⁶³ Un approfondimento con ulteriore bibliografia in R. SENIGAGLIA, *Status filiationis* e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia, *cit.*, p. 137 ss.

⁶⁴ Cfr. C. M. BIANCA, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, I, p. 173 ss. Sul tema ha deciso anche la Corte Edu, 22.1.2015, in *Nuova Giur. Comm.*, 2015, p. 563 ss., con nota di G. SPELTA, *Il lungo percorso per l'affermazione del diritto di visita dei nonni*.

⁶⁵ Nella vigenza dell'art. 155, 1° co., c.c., poi trasfuso nell'art. 337 *ter*, 1° co., c.c., la dottrina riteneva che l'elenco non fosse tassativo; cfr. G. FERRANDO, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. e Dir.*, 2009, p. 1052; D. BUZZELLI, *op. cit.*, p. 158.

⁶⁶ La questione è se, con l'entrata in vigore della legge sulle unioni civili, sia possibile nell'ordinamento giuridico italiano per le coppie omosessuali unite civilmente adottare ai sensi dell'art. 44, lett. b), l. 184/1983, oppure se sia consentito solo, come ammesso dalla recente decisione della Suprema Corte (Cass., 22.6.2016, n. 12962, *cit.*), ai sensi della lett. d) del medesimo articolo quale adozione in casi particolari. Cfr. L. LENTI, *op. cit.*, p. 1711 ss.

⁶⁷ Tutela degradante e compressa per la dottrina [E. AL MUREDEN, *Lo scioglimento dell'unione civile tra rapporto di coppia e ruolo del "genitore sociale"*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2016, II, p. 1702 s.; E. QUADRI, *op. cit.*, p. 569 s.; G. CASABURI, *Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della Cassazione*, *cit.*, p. 3351], ma ritenuta idonea dalla Corte costituzionale, 5.10.2016, n. 225, *cit.* M. CAVALLO, *Si fa presto a dire famiglia*, Roma-Bari, 2016, p. 37, sottolinea come l'adozione in casi partico-

In definitiva, il contesto regolamentare e giurisprudenziale nazionale, europeo e internazionale è lontano dall'aver abbandonato una visione adultocentrica. I tentativi di bloccare la pratica di alcune tecniche di procreazione come l'eterologa e la surrogazione di maternità sono falliti e ne è prova la scarsa applicazione delle sanzioni previste⁶⁸. La resistenza dei sistemi giuridici più tradizionali⁶⁹ è stata fiaccata dal turismo matrimoniale e procreativo e dalla accettazione sociale delle nuove famiglie⁷⁰.

lari sia un'adozione 'mite', in quanto non introduce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante (art. 300, 2° co., c. c. e art. 55, l. 184/1983). In tal senso il riconoscimento del provvedimento straniero ha viceversa l'effetto di una filiazione legale. Cfr. *supra* nt. 25.

⁶⁸ G. CASABURI, *La surrogazione di maternità tra divieto legislativo e aperture giurisprudenziali: lo stato dell'arte*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3277, parla addirittura di depenalizzazione per via pretoria, richiamando la sentenza della Cass., sez. pen., 10.3.2016, n. 13525, *ivi*, 2016, II, c. 286 ss. Per tale ragione sono inefficaci gli inasprimenti proposti in sede parlamentare per la surrogazione di maternità: cfr. SCHILLACI, *Eppur si muove! La camera dei deputati avvia una (faticosa) riflessione sulla gestazione per altri*, in www.articolo29.it.

⁶⁹ In Germania e Francia è stata la giurisprudenza a fare resistenza al cambiamento. Il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) tedesco, ad esempio, interpellato ripetutamente in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha ribadito con orientamento costante che la tutela costituzionale del matrimonio *ex art. 6, 1° co., Grundgesetz* (GG) riguarda solo le coppie eterosessuali in quanto "Ehe ist auch für das Grundgesetz die Vereinigung eines Mannes und einer Frau zur grundsätzlich unauflösblichen Lebensgemeinschaft, und Familie ist die umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern, in der Eltern vor allem Recht und Pflicht zur Pflege und Erziehung von Kindern erwachsen.": cfr. BVerfG, 29.7.1959, in *BVerfGE* 10, p. 59 ss, spec. p. 66; in *NJW*, 1959, p. 1483 ss.; in *MDR*, 1959, p. 820 ss.; in *DNotZ*, 1959, p. 582 ss. Orientamento consolidato in BVerfG, 4.10.1993, in *NJW*, 1993, p. 3058 ss., e BVerfG, 17.7.2002, in *BVerfGE* 105, p. 313 ss.; in *NJW*, 2002, p. 2543 ss. Per commenti cfr. H. GRZIWOTZ, "Homo-Ehe" verfassungsgemäß, in *FamBR*, 2002, p. 267 s.; R. KEMPER, *Der zweite Schritt – Die Lebenspartnerschaft auf dem Weg vom eheähnlichen zum ehgleichen Rechtsinstitut*, in *FF* 2005, p. 88 ss.; A. WINDEL, *Verfassungsmäßigkeit des LPartDisBG*, in *JR*, 2003, p. 144 ss.; *Id.*, *Lebensformen – Status – Personenstand: Grundlagen und Probleme*, in *StAZ*, 2006, p. 125 ss.

In Francia, fino ad oggi, in tema di adozione omosessuale la *Cour de Cassation* aveva mantenuto invariato il proprio orientamento, interpretando in modo restrittivo l'espressione "les conjoints" contenuto nell'art. 365 *code civil*, deducendone l'applicabilità delle regole sull'adozione alle sole persone unite da vincolo matrimoniale: cfr. Cass., 20.2.2007, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 891 ss. La condanna della Francia da parte della Corte Edu (22.1.2008, *cit.*) nel caso E.B. c. Francia per il fatto di concedere l'*adoption simple* al singolo, rifiutandola viceversa agli omosessuali, non ha cambiato la situazione fino all'intervento del legislatore con la *Loi Taubira*. Come riportato in apertura (nt. 1), il 5 luglio scorso la *Cour de Cassation* è pervenuta ad un *revirement* importante in materia: Cass., 1^{er} Civ., 5.7.2017, n. 824, *cit.*

Il Tribunale Federale Svizzero, BGer, 21.5.2015, 5A 748/2014, in *FamRZ*, 2015, p. 1912 ss., con nota di S. HOTZ, *Anerkennung eines Leihmutterkindes in der Schweiz* (1916 s.), ha riconosciuto la sola paternità biologica, affermando la contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento della co-paternità del partner omosessuale. Occorre considerare che in Svizzera, diversamente che in Italia, Francia e Germania, il divieto di maternità surrogata ha rango costituzionale, essendo vietato nel secondo comma, lett. d), dell'art. 119 della Costituzione federale: cfr. B. CHRISTENSEN, *Schwangerschaft als Dienstleistung – Kind als Ware?*, in *hill Zeitschrift für Recht und Gesundheit*, 2013 (86), p. 1 ss.

⁷⁰ Il sistema giuridico olandese è stato uno dei primi a concedere alle coppie omosessuali di unirsi in matrimonio sulla base della medesima disciplina valevole per le coppie eterosessuali con decreto reale del 20 marzo 2001: K. BOELE-WOELKI, *Registered partnerships and same-sex marriage in the Netherlands*, in *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe* a cura di K. BOELE-WOELKI e A. FUCHS, Antwerp, 2003, p. 43 ss. L'anno

La stessa famiglia sembra d'altronde non essere più un'istituzione⁷¹ e meno che mai un istituto⁷²: piuttosto un concetto pluralista, che può essere declinato in vario modo, e funzionale al rapporto (anche di fatto) giuridicamente rilevante che lega i suoi componenti.

In Francia e Germania, contrariamente all'Italia, è stata la giurisprudenza a costringere la politica ad assumersi la responsabilità del mantenimento dello *status quo* ovvero della scelta di modi e tempi della riforma del diritto positivo. Così, tra polemiche e moti di piazza è giunta all'approvazione la *loi Taubira*⁷³ nel 2013, con cui in un sol colpo si è dato accesso alle coppie omosessuali sia all'istituto matrimoniale sia - quali "coniugi" - all'adozione. L'ultimo in ordine di tempo è l'intervento del legislatore tedesco con la legge sul c.d. *Ehe für alle*⁷⁴, il matrimonio per tutti, con cui si

successivo il Belgio ha seguito l'esempio del vicino con la *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*: cfr. M. DICOSOLA, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso in Belgio tra diritto e società: l'apporto del legislatore, del Consiglio di Stato e della Cour d'Arbitrage*, in *Janus*, 2011, p. 61 ss. In Spagna l'equiparazione si è avuta con la *Ley 13/2005 de 1 de julio por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*: cfr. M. LINACERO DE LA FUENTE, *Ley 13/2005*, in *Foro, Nueva época*, 2005, p. 411 ss.; R. PLATERO MÉNDEZ, *Love and The State: Gay Marriage in Spain*, in *Fem. Leg. Study*, 2007, p. 329 ss.; C. GUERRERO PICÓ, *Spagna*, in *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, a cura di PASSAGLIA, in www.cortecostituzionale.it, 2010, p. 81 ss. La Norvegia ha provveduto con legge 27 giugno 2008 n. 53, *Felles ekteskapslov for heteroflie og homofile par*; la Svezia con legge del 1° aprile 2009; l'Islanda con legge del 27 giugno 2010; mentre la Finlandia nel 2012 e la Danimarca nel 2013: cfr. I. LUND-ANDERSEN, *The Nordic Countries: Same Direction – Different Speeds*, in *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives* a cura di K. BOELE-WOELI e A. FUCHS, 2012, Antwerp, p. 10 ss. Il Portogallo ha introdotto il matrimonio fra persone dello stesso sesso nel 2010 con la *Lei n. 9/2010*: cfr. E. SORDA, *Same-Sex Marriage: il caso portoghese*, in *Janus*, 2011, p. 173 ss. Il Lussemburgo ha riformato con legge 4 luglio 2014 n. 1798.

⁷¹ Cfr. V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima: Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, I, p. 1043 ss. Emblematico D. COOPER, *The Death of the Family*, London, 1971.

⁷² J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, in *Rép. not. Defrénois*, 2a ed., 1995, p. 181, tuonava: "À chacun sa famille, à chacun son droit". Sulla nozione di "famiglia" in Europa si veda L. TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, in *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario* a cura di S. BARIATTI, Milano, 2007, p. 68 ss.; S. PATTI, *Modelli di famiglia e di convivenza*, in S. PATTI e M. G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, p. 111 ss.; M. PEDRAZZA GORLERO e L. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio*, in *Diritto pubblico*, 2010 (1-2), p. 247 ss.

Sull'evoluzione della nozione di famiglia nel diritto italiano si confrontino le voci enciclopediche: C. GRASSETTI, *Famiglia (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 50 ss.; P. BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 779 ss.; S. PULEO, *Famiglia, II) disciplina privatistica: in generale, ivi*, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.; F. CUOCOLO, *Famiglia, I) profili costituzionali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.; E. ROPPO, *Famiglia, III) Famiglia di fatto, ivi*, p. 1 ss.; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Dig. Civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 189 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Famiglia di fatto*, in *Enc. Dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, p. 365 ss.

⁷³ Cfr. *supra* nt. 4.

⁷⁴ La *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts* è stata approvata lo scorso 30 giugno 2017: consultabile all'indirizzo <https://www.bundesrat.de/SharedDocs/beratungsvorgaengae/2017/0501-0600/0539-17.html> Per un commento sulla fase preparatoria cfr. N. DETHLOFF, *Ehe für alle*,

è unificata la disciplina degli effetti civili di ogni unione con la disciplina del matrimonio.

Eppure, nessuna delle due leggi si è occupata della questione della filiazione. In entrambi i sistemi giuridici sarà necessaria, dunque, un'ulteriore riflessione per emendare quelle norme, come il § 1591 BGB, che definisce madre colei che ha partorito il figlio e come il § 1592 BGB e l'art. 312 code civil che definiscono padre l'uomo che al momento del concepimento o della nascita è unito in matrimonio con la madre, affinché con la nascita acquistino automaticamente lo *status* di genitori legali entrambi i partner della coppia omosessuale. Così è accaduto in Belgio: quando con la riforma del 2004 il legislatore belga, uno dei pionieri insieme all'omonimo olandese⁷⁵, ha provveduto a riconoscere il matrimonio *same-sex*, all'art. 143 cod. civ. b., che recita "deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage", è stato aggiunto un secondo comma che esclude l'applicazione alle coppie dello stesso sesso dell'art. 315 cod. civ. b. sulla presunzione di paternità del coniuge della madre del bambino. Co-maternità e co-paternità sono state oggetto successivamente di specifiche e alquanto articolate norme⁷⁶, con una disciplina completata solo nel 2015⁷⁷, con cui si stabilisce la presunzione di co-maternità per la coniuge della madre biologica e, per le coppie omosessuali non sposate, la possibilità anche anteriormente alla nascita del riconoscimento del figlio da parte del genitore elettivo dello stesso sesso⁷⁸. Tuttavia, anche questa innovativa di-

in *FamRZ*, 2016, p. 354. Per un commento a caldo, invece, A. ROTH, *Vierzig Jahre Eherechtsreform in Deutschland*, *ivi*, 2017, p. 1017 ss.

Per commenti in italiano sulla legge che ha istituito la *Lebenspartnerschaft* cfr. S. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e Dir.*, 2015, p. 958 ss.; F. AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2016, p. 1105 ss.

⁷⁵ Cfr. *supra* nt. 70.

⁷⁶ Artt. 316 *bis* ss. code civil belga, in particolare art. 316 *bis*, § 1, art. 318, § 2, 2, e § 6, art. 319.

⁷⁷ Con *Loi 5* maggio 2014, il legislatore belga ha inserito nel codice civile il nuovo Capitolo 2/1 del Titolo VII del Libro I in tema *De l'établissement de la filiation à l'égard de la coparente*. Tra le novità si segnala soprattutto - ai fini dell'analisi qui condotta - la regola sul principio di bigenitorialità legale per cui ai sensi dell'art. 329 c.c.b. "un enfant ne peut pas faire l'objet de plus de deux liens de filiation produisant effet". Ugualmente il legislatore norvegese ha introdotto il principio della bigenitorialità nel § 4°, 2° co., *Barneloven*.

⁷⁸ In Spagna ai sensi dell'art. 7, 3° co., *Ley 14/2006 de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, consente, prima della nascita del bambino, alla coniuge o alla compagna di fatto della madre biologica di rendere una dichiarazione avanti all'ufficiale dello stato civile affinché si determini in suo favore lo *status* di genitore legale del medesimo.

Per le coppie omosessuali maschili, invece, essendo fatto divieto di maternità surrogata in Spagna (art. 10 *Ley 14/2006*), è prevista dall'ottobre 2010 a seguito di circolare della *Dirección General de Registros y del Notariado* l'iscrizione dei due padri, che abbiano perseguito il proprio progetto familiare all'estero, purché i genitori producano una decisione giudiziale del paese di nascita del figlio, in cui sia stabilita la paternità di entrambi. In tal caso la *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 1881 obbliga all'*exequatur*. In caso contrario, la coppia dovrà procedere con l'iscrizione dell'atto di nascita con indicazione di padre genetico e madre biologica (surrogata), procurarsi la rinuncia alla potestà genitoriale di quest'ultima e procedere all'adozione da parte del padre elettivo ai sensi degli artt. 176 e 178 *Ley 21/1987*. È, tuttavia, del 6 febbraio 2014 la sentenza del *Tribunal Supremo* (consultabile all'indirizzo [41](http://estaticos.elmundo.es/documentos/2014/02/13/senten-</p></div><div data-bbox=)

sciplina resta ancorata ad un visione adultocentrica. Viceversa, all'epoca del *mariage pour tous* il gruppo di lavoro francese creato dalla Ministra della famiglia ha tentato – benché malamente e inutilmente – di indicare un'alternativa: ha proposto l'introduzione del diritto all'accesso alle informazioni sull'origine biologica e di conseguenza una gerarchia della genitorialità, colorando però di pregiudizi la proposta stessa nella misura in cui ha assunto a criterio di discriminazione la “carnalità” della riproduzione che avrebbe costituito il fondamento della “vera” filiazione, cui aggiungere le altre forme di filiazione cc.dd. “*fictives*”⁷⁹.

3. Ricapitolando, ciò che resta e da cui partire per cercare di costruire un quadro comune di riferimento al passo con i tempi in materia sono i fatti e i diritti: da una parte, l'irrinunciabilità al contributo femminile e maschile per la procreazione di un essere umano (gameti di entrambi i sessi e l'utero di una donna); l'inarrestabilità del turismo procreativo in un mondo globale; la multifattorialità dello sviluppo dell'identità di una persona che si compone di due sfere, quella genetica e quella relazionale; dall'altra parte, il riconoscimento consolidato del diritto di procreare e formare una famiglia, del diritto alla tutela della vita personale e familiare, del diritto di conoscere le proprie origini e di conservare relazioni significative.

Tra fatti e diritti e tra gli stessi diritti possono sorgere conflitti, che l'ordinamento giuridico è chiamato a prevenire e risolvere. I contrasti principali tra fatti e diritti sono due: 1) il fatto della procreazione naturale che contrasta con il desiderio di coppie sterili o dello stesso sesso⁸⁰; la soluzione è nel ricorso alle tecniche di pma con donazione (o vendita) di gameti e/o di utero, eventualmente all'estero se in patria non è ammesso; 2) il fatto della plurigenitorialità che la pma con donazione (o vendita) di gameti e/o utero porta con sé e che contrasta con il paradigma della bigenitorialità e della bilinearità⁸¹ e con il principio dell'indisponibilità degli *status*, che

cia_vientres_alquiler.pdf; cfr. P. PALMERI, *Spunti di riflessione su maternità di sostituzione e trascrivibilità del certificato di nascita a partire dalla sentenza 6 febbraio 2014, n. 835/13 del Tribunale Supremo de Madrid*, in *GenIus*, 2015, p. 199 ss.) di rigetto del ricorso contro la sentenza della *Audiencia di Valencia*, che aveva revocato efficacia all'iscrizione nel registro civile dei padri di due gemelli nati a seguito di maternità surrogata in California. La coppia ha annunciato il ricorso alla Corte Edu.

Molto in ritardo, ma con grande semplicità, il legislatore portoghese con la *Lei n. 2/2016 de 29 de fevereiro, que elimina as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares* ha modificato non solo la legge sull'adozione, legittimando le coppie omosessuali, ma è altresì intervenuto sull'art. 1° del *Código do Registo Civil* aggiungendo il comma 3° dal seguente tenore: “Quando os sujeitos da relação jurídica de filiação, adoção ou apadrinhamento civil estejam casados ou unidos de facto com pessoa do mesmo sexo, os assentos, averbamentos ou novos assentos de nascimento no registo civil são efetuados de forma idêntica à prevista nas leis em vigor para casais de sexo diferente”.

⁷⁹ Cfr. D. BORRILLO, *Mariage pour tous et filiation pour certains: les résistances à l'égalité des droits pour les couples de même sexe*, in *Droit et cultures*, 2015, p. 179 ss.

⁸⁰ Cfr. M. C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie “same-sex”. La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2015, p. 259 ss.

⁸¹ Il paradigma della bigenitorialità comporta che un figlio possa avere solo due genitori; quello della bilinearità che questi due genitori debbano essere necessariamente un uomo e una donna.

viene superato nei paesi che ammettono le suddette tecniche con l'attribuzione dello *status filiationis* ai soli genitori elettivi, spesso nell'anonimato o con la rinuncia dei genitori genetici/biologici, e nei paesi che non l'ammettono attraverso il riconoscimento degli atti dello stato civile legalmente formati all'estero. I conflitti tra diritti invece possono essere molti: si vedono raramente contrapporsi i diritti dei genitori elettivi con i diritti dei genitori genetici/biologici, ma quando accade - è il caso dell'ospedale Pertini - l'ordinamento preferisce i genitori elettivi; cronici sono invece i conflitti tra i diritti degli adulti, alla tranquillità dell'anonimato e alla soddisfazione dei desideri di procreazione e di famiglia, con i diritti del minore alla conoscenza delle proprie origini (delle modalità di procreazione e dei soggetti che vi hanno contribuito)⁸², all'identità personale nelle due componenti genetica e relazionale, alla conservazione di relazioni significative per lui e per il suo benessere.

Si può ipotizzare con un discreto margine di certezza che gli adulti del futuro⁸³ interverranno su questa situazione, operando con l'intento di continuare a garantire il diritto di autodeterminazione dei genitori (genetici, biologici ed elettivi), ma non sacrificando per ciò solo il pari diritto dei loro figli a sapere come sono stati procre-

⁸² “La double filiation n'est généralement possible que par la voie de l'adoption de l'enfant du conjoint. Si cette voie a été admise par la quasi-unanimité des pays ayant autorisé le mariage homosexuel, elle est contestable car elle camoufle un projet parental autour d'un enfant à naître. Des règles spéciales relatives à la copaternité seraient certainement préférables, notamment en vue de permettre à l'enfant d'accéder à ses origines”: S. PARICARD, *Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé*, in *Droit de la Famille*, 2013, p. 28 ss.

⁸³ Un futuro già presente, visto che i figli della provetta, ormai adulti, sfruttando le possibilità di contatto via *social* offerte dalla rete, si sono organizzati per la ricerca del genitore biologico e di eventuali fratelli e sorelle. I siti dedicati sono il *Donor Sibling Register*, i blog *Anonymous Us* e *Confession of a Cryokid*. Peraltro, da uno studio condotto proprio sugli utenti del primo sito, è risultato che l'83% degli intervistati vorrebbero entrare in contatto con il proprio genitore biologico; tra questi, dei maggiorenni, il 66% figli di coppie eterosessuali e il 95% figli di coppie omosessuali. In generale, la percentuale di coloro che vorrebbero conoscere fratelli e sorelle è pari al 90% dei figli di coppie eterosessuali e 84% dei figli di coppie omosessuali: cfr. W. KRAMER, D. BEESON e K. JENNINGS, *Anonymity, disclosure, and contact with donors: how experiences of donor-conceived offsprings vary by family type*, in *Fertility and Sterility*, 2010 (94, 4). È recente uno studio che ha fatto sensazione, nel quale gli autori preconizzano la fine dell'anonimato dei donatori in ragione della diffusione del mercato dei test genetici di libero accesso ai consumatori e delle grandi banche internazionali di dati genealogici che operano online: J. C. HARPER, D. KENNETT e D. REISEL, *The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business*, in *Human Reproduction*, 2016 (31), p. 1135 ss.

La questione se la sono posta di recente le corti della Georgia, *Re D (A child)* [2014], in *EWHC* 2121 (Fam.), e dell'Australia, *Fisher-Oakley & Kittur* [2014], in *FamCA* 123; il tedesco BGH, 10.12.2014, in *BGHZ* 203, p. 350 ss.; in *NJW*, 2015, p. 479 ss., con nota di B. HEIDERHOFF, *Zur Anerkennung eines ausländischen Urteils bei Leihmutterchaft*; il Tribunale federale svizzero, 21 maggio 2015, in *BGE* 141, III, p. 312 ss. (consultabile all'indirizzo http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight=atf%3A%2F%2F141-III-312%3Ade&lang=de&type=show_document), che ha cassato per violazione dell'ordine pubblico la decisione del Tribunale amministrativo del San Gallo, 18 agosto 2014 (consultabile all'indirizzo <http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/verwaltungsgericht/entscheide-2014/b-2013-158.html>), che aveva considerato legittima la trascrizione dell'atto californiano che certificava la paternità (elettiva, non genetica) del compagno registrato del padre genetico del minore.

ati, a conoscere i genitori biologici/genetici e ad avere relazioni con tutte le figure genitoriali significative, laddove ciò corrisponda al loro esclusivo interesse⁸⁴. Per arrivare a ciò occorre cominciare a pensare che, a seconda dei casi, all'unicità dello *status* di figlio può corrispondere una pluralità di *status* genitoriali⁸⁵ che danno luogo a diverse prerogative. L'ostacolo all'adeguamento dell'ordinamento (non solo) italiano al nuovo contesto è rappresentato – secondo un illustre interprete⁸⁶ – dall'insistenza sullo *status* come condizione permanente della persona che significa “nel campo familiare, l'inserimento nel gruppo con carattere di stabilità e conseguenti pretese patrimoniali”; “la cultura moderna (...) vede nel superamento dello *status* il segno dello sviluppo della civiltà giuridica e connette la responsabilità patrimoniale anche all'esercizio di attività libere e lecite”. In tal senso si ricorda⁸⁷ l'istituto della *Zahlwatschaft* di diritto tedesco, che come l'art. 279 c.c. prova che lo *status* genitoriale può essere scisso dalla responsabilità patrimoniale.

A tal proposito, occorre precisare tuttavia che i diritti del minore a conoscere le proprie origini e alla frequentazione di figure significative sono nettamente distinti dall'accertamento dello *status* di figlio legale, benché la questione resti quella dell'equilibrio tra libertà e responsabilità degli adulti che ne sono a vario titolo genitori⁸⁸. Ciò che si dovrebbe profilare, infatti, è un nuovo sistema della filiazione in cui il

⁸⁴ Ciò è quanto stabilisce il combinato disposto degli artt. 7 e 9, 3° co., Convenzione di New York del 1989; quest'ultimo recita: “Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo”. Al contrario, M. BIANCA, L'unicità dello stato di figlio, *loc. cit.*, ritiene che “se il donatore non fosse anonimo, la crescita del minore potrebbe essere turbata dalla presenza di soggetti che, se pure parte del suo patrimonio genetico, per legge non sono i genitori, ruolo riservato ai genitori che hanno espresso la volontà di sottoporsi alla tecnica di fecondazione eterologa, in quanto impossibilitati ad essere genitori in natura”.

⁸⁵ Cfr. D. FERRARI (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, Roma, 2014. Sulla necessità di un intervento legislativo in tal senso in Francia: A. CHAIGNEAU, *Pour un droit du lien: Le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé*, in *Revue trim. droit civ.*, 2016, p. 263 ss.; in Quebec, cfr. I. CÔTE e J. M. SAUVÉ, *Homopaternalité, gestation pour autrui: no man's land?*, in *Revue générale de droit*, 2016, p. 27 ss.

⁸⁶ P. RESCIGNO, *La filiazione “riformata”: l'unicità dello status*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1261 ss., che ricorda di aver affrontato il tema già nel 1964 con un contributo al volume “*I c.d. illegittimi*”, Bologna, 1964, ora in *Rivista Dir. Matrim.*, 1965, p. 34 ss.; e in *Studi in memoria di L. Barassi*, Milano, 1966, p. 725 ss. Cfr. altresì ID., *Situazioni e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1975, I, p. 279 ss.

⁸⁷ P. RESCIGNO, *La filiazione “riformata”: l'unicità dello status*, *loc. ult. cit.*

⁸⁸ Intorno all'endiadi libertà-responsabilità e al loro bilanciamento reciproco seguendo il criterio della ragionevolezza ricostruisce il sistema di diritto R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, *cit.*, p. 18 s., individuando nella famiglia eterosessuale, nella paternità genetica (tranne in caso di inseminazione eterologa) e nella maternità biologica i principi della filiazione in diritto italiano con l'unica eccezione costituita dall'adozione. I legami che sorgono a seguito di pma, prescindendo da questi principi, sono da considerarsi illeciti, perché vi ricorrono coppie dello stesso sesso ovvero si utilizza la surrogazione materna, benché meritevoli di tutela. La tutela, secondo l'Autore, non deve tuttavia “scomodare” la filiazione: a garantire l'interesse superiore del minore alla conservazione dei legami affettivi significativi ci sono – come già affermato dalla Corte Costituzionale, 20 ottobre 2016, n. 225, *cit.* – l'art. 333 c.c. e l'art. 44, lett. d) l. 184/1983.

principio di base resti quello della bigenitorialità⁸⁹, inteso nel senso che la legge attribuisce il titolo di genitori legali senza possibilità di revoca o di disconoscimento ad un massimo di due persone, come prevede il codice civile belga e la legge norvegese⁹⁰: alla coppia o alla madre *single* che ha procreato per le vie naturali (con presunzione di paternità per il coniuge/convivente e un ristretto limite temporale per il disconoscimento) o ha voluto per mezzo della pma procreare il figlio. I principî di eterosessualità e biologicità in quest’ottica restano validi, ma non hanno carattere assoluto, potendo essere superati dalla volontà di procreare. Tale regola ha per conseguenza che nel caso di c.d. ‘autoconcepimento’⁹¹, in cui una donna fraudolentemente sottragga la provetta con il liquido seminale ad un conoscente e, senza avere con lui rapporti sessuali, utilizzi tale materiale per concepire un figlio, il genitore legale dovrebbe essere la sola madre. A tale *status* di genitore legale corrispondono i diritti e i doveri previsti dagli artt. 316 e 316 *bis* c.c. e, dunque, la responsabilità genitoriale e ciò che ne consegue⁹². Il genitore genetico, la cui paternità dovesse essere dichiarata giudizialmente a seguito di azione del figlio o della madre, dovrebbe essere tenuto indenne da questa dei danni subiti dalla sua azione dolosa, ossia dall’obbligo di mantenimento del figlio.

Tuttavia, l’ordinamento giuridico dovrebbe altresì prendere atto che, al di là dei genitori legali, la realtà sociale e la scienza permettono che procreazione ed educazione di un minore coinvolgano altre figure genitoriali: il genitore genetico (nel caso di donazione di gameti o di riconoscimento di compiacenza), la madre biologica (in caso di maternità surrogata) e i genitori sociali (nel caso delle famiglie “ricomposte”). Queste ulteriori figure genitoriali costituiscono elementi (se non rapporti)

⁸⁹ Cfr. M. BIANCA, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori. Riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull’erroneo scambio degli embrioni*, in *Dir. Famiglia*, 2015, I, p. 199 ss.

⁹⁰ Art. 329 *code civil* belga e § 4°, 2° co., *Barneloven*. Cfr. *supra* nt. 77.

⁹¹ Il caso è stato oggetto della decisione della Sezione prima, Cass., 25.9.2013, n. 21882, in *Fam. e Dir.*, 2014, p. 921 ss., con nota adesiva di F. FAROLFI, *Responsabilità per il fatto della procreazione tra verità ed interesse del minore*. La Suprema Corte ha affermato che “nell’ipotesi di nascita per fecondazione naturale la paternità è attribuita come conseguenza giuridica del concepimento, sicché è esclusivamente decisivo l’elemento biologico e, non occorrendo anche una cosciente volontà di procreare, nessuna rilevanza può attribuirsi al disvolere del presunto padre, una differente interpretazione ponendosi in contrasto con l’art. 30 Cost., fondato sul principio della responsabilità che necessariamente accompagna ogni comportamento potenzialmente procreativo”. Condivide l’avviso della Cassazione R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, *cit.*, p. 27: l’Autore ritiene, infatti, che l’ingresso nell’ordinamento giuridico di un concetto di genitorialità fondato non più soltanto sul dato biologico, ma su quello volontaristico, comporterebbe lo scardinamento delle “logiche fondamentali che ordinano il diritto interno della filiazione: erigere la volontà a fonte costitutiva del rapporto di filiazione significa passare da una logica di responsabilità, la quale si radica nel fatto procreativo, naturale o artificiale formalmente regolato, a una logica di libertà, che si radica nella categoria del diritto soggettivo; da una logica altruistica, tutta rivolta all’interesse del figlio; a una logica egoistica, principalmente rivolta a soddisfare il puro desiderio di genitorialità”.

⁹² E. QUADRI, *op. cit.*, p. 573, afferma che “la sussistenza (...) di un legame bilaterale di genitorialità giuridicamente rilevante” nelle unioni civili e nelle convivenze “pare senz’altro consentire di ricorrere all’applicazione delle regole comuni in materia di responsabilità genitoriale”

indelebili della personale narrazione di ogni figlio e come tali contribuiscono senz'altro, benché in misura variabile, alla formazione dell'identità del futuro adulto. Questa è la ragione per cui l'ordinamento giuridico dovrebbe tutelare l'aspettativa del concepito e il diritto del nato alla conoscenza delle proprie origini, nonché conservare le possibilità relazionali potenzialmente significative per il minore. Tornando all'esempio dell'autoconcepimento, al padre genetico, nonostante non sia genitore legale, dovrebbe comunque essere concesso il diritto di visita, laddove ciò corrispondesse all'interesse del minore.

Sotto il primo profilo, lo Stato dovrebbe istituire procedure ed enti⁹³ per la conservazione dei dati relativi ad ogni procreazione, senza l'anonimato dei donatori di gameti⁹⁴ o del parto. Le due circostanze, a mio avviso, si equivalgono nella misura in cui la componente genetica è elemento permanente e incontrovertibile dell'identità individuale, mentre i mesi di gestazione sono un fattore di formazione dell'identità relazionale; anzi quella tra gestante ed embrione è la prima relazione in assoluto del futuro individuo⁹⁵. Eventualmente, come deciso dalla Suprema Corte⁹⁶, l'anonimato potrebbe venire meno con la morte del genitore biologico oppure con la revoca del divieto di divulgazione da parte del medesimo, ma l'anonimato assoluto nell'uno come nell'altro caso, a mio avviso, è da escludere⁹⁷. Sotto il profilo della necessità in certe circostanze di garantire al figlio la possibilità di frequentare gli "altri" genitori, il legislatore dovrebbe estendere nell'esclusivo interesse del minore il diritto di visita dei nonni e dei parenti a queste "altre" figure. Inoltre, un modello efficace e da imitare è l'istituto della *délégation partage* francese poiché rende possibile nel caso concreto valutare se sia utile nell'interesse del minore che nelle famiglie ricomposte

⁹³ Quale unico organismo su base nazionale per l'acquisizione, la conservazione e la gestione dei dati sanitari e identificativi del minore, nato da parto anonimo, sono stati proposti il Garante per la *privacy*, la Commissione per le adozioni internazionali o il Dipartimento per la giustizia minorile presso il Ministero della Giustizia: cfr. sul punto A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, p. 251 s. In Germania è stata appena pubblicata la legge che regola il diritto alla conoscenza delle proprie origini a seguito di inseminazione eterologa e istituisce un *Samenspenderegister* presso il *Deutscher Institut für Medizinische Dokumentation*: cfr. *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen*, *supra*, nt. 56.

⁹⁴ Cfr. M. BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2015, p. 223 ss.

⁹⁵ Sull'importanza della conservazione del legame materno nelle coppie omosessuali maschili, cfr. S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna*, in *Giur. Cost.*, 2016, p. 1169 ss. Secondo l'Autrice "gioverrebbe l'introduzione di test che, a questo fine, rendano operativo il *favor* per il legame materno, con la verifica del non anonimato della madre di nascita e della garanzia per il minore di conoscerla e intrattenere relazioni con lei. L'introduzione, nella valutazione del *best interest*, di apprezzamenti concernenti la cura dei genitori surrogati a preservare al figlio la relazione materna conserverebbe senso e pregnanza al divieto di maternità surrogata ed eviterebbe che l'eventuale riconoscimento di singole situazioni di fatto valga come autorizzazione *tout court* alla maternità surrogata".

⁹⁶ Cass., 21.7.2016, n. 15024, *cit.*

⁹⁷ Non è sufficiente la conservazione dei soli dati sanitari, perché l'interesse del figlio potrebbe essere quello di conoscere l'identità del genitore e l'impossibilità di tale conoscenza potrebbe costituire una frustrazione lesiva per la sua stessa salute. Ritiene che si debbano conservare solo i dati sanitari e l'anonimato assoluto almeno fino alla morte della madre: A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, p. 249 s.

anche i partner dei genitori legali possano esercitare - con il loro consenso e sotto la supervisione delle istituzioni - la responsabilità genitoriale.

Non diversamente accade, peraltro, per l'adozione, in cui i genitori adottivi sono i genitori legali, ma la legge permette - nella misura in cui ciò corrisponde all'interesse superiore del minore - che questi conosca l'identità dei genitori genetici ovvero mantenga una relazione affettiva con essi. Peraltro, sempre l'adozione permette di riflettere sul fatto che, laddove la libertà di scelta degli adulti circa la procreazione (la scelta del donatore e della madre surrogata, come quella dei genitori di concepire tramite pma) non sia correttamente bilanciata con i diritti e gli interessi del futuro figlio, diventa concreto il rischio di abuso: è stato proprio il timore di abuso che ha indotto il legislatore italiano all'eliminazione nel 1983 dell'adozione consensuale⁹⁸. La scelta dell'ordinamento e della giurisprudenza, dunque, di favorire la genitorialità elettiva, in quanto assicura alla prole la cura e l'amore di coloro che lo hanno desiderato⁹⁹, non pregiudica l'esigenza che questa scelta sia accompagnata dal controllo pubblico affinché la situazione non sfoci in abuso. In tal senso nulla vieta che sia considerata ai sensi dell'art. 333 c.c. condotta pregiudizievole per il minore la mancata pretesa dei genitori elettivi di conoscere e conservare per il figlio le informazioni necessarie al medesimo per l'eventuale futura individuazione dei genitori genetici e/o della madre biologica e attraverso di essi di potenziali fratelli o sorelle. Nulla vieta, inoltre, di seguire l'esempio del Canada¹⁰⁰, che permette la menzione sul certificato di nascita del bambino da madre surrogata del nome di questa accanto a

⁹⁸ Si parlava di adozione consensuale sotto la vigenza del codice del 1865, che ai sensi dell'art. 217 faceva decorrere gli effetti dell'adozione dall'estrinsecazione del consenso. Con l'entrata in vigore del codice civile nel 1942 è stato introdotto come elemento costitutivo del rapporto il decreto che pronunzia l'adozione (art. 296): cfr. G. FERRANDO, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare, cit.*, p. 174.

⁹⁹ Si ricordi il *leading case* *Buzzanca c. Buzzanca*, in cui il Tribunale di prima istanza (California) aveva dichiarato il bambino, nato dalla donazione di entrambi i gameti e da madre surrogata sposata, figlio di nessuno, nonostante avesse sei potenziali genitori: i genitori genetici erano donatori anonimi; la gestante, quale madre biologica, e il di lei marito erano disinteressati al bambino; e i genitori elettivi che desideravano il bambino non vi erano legati né sotto il profilo genetico né sotto il profilo biologico. In appello è stato riconosciuto il rapporto di filiazione con questi ultimi: *Buzzanca v. Buzzanca*, 61 *Cal. App.* 4th 1410 (1998). Cfr. G. A. ANNAS, *The Regulation of Human Reproduction in the US*, in S. N. KATZ, I. EEKELAAR e M. MACLEAN (a cura di), *Cross Currents. Family Law and Policy in the US and England*, Oxford, 2000, p. 156 ss.

¹⁰⁰ *Family Law Act* (SBC 2011) della *British Columbia*, Canada, Chapter 25, Part. 3, Sec. 30: "(1) This section applies if there is a written agreement that (a) is made before a child is conceived through assisted reproduction, (b) is made between (i) an intended parent or the intended parents and a potential birth mother who agrees to be a parent together with the intended parent or intended parents, or (ii) the potential birth mother, a person who is married to or in a marriage-like relationship with the potential birth mother, and a donor who agrees to be a parent together with the potential birth mother and a person married to or in a marriage-like relationship with the potential birth mother, and (c) provides that (i) the potential birth mother will be the birth mother of a child conceived through assisted reproduction, and (ii) on the child's birth, the parties to the arrangement will be the parents of the child. (2) On the birth of a child born as a result of assisted reproduction in the circumstances described in subsection (1), the child's parents are the parties to the agreement. (3) If a agreement described in subsection (1) is made but, before a child is conceived, a party withdraws from the agreement or dies, the agreement is deemed to be revoked".

quello dei genitori legali: le annotazioni a margine degli atti dello stato civile fungono proprio a questi scopi.

In conclusione, l'accoglimento del nuovo paradigma della plurigenitorialità nel sistema positivo italiano consentirebbe di mettere ordine nella materia della filiazione, riconoscendo la realtà dei fatti, ma non dimenticando la realtà dei diritti di tutti gli individui coinvolti, tra i quali l'ordinamento ha il dovere di tutelare soprattutto maternità, infanzia e gioventù (art. 31, 2° co., Cost.). Esso consentirebbe altresì di superare il principio del tutto-o-niente¹⁰¹ nelle fattispecie controverse come quella dell'ospedale Pertini. Le regole attualmente in vigore nel nostro ordinamento individuano nella seconda coppia i genitori legali¹⁰². La decisione in favore della madre biologica si giustifica anche in ragione della circostanza che nel caso concreto questa avrebbe potuto abortire e, dunque, privilegiare la sua genitorialità costituisce una soluzione di buon senso¹⁰³. Ciò non dovrebbe tuttavia escludere qualsivoglia rilevanza delle residue figure genitoriali che hanno altrettanto voluto quei gemelli e hanno contribuito con i loro gameti alla procreazione. Estendere ad essi il diritto relazionale dell'art. 317 *bis* c.c. sarebbe opportuno; in particolar modo in considerazione del fatto che per i due bambini l'azione di stato è imprescrittibile (art. 244, 5° co., c.c.) e da adulti o, se infra quattordicenni, con l'aiuto dei genitori genetici (art. 244, 6° co., c.c.) potranno agire per il disconoscimento¹⁰⁴.

¹⁰¹ La legge del tutto o niente descrive un fenomeno fisico in base al quale la reazione ad un'azione o c'è o non c'è: il muscolo cardiaco, ad esempio, segue questa regola. Nell'ambito giuridico l'utilizzo dell'*Alles-oder-Nichts-Prinzip* si era diffuso in Germania nella disciplina della responsabilità civile e in particolare del diritto delle assicurazioni, salvo poi venir mitigato con la riforma del 2007 della *Versicherungsvertragsgesetz*: cfr. W. RÖMER, *Alles-oder-Nichts-Prinzip?*, in *NVersZ*, 2000, p. 259 ss. Il principio è conosciuto anche nell'ambito del *common law* quale *all-or-nothing principle*: cfr. per una comparazione del principio sulla base di fattispecie giudiziali provenienti da Svizzera, Belgio, Massachusetts e Australia T. KADNER GRAZIANO, *"Alles oder nichts" oder anteilige Haftung bei Verursachungszweifeln – Zur Haftung für perte d'une chance und eine Alternative. Urteile des schweizerischen Bundesgerichts vom 13.6.2007, des belgischen Hof van Cassatie vom 5.6.2008, des Supreme Judicial Court of Massachusetts vom 28.7.2008 und des High Court of Australia vom 21.4.2010 mit Anmerkung und einem Lösungsvorschlag*, in *ZEuP*, 2011, p. 171 ss. Sull'applicazione del principio nel diritto di famiglia e nel matrimonio omosessuale cfr. F. H. BUCKLEY e L. E. RIBSTEIN, *Calling a truce in the marriage wars*, in *Univ. Illinois Law Rev.*, 2001, p. 561 ss., spec. p. 569 s.

¹⁰² Così Tribunale di Roma, ord. 8.8.2014, *cit.*, in applicazione del principio per cui la madre è colei che partorisce (art. 269, 3° co., c.c.) e padre è il di lei marito (art. 231 c.c.). *Contra*, A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, p. 272 ss.: secondo l'Autore ciò che rileva ai fini dell'accertamento della filiazione in caso di pma è la volontà manifestata e irrevocabile tale per cui dopo la dichiarazione di consenso "non esiste più una volontà giuridicamente rilevante della coppia". "Ciò spiega l'assoluta irrilevanza, ai fini dell'accertamento dello *status*, dei comportamenti e dei fatti successivi alla fecondazione, tra i quali ci pare debba ricomprendersi anche la non corretta esecuzione della pma, caratterizzante la fattispecie Sandro Pertini".

¹⁰³ Peraltro, lo stesso A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, p. 249 s., rispetto al parto anonimo ritiene, invece, che l'unica effettiva tutela per il nascituro è che la propria madre, "attanagliata dal dubbio se abortire o, coraggiosamente e con non comune generosità, far nascere il bambino non debba essere gravata di alcuna valutazione di ordine giuridico. Deve poter confidare su un anonimato serio ed indiscutibile".

¹⁰⁴ Ammonisce, infatti, sul tema dell'adozione, ma con argomentazioni estese alla pma eterologa A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 14, che "il divieto di accesso lacerava il figlio adottivo (...): il rischio è che il segreto sulle proprie origini esacerbi la relazione con i genitori adottivi".

Nell'ottica della plurigenitorialità potrebbero essere risolti in futuro anche i casi simili a quello Paradiso e Campanelli¹⁰⁵. Si è trattato di una sorta di adozione consensuale¹⁰⁶, ossia un progetto volitivo *tout court* e per di più realizzato in violazione delle norme dello stesso paese straniero in cui ha avuto luogo. Per tali ragioni è stato sanzionato sia a livello nazionale che europeo. Ciò non toglie che vicende del genere possano ripetersi e tali pratiche essere considerate legali in altri Paesi¹⁰⁷. In tal senso, in applicazione delle norme di diritto internazionale lo *status filiationis* acquisito all'estero dovrà essere riconosciuto efficace nel nostro ordinamento, cui però non potrà essere impedito di vigilare sull'effettivo benessere dei minori interessati¹⁰⁸ e valutare come condotta pregiudizievole ai sensi dell'art. 333 c.c. la mancata pretesa dei genitori elettivi di conoscere e conservare per il figlio le informazioni sui genitori genetici e la madre biologica e l'eventuale mancata cura delle relazioni con essi.

¹⁰⁵ Cfr. *supra* nt. 42.

¹⁰⁶ Cfr. *supra* nt. 98.

¹⁰⁷ Perplexità sono state evidenziate nella relazione della Conferenza internazionale dell'Aja, *cit.*, § 8a. Cfr., altresì, L. DE SAINT PERN, *La conception génétique de la filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui ou la seule garantie de demeurer au sein de la famille d'intention*, in *Recueil Dalloz*, 2017, p. 897 ss.

¹⁰⁸ L'attuale orientamento della giurisprudenza italiana, dopo la sentenza della Cassazione, 11.1.2014, n. 24001, sembra "tutelare il *best interest* dei minori in conformità alla scelta genitoriale espressa nel ricorrere alla maternità per sostituzione – seppur corrispondente ad una pratica da noi ritenuta illecita – purché vi sia alla base della filiazione un substrato biologico minimo": M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo "status"*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2014, p. 631.

Diritto soggettivo e interesse legittimo nella concessione di servizi pubblici. Riflessi sul riparto di giurisdizione

di Annalisa Di Giovanni*

SOMMARIO: 1. Le situazioni giuridiche soggettive ed il riparto di giurisdizione nelle concessioni di servizi pubblici. – 2. Dalle origini della giurisdizione esclusiva nei servizi pubblici al Codice del Processo Amministrativo. – 3. La giurisdizione sulle concessioni di servizi nel Codice del Processo Amministrativo. – 4. L'impatto del diritto comunitario sugli istituti. – 5. La concessione di servizi nella Direttiva 23/2014/UE e nel nuovo Codice dei Contratti. – 6. Il riparto di giurisdizione nella fase di affidamento e di esecuzione per le nuove concessioni. Conclusioni e prospettive: 6.1 Preferenza per il giudice ordinario. – 6.2 Beni comuni e concessione di servizi pubblici.

1. La disamina del riparto di giurisdizione in un settore o in una specifica materia, non può prescindere dall'esame delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nelle fattispecie oggetto di studio. Con riferimento ai servizi pubblici in generale ed alle concessioni di servizi pubblici, tale indagine deve essere compiuta al fine di verificare se e in che termini rilevano le diverse situazioni giuridiche soggettive – di interesse legittimo¹

* Professore associato di diritto amministrativo all'Università degli Studi di Salerno

¹ Per un'approfondita ricostruzione dell'istituto si veda: SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017 e la bibliografia ivi riportata; ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi: diritto interno e fonti comunitarie*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, 1992, 3 ss.; ANGELETTI, *L'interesse legittimo tra provvedimento amministrativo e criteri distintivi*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, 53 ss.; BARTOLINI, *L'interesse legittimo in Europa*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, Atti della Tavola rotonda in memoria di Lorenzo Migliorini, Torino, 2003, 96 ss.; BASSI, *Interesse legittimo e fattori legittimanti*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 195 ss.; ID., *Divagazioni sulla nozione di interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 1994, 107 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; ID., voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Digesto. Disc. Priv.*, Sez. civ., IX, Torino, 1993, 527 ss.; CACCIAVILLANI, *Il diritto di accesso è interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 154 ss.; CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 334 ss.; ID., *Sulla qualificazione dell'interesse legittimo nel diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1958, 43 ss.; CASSETTA, *Diritto soggettivo ed interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 611 ss.; ID., *L'interesse legittimo: una situazione giuridica a "progressivo rafforzamento"*, in *Diritto economia*, 2008, 7 ss.; CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956; CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Pescara, 1979; CLEMENTE DI SAN LUCA, *La tutela dell'interesse legittimo dopo la sentenza Cass. SS.UU., 500/1999 e la legge 205/2000*, in AA.VV., *La tutela dell'interesse legittimo alla luce della nuova disciplina del processo amministrativo*, Torino, 2002; AA.VV., *Colloqui sull'interesse legittimo – Atti del Convegno*

e di diritto soggettivo² – ai fini del riparto di giurisdizione. D'altra parte tale metodologia di studio corrisponde anche a quanto previsto dall'art. 103 della Costituzione che

in memoria di Umberto Pototschnig (Milano, 19 aprile 2013), Napoli, 2014; FERRARA, Situazioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione, in CASSESE (diretto da), Dizionario di diritto pubblico, VI, Milano, 2006, 5580 ss.; FOLLIERI, Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione, in COCA (a cura di), Diritto amministrativo, Torino, 2017, 27 ss.; GALLO, I problemi della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi sessant'anni dopo, in Dir. Economia, 2013, 395 ss.; GIANNINI, Ha un futuro la nozione di interesse legittimo?, in Scritti in onore di Elio Fazzalari, I, Milano, 1993, 47 ss.; GRECO, Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale, in Dir. amm., 2014, 479 ss.; GUICCIARDI, Diritto, interesse e doppia tutela, in Giur. it., 1951, ripubbl. In Studi di Giustizia, Torino, 1967, 33 ss.; IANNOTTA, Atti non autoritativi e interessi legittimi, Napoli, 1984; MARZUOLI, Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità, in Questioni Giustizia, 2, 2009, 34 ss.; MAZZAMUTO, A cosa serve l'interesse legittimo?, in Dir. proc. amm., 2012, 46 ss.; MAZZAROLLI, Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo (a margine di un pluriennale, ma non esaurito, proficuo dialogo con Alberto Romano, in Studi in onore di Alberto Romano, Napoli, 2011, 543 ss.; NIGRO, Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione, in Foro it., 1987, V, 469 ss.; OCCHIENA, Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo, Milano, 2002; PAOLANTONIO, Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda), in Dir. amm., 2015, 1 ss.; PORTALURI, Interessi e formanti giurisprudenziali: l'anti-Ranelletti?, in Urbanistica e app., 2007; PUBUSA, Diritti soggettivi e pubblica amministrazione, in Storia d'Italia, Annali, Vol. XIV: Legge, diritto, giustizia, Torino, 1988, 96 ss.; RENNA, Spunti di riflessione per una tutela delle posizioni soggettive "strumentali" e tutela cautelare degli interessi "procedimentali" pretenitivi, in Dir. proc. amm., 1995, 815 ss.; RESCIGNO, Gli interessi legittimi nel diritto privato, in Scritti in memoria di Angelo Lener, Napoli, 1989, 883 ss.; ROMANO, Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale, in Foro it., V, 1980, 258 ss.; SORDI, voce Interesse legittimo, in Enc. Dir., Annali II, tomo 2, Milano, 2008, 709 ss.; FALZEA, Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive, in Riv. dir. civ., 2000, 680 ss.

² In dottrina si veda principalmente: ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958; GABRIELLI, *Appunti su diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi collettivi*, in Riv. trim. dir. e proc. civile, 1984, 970 ss.; ALPA, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in ID., *Il diritto soggettivo*, in SACCO (diretto da), Trattato di diritto civile, Torino, 2001, 35 ss.; ID., *I diritti della persona e la cronaca giornalistica*, in Giur. di merito, 1987, 1311 ss.; ID., *Manuale di diritto privato*, Padova, 2011; ALPA, ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Tratt. Iudica-Zatti, Milano, 2005; BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in Enc. Giur. Treccani, 1989, 10 ss.; BIANCA, *Diritto civile I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1990; BIGLIAZZI GERI, *Obbligazioni e contratti*, in BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI (a cura di), *Diritto Civile*, Torino, 2011, III, 6 ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001; FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013; GIORGIANNI, *Diritti reali*, in Noviss. dig. it., 1960, 748 ss.; LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996; MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; MONATERI, *Diritto soggettivo*, in Digesto civ., VI, Torino, 1990, 411 ss.; ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda contrattuale*, in Jus, 1960, 149 ss.; PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991; PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in Enc. dir. XII, Milano, 1964, 719 ss.; RESTA, *Profili negoziali dei diritti*, Napoli, 2000; RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989; CODACCI PISANELLI, *Interessi giuridicamente protetti e diritti soggettivi nell'ordinamento italiano*, in Studi in onore di Giuseppe Chiarelli, II, Milano, 1973-1974, 817 ss.; COLCELLI, *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, in Dir. e proc., 2006-2009, 475 ss.; MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in Riv. dir. comm. e obbligazioni, 1944, 114 ss.

impone di considerare comunque la natura delle situazioni soggettive coinvolte e non il mero dato delle “materie” in senso oggettivo³.

L'evoluzione del riparto, come si vedrà, si intreccia in modo indissolubile, da una parte con il problema della ricostruzione del regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio, dall'altro, con la definizione di una nozione di servizio pubblico.

Per compiere una simile indagine occorre partire dalla nozione e dalla natura di concessione amministrativa, con particolare riferimento al settore dei servizi pubblici.

La concessione amministrativa è istituto conosciuto nel nostro ordinamento giuridico sin dall'Unità d'Italia⁴; secondo l'orientamento tradizionale⁵, mediante la concessione, la pubblica amministrazione amplia la sfera giuridica del destinatario, attribuendo al medesimo poteri, diritti e facoltà riservati all'autorità pubblica e, per tale motivo, sottratti alla libera circolazione giuridica.

Inizialmente, la giurisprudenza e la dottrina hanno attribuito alla concessione natura contrattuale, con conseguente configurazione di diritti soggettivi, applicazione di regole civilistiche e attribuzione delle controversie alla giurisdizione del giudice ordinario⁶.

Tra la fine dell'ottocento e gli inizi del novecento⁷, si fa strada una concezione interamente pubblicistica della concessione quale atto amministrativo unilaterale di natura discrezionale, con conseguente assoggettamento alle regole di diritto pubbli-

³ La Corte Costituzionale nella sentenza del 6.7.2004, n. 204 ha specificato, infatti, che l'art. 103 comma 1 della Costituzione non avrebbe concesso al legislatore ordinario “una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare particolari materie nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi” (par. 3.2.).

⁴ Per ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 261, il «carattere comune di tali provvedimenti è l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica».

⁵ Cfr. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, LVI, 1894, IV, 25. Nella propria opera Ranelletti distingue i provvedimenti favorevoli in autorizzazioni e concessioni. Osserva al proposito SCOCA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Id.*, (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 270, che sulla base della tesi di Ranelletti: «con le autorizzazioni si rimuove un ostacolo che impedisce l'esercizio di diritti di cui il privato è già titolare; con le concessioni si conferiscono al privato nuovi diritti. La distinzione è semplice e chiara, ma non è del tutto soddisfacente, perché non è sempre vero che il privato, prima di chiedere l'autorizzazione, e per poterla chiedere, sia (già) titolare di un diritto soggettivo, e perché la concessione non crea sempre nuovi diritti; ma determina l'acquisto di utilità diverse (si pensi alle onorificenze)».

⁶ Per una ricostruzione completa dell'istituto si veda M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, 1988, VII, Roma, 2 ss.

⁷ In questo percorso rappresenta una pietra miliare la sentenza della Corte di Cassazione del 12.1.1910, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1910, 248, secondo la quale nella concessione sono presenti due negozi giuridici i quali, pur essendo distinti, sono però congiunti. Afferma la Cassazione: “Considerati analiticamente sono nella loro essenza due negozi distinti, che si congiungono: il primo si attua e si realizza nell'altro, ma può anche non essere accompagnato dalla stipulazione del contratto. All'accettazione del concessionario, che rappresenta rispetto all'atto amministrativo il verificarsi della condizione per la quale esso consegue il suo effetto, si unisce il consenso delle due parti sopra un regolamento convenzionale della concessione per suo modo di attuarsi e di svolgersi”.

co, riconoscimento di soli interessi legittimi e attribuzione delle controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Dalla coniugazione del modello privatistico e del modello pubblicistico nasce l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale della figura della concessione-contratto⁸, caratterizzata dalla compresenza di un atto amministrativo unilaterale e di un contratto di diritto privato concluso tra la stessa amministrazione concedente ed il concessionario, che incide sulle situazioni giuridiche soggettive. Nella fase pubblicitica il concessionario è titolare di una posizione di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo; nella fase contrattuale il concessionario è titolare di una posizione di diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

Ma questa teoria nella pratica non riusciva a trovare una pacifica applicazione, in quanto l'interesse pubblico in talune fattispecie si lega talmente tanto con il diritto che è difficile separarli, senza che l'uno o altro giudice non invadano la sfera giurisdizionale altrui.

Questa fu la ragione per la quale le controversie relative alle concessioni beni e servizi furono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall'art. 5 della l. 6-12-1971, n. 1034, per il cui esame si rinvia al successivo paragrafo.

A tale teoria, poi, si affianca quella secondo la quale alcune concessioni vengono qualificate come provvedimenti organizzativi della pubblica amministrazione⁹, consistenti nella c.d. amministrazione indiretta o sostituzione del privato nell'esercizio di funzioni e/o servizi pubblici. È questa la tesi del contratto ad oggetto pubblico e, in particolare, del contratto accessivo a provvedimento che nelle concessioni di servizi pubblici si concretizza nell'esistenza di "un provvedimento organizzativo a cui accede un contratto - correttamente detto, in modo generico convenzione, in realtà contratto di servizio - con cui le parti fissano reciproci diritti, obblighi e obbligazioni"¹⁰.

I riflessi giurisdizionali in termini di riparto di questa teoria del c.d. "doppio grado"¹¹, seguono il doppio binario: le controversie concernenti il rapporto contrattuale spettano al giudice ordinario, quelle concernenti provvedimenti amministrati-

⁸ Importante il contributo di D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981, secondo il quale gli accordi di concessione per tutto il secolo scorso erano intesi come contratti di diritto privato; la dottrina di fine secolo introdusse una concezione di tipo pubblicistico, a cui la giurisprudenza reagì con l'adozione della figura della concessione contratto.

⁹ Cfr. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di servizi pubblici*, Milano, 1967.

¹⁰ Così GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 433 ss.

¹¹ Sull'incidenza della questione del riparto di giurisdizione per la ricostruzione del c.d. doppio grado si veda D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, 190 ss. Secondo l'Autore, la principale esigenza sottesa alla ricostruzione "a doppio grado" era quella di conferire maggiore razionalità e stabilità alla problematica del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario: il primo avrebbe conosciuto delle vicende dell'atto amministrativo (e dell'atto di revoca), il secondo delle vicende patrimoniali relative al contratto (e dell'atto di decadenza).

vi emessi nel rapporto amministrativo, anche se direttamente incidono sull'oggetto del contratto, stante la titolarità da parte del concessionario di interessi legittimi, spettano al giudice amministrativo.

Nella disamina delle varie teorie, sempre ai fini della ricostruzione delle situazioni giuridiche soggettive e del riparto, non si può tralasciare quella che affianca le concessioni alla figura degli accordi pubblici di cui all'art. 11 della l. 7-8-1990, n. 241, con conseguenti riflessi sulla giurisdizione. Se si accede alla tesi che fa rientrare le concessioni nel citato articolo 11¹², la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è quella delineata dall'art. 11 della l. n. 241/1990 e dall'art. 133, lett. a) n. 2 del codice del processo amministrativo e dunque molto più ampia, con conseguente restrizione della giurisdizione del giudice civile; se si accede alla tesi contraria¹³, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si trova circoscritta alle fattispecie descritte dall'attuale art. 133 lett. c) del codice del processo amministrativo, con i limiti e le ristrettezze ivi delineate e con uno specifico ambito di giurisdizione del giudice ordinario.

2. In materia di concessioni di servizi l'art. 5 della l. 6-12-1971, n. 1034 attribuisce al giudice amministrativo, in sede esclusiva¹⁴, la cognizione dei ricorsi contro "atti o provvedimenti relativi a rapporti di concessione" sia di beni (come ad esempio concessioni di demanio marittimo), che di servizi pubblici (ad esempio concessioni di servizi di autolinea, di servizi di tesoreria o esattoria) (co.1), riservando alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ed ai Tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche le controversie nelle materie indicate negli artt. 140-144 del t.u. acque pubbl. (co. 2)¹⁵.

¹² Si tratta della tesi dei c.d. accordi necessari, nei quali l'accordo non può prescindere dalla partecipazione del soggetto privato ai fini della produzione di certi effetti, per cui l'esercizio del potere amministrativo può avvenire solo attraverso atti convenzionali. Per una ampia ricostruzione delle diverse tesi si veda GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

¹³ È la tesi dei c.d. accordi facoltativi. Secondo questa interpretazione, con particolare riferimento agli accordi sostitutivi, tali sarebbero solo quelli in cui l'Amministrazione è titolare di una facoltà di scelta tra atto provvedimento e accordo (accordi sostitutivi come sottospecie degli accordi facoltativi). Sul punto si rinvia per tutti a: IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 144 ss.

¹⁴ Sulle origini della giurisdizione esclusiva in generale si veda POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in CIRILLO, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXII, Padova, 2014, 135 ss., il quale ricostruisce le ragioni della nascita della giurisdizione esclusiva *ab origine*.

¹⁵ L'introduzione ad opera del legislatore del 1971 della giurisdizione esclusiva secondo NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 151, era avvenuta a causa della difficoltà di comprendere se "la risoluzione unilateralmente operata dall'amministrazione concreti una revoca o una semplice dichiarazione di decadenza". Con particolare riferimento alla materia dei servizi pubblici serviva a superare incertezze giurisprudenziali che si insinuavano nella teoria del doppio binario: si vedano al proposito Cass. SS.UU. 29.12.1990, n. 1221 (in www.cassazioneonline.it) favorevole alla giurisdizione ordinaria e Cons.Stato, Sez. V, 1.4.2000, n.

Sulla base di tale previsione, sin dagli anni '90 si è affermato che appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative a rapporti di concessioni di beni e di servizi pubblici, indipendentemente dalla natura delle posizioni giuridiche dedotte e dalla fonte da cui detti rapporti traggono origine¹⁶. Si è anche ritenuto che tale giurisdizione non venga meno neppure ove si chieda la risoluzione del contratto per inadempimento degli obblighi assunti, sia che l'ente concedente non faccia ricorso a poteri autoritativi per revocare la concessione, bensì faccia valere, ad esempio, una clausola di disdetta¹⁷, sia che il concessionario chieda la risoluzione del rapporto per pretese inadempienze dell'ente concedente, nonché la condanna di quest'ultimo al ristoro dei danni relativi¹⁸.

Il citato articolo 5 è stato riformulato dall'art. 33 co. 3 del d. lg. 31-5-1998, n. 80 che ha soppresso il riferimento ai "servizi pubblici", confinando alla disciplina di detta disposizione le sole concessioni di servizi pubblici. Tale previsione – vista la parziale abrogazione del citato art. 5 della l. n. 1034/1971 – ha determinato diversi problemi applicativi dal momento che la giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici sembrava far riferimento a tutti i comportamenti dell'amministrazione – anche a quelli materiali e non solo agli atti – comprese le questioni meramente patrimoniali.

Le previsioni degli artt. 33 e 34 del d.lg. n. 80/1998 hanno senza dubbio dato una prima applicazione al criterio di riparto di giurisdizione "per materie omogenee", ove l'ampiezza delle materie sembrava superare qualsiasi dubbio di carattere costituzionale¹⁹.

La l. 21-7-2000, n. 205 reintroduceva all'art. 7, co. 1, lett. a) il contenuto precettivo dell'art. 33 confermando l'abrogazione della espressione "servizi pubblici" contenuto nel citato art. 33.

La Corte Costituzionale con sentenza 6.7.2004, n. 204 dichiarava la illegittimità costituzionale dell'art. 33, co. 1 (come sostituito dall'art. 7 lett. a) della l. n.

2078 (in www.giustizia-amministrativa.it) a favore della giurisdizione amministrativa. Per CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giornale dir. amm.*, 1999, 1221 ss., con riferimento ai servizi pubblici, la giurisdizione esclusiva si fonda su una nozione più ampia di servizio pubblico che viene ad includere "come il 'service public' francese, tutte le attività alle quali è connesso un pubblico interesse". Più in generale sul tema si veda ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205/2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss.

¹⁶ Così Cass. SS.UU. 19.7.1995, n. 7816, in www.cassazioneonline.it.

¹⁷ Cfr. Cass. SS.UU., 11.5.1998, n. 4749, in www.cassazioneonline.it.

¹⁸ Così Cass. SS.UU., 17.11.1998, n. 11578, www.cassazioneonline.it.

¹⁹ La Corte Costituzionale con sentenza 17.7.2000, n. 292 infatti, non si caricò di occuparsi di una simile tematica, bensì dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 33 co. 3 del d. lg. n. 80/1998 in quanto detta norma, attribuendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tra l'altro, anche le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, si poneva in contrasto con la legge delega n. 59 del 15.3.1997 che limitava l'estensione di tale giurisdizione alle sole controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali. In dottrina su tale sentenza si veda nota di A. Travi, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, I, 2000, 2393 ss.

205/2000), ritenendolo illegittimo nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “tutte le controversie in materia di servizi pubblici” anziché “le controversie in materia di servizi pubblici relative a concessioni di servizi pubblici, escluse quelle concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 7-8-1990, n. 241, ovvero ancora relative all’affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore”²⁰. Inoltre ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 33 co. 2, come sostituito dall’art. 7 lett. a) della l. n. 205/2000, nella parte in cui individuava esemplificativamente (“in particolare”) controversie “nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità”.

La Corte ha dunque ridisegnato l’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, precisando che la particolarità delle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva implica che in esse vi debba essere una “sicura e necessaria coesistenza o coabitazione di posizioni di interesse legittimo o di diritto soggettivo legate da un inestricabile nodo gordiano”, che rende difficile operare una distinzione tale da giustificare la deroga al tradizionale criterio di riparto²¹. In altri termini, secondo la Corte, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni

²⁰ Sulla sentenza della Corte Costituzionale del 6.7.2004, n. 204 si vedano: CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 820 ss.; TEDESCHINI, *I “comportamenti” dell’amministrazione alla ricerca del giudice perduto*, (nota a sentenza), in www.giurisprudenza.it; SCIARROTTA, *La corte costituzionale ridefinisce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, (nota a sentenza), in www.giurisprudenza.it; CLARICH, *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 969 ss.; STANCANELLI, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 (Riflessioni a caldo)*, in www.giustamm.it, n. 7/2004; SASSANI, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, in www.giustamm.it, n. 7/2004; CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in www.giustamm.it, n. 7/2004; SAITTA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d’agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2004; VIRGA, *Il giudice della funzione pubblica (sui nuovi confini della giurisdizione esclusiva tracciati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/2004)*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2004; GAROFOLI, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo la Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in CARINGELLA, DE NICTOLIS, GAROFOLI, POLI, *Il riparto di giurisdizione*, in CARINGELLA, GAROFOLI (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, Milano, 2004; PICOZZA, *Diritto dell’economia: disciplina pubblica*, Padova, 2004; SANINO, *“Tanto rumore per nulla”: l’opinione della Corte Costituzionale sul riparto delle giurisdizioni*, in www.federalismi.it; VILLATA, *Leggendo la sentenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 832 ss.; MARZARI, *Edilizia e territorio, ecco la mappa di tutte le competenze rimaste al TAR*, in *Edilizia e territorio*, n. 31/2004; FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, I, 2004, 2605 ss.

²¹ Si è ritenuto che la sentenza della Corte Costituzionale appare sorprendentemente in linea di controtendenza, proponendo di fondare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul rapporto autorità-libertà, anziché sulla contrattualizzazione dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati (Cfr. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, 345).

volta che in una fattispecie concessoria si è in presenza di esercizio di potestà pubblicistiche.

Successivamente la Corte Costituzionale è intervenuta sul tema della giurisdizione esclusiva, con la sentenza del 5.2.2010, n. 35 e con l'ordinanza n. 167 del 12.5.2011, confermando tale impostazione e ribadendo la necessità che il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di blocchi di materie, bensì di materie determinate.

Non poche sono state in dottrina le discussioni che tali interventi della Corte delle leggi hanno determinato nella ricostruzione di questa nuova giurisdizione esclusiva collegata alla necessità che l'amministrazione agisca come autorità²², con riflessi sulla ridotta rilevanza delle situazioni giuridiche soggettive nelle singole controversie ai fini del riparto di giurisdizione²³, nonché riflessi sulla nozione di servizio pubblico che – come si vedrà in seguito – con l'influenza del diritto comunitario,

²² Ciò comporterebbe, secondo SCOCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 2209 ss., che le possibili materie di giurisdizione esclusiva verrebbero a ridursi a quelle in cui sono presenti i soli interessi legittimi, con la conseguenza che la giurisdizione esclusiva nei fatti verrebbe a coincidere con quella di legittimità. In tema anche POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 974 ss., secondo il quale “se la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è ammissibile soltanto nelle controversie in relazione alle quali la pubblica amministrazione agisce come autorità (sarebbe questa la particolarità della materia), le situazioni giuridiche soggettive coinvolte dalle relative controversie sarebbero esclusivamente situazioni di interesse legittimo e non anche di diritto soggettivo”, e, conseguentemente, “della giurisdizione esclusiva non vi sarebbe più necessità (o utilità) alcuna”. Per approfondimenti in merito si rinvia a POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. I profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo, II, Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2002. Con riferimento alla giurisdizione esclusiva ed alla conoscenza da parte del giudice amministrativo anche di diritti soggettivi, si veda GRECO, *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 885 ss., il quale riferisce di una possibile “vis attrattiva a favore della giurisdizione amministrativa” di diritti soggettivi per connessione. Per una ricostruzione dettagliata del riparto di giurisdizione nei servizi pubblici pre e post sentenza della Consulta n. 204/2004 si rinvia a: MONTEODORO, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2005, 75 ss.; MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizi tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, 567 ss.

²³ Così BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a tradizione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 91 ss. secondo il quale la sentenza della Corte avrebbe “aperto un diverso percorso di superamento del criterio di riparto per situazioni soggettive”, andando oltre la rilevanza delle situazioni giuridiche soggettive sia pure non espressamente, ma facendo riferimento solo all'esercizio del potere. Contra SCOCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, *cit.*, secondo il quale proprio l'ancoraggio della giurisdizione amministrativa (anche esclusiva) all'esistenza del potere richiama in causa direttamente l'interesse legittimo che è la figura che dialoga con l'esercizio del potere. A favore di questa tesi anche MAZZAROLLI, *Sui caratteri e sui limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 214 ss., per il quale “la chiave di volta del riparto di giurisdizione è l'attribuzione al giudice ordinario della tutela dei diritti soggettivi e al giudice amministrativo di quella degli interessi legittimi”.

stava già facendo i conti con il mercato e, dunque, si avviava verso una nuova concezione sia di servizio pubblico che di concessione di servizi²⁴.

3. L'orientamento costituzionale sembra aver trovato anche una sua codificazione nel d. lg. 2-7-2010, n. 104 e s. m. e i. (Codice del Processo Amministrativo) che all'art. 7, co. 1 prevede la devoluzione alla giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi "concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo" e, dunque, i limiti della giurisdizione esclusiva sono legati alla verifica della sussistenza in ciascuna fattispecie controversa dell'esercizio o mancato esercizio del potere amministrativo. Tale previsione deve essere letta in combinato disposto con l'art. 133 lett. c), cui il codice del processo amministrativo affida il riparto di giurisdizione in materia di concessioni di beni e servizi pubblici.

Tralasciando la concessione di beni pubblici, che non costituisce oggetto di esame del presente studio, e concentrandosi sulle concessioni di servizi pubblici, con riferimento alle situazioni giuridiche soggettive presenti in tali fattispecie, non si può prescindere dall'analisi dei pubblici servizi e delle concessioni dei pubblici servizi. A tale indagine, peraltro, ci costringe la stessa dicitura utilizzata dal testo dell'attuale art. 133, lett. c) del codice del processo amministrativo²⁵ che ha eliminato l'espressione "tutte le controversie in materia di pubblici servizi" ed ha individuato diverse ipotesi:

- a. le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi;
- b. le controversie relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo;
- c. le controversie relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità.

²⁴ Rileva sul punto PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed "arbitrato" costituzionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 985 ss. che "le dicotomie autorità-consenso, pubblico-privato, diritto-interesse legittimo, nei termini così netti enunciati nella sentenza, non corrispondono più alla prassi dell'amministrazione ed al contenuto della legislazione di settore e non sembrano più idonee ad evidenziare ed isolare, anche per i cambiamenti indotti dall'ordinamento comunitario, i casi in cui vi sia esercizio della pubblica funzione e spendita del relativo potere". Sempre in chiave critica si veda anche TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte; il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, in *Foro amm.*, Tar 2004, n. 12 (suppl.), 119 ss.

²⁵ Per approfondimenti sull'art. 133 del Codice del Processo Amministrativo si veda PRIMERANO, in MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 1258 ss.; RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012, 151 ss.

La prima ipotesi, pertanto, fa riferimento a controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi.

Partendo dalla nozione di servizio pubblico, nel nostro ordinamento, si sono tradizionalmente elaborate due teorie: quella soggettiva e quella oggettiva²⁶. Secondo la prima, il servizio pubblico ricorre quando l'attività, imputabile direttamente o indirettamente allo Stato, sia volta a fornire prestazioni ai cittadini uti singuli²⁷, con conseguente approdo alla teoria delle prestazioni amministrative rese ai privati²⁸. Tale proposta ricostruttiva è stata ulteriormente sviluppata nel senso di ritenere che la nozione di pubblico servizio in senso soggettivo, può rendersi con quella di attività non autoritativa assunta da un pubblico potere²⁹. In tale ottica l'affidamento del servizio ad un privato non priva del carattere soggettivo, dal momento che ciò che rileva è la imputabilità all'organizzazione pubblica complessiva, la titolarità del servizio e non la sua gestione³⁰. La teoria oggettiva nasce dal dato costituzionale dell'art. 43 che consente la riserva o il trasferimento nel settore pubblico di imprese che si riferiscono a servizi pubblici (essenziali). Secondo questa tesi il dato costituzionale impone una nozione di servizio pubblico riferibile ad imprese private, pure in assenza di uno specifico conferimento da parte della pubblica amministrazione, nozione il cui contenu-

²⁶ Sulla nozione di servizio pubblico la bibliografia è ampia. Sulle diverse concezioni di servizio pubblico si vedano: BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1998, 32 ss.; CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 123 e ss.; CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001; CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2005, 131 ss.; VILLATA, *Pubblici Servizi*, Milano, 2003, 1 ss. Sulla classica teoria sul servizio pubblico si ricorda MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 136 ss. Per la teoria oggettiva del servizio pubblico si rinvia al noto saggio di POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964. Per un inquadramento di ordine generale dell'istituto: MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. XVII, Torino, 1970, 217 ss.; ID., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario AIPDA*, 2001, Milano, 2002, 63 ss.; CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 372 ss.; CIRIELLO, *Servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 1 ss.; FRESA, *Servizio pubblico*, in GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, 1365 ss.; ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973; MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; FERRARI, *I servizi sociali*, I, Milano, 1986; PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994; MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998; GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di "servizio pubblico"*, in *Foro amm.*, 1998, 2265 ss.; PARISIO, *Servizi pubblici e monopoli*, in PICOZZA (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Rimini, 1996; RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss.; ID., *I servizi pubblici*, in *Amministrare*, 2001, 385 ss.; CLARIZIA, *Le società miste*, in ALPA, CARULLO, CLARIZIA (a cura di), *Le S.p.a. comunali per la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998, 1 ss.; DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.

²⁷ Così DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Trattato Orlando*, VI, 1923.

²⁸ Sul punto R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956.

²⁹ Così GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 23 ss.

³⁰ Si parla a tale proposito di teoria soggettiva temperata. Cfr. CAVALLO PERIN, *Comuni e Province nella gestione di servizi pubblici*, Napoli, 1993.

to andrebbe, poi individuato, in forza dell'art. 41 della carta fondamentale nelle attività economiche indirizzate a fini di utilità generale tramite programmi e controlli³¹.

Nell'ambito delle diverse teorie sulla nozione di servizio pubblico, trova collocazione la figura della concessione di pubblici servizi, che nella teoria soggettiva rientra nella nozione classica di concessione che viene considerata un mezzo attraverso il quale si determina un ampliamento della sfera giuridica del privato, il quale acquisisce il diritto di impresa attraverso il trasferimento di diritti di esclusiva spettanza pubblica. Nella teoria oggettiva, invece, la concessione di servizi pubblici esce dalla nozione tradizionale in quanto il privato è titolare del diritto di impresa e la concessione si atteggia come uno strumento di controllo dell'attività economica, così come l'autorizzazione, dalla quale si distingue per il carattere contrattuale.

In questa dinamica, le situazioni giuridiche soggettive non mutano in relazione al classico riparto già esposto in materia di concessioni amministrative: giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sia nella fase genetica che nella fase esecutiva del rapporto, in quanto rileva l'interesse pubblico o in termini di trasferimento di funzioni pubbliche o - in termini di strumento di controllo e organizzazione dell'attività pubblica -; e giurisdizione del giudice ordinario ove sia dedotto un rapporto obbligatorio avente fonte in una pattuizione negoziale intesa a regolamentare gli aspetti meramente patrimoniali del pubblico servizio³².

Al di fuori delle controversie aventi ad oggetto concessioni di pubblici servizi rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per tutte le altre permane una situazione di assoluta incertezza³³.

4. Decisivo in questa ricostruzione appare l'impatto del diritto comunitario sia con riferimento alla nozione di servizio pubblico, sia con riferimento alla nozione di concessione di servizi che ha subito, come si vedrà, una progressiva trasformazione in chiave contrattuale, approdata all'adozione di una specifica direttiva – 2014/23/UE – che introduce una disciplina organica sulle concessioni di lavori e di servizi.

³¹ Così POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964, 46 ss. Tale tesi è stata ampiamente criticata sotto molteplici profili, ma, soprattutto, in quanto il testo costituzionale, riguardando solo la fattispecie dell'assunzione diretta, che si verifica pure quando questa prenda il posto di concessionari privati, non comporterebbe affatto l'abbandono della concessione soggettiva dei pubblici servizi. In senso critico si veda: CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 62; CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., 920; POLICE, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in MANGIAMELI (a cura di), *Servizi pubblici locali*, Torino, 2008, 473; RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna 1999, 309; DOMENICHELLI, *Dall'edilizia popolare ed economica alla edilizia residenziale pubblica*, Padova, 1984, 83; MATTARELLA, *L'attività amministrativa*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, Milano, 2000, 642; NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 204.

³² Cfr. Cass. SS.UU. 28.6.2013, n. 16304 in www.dirittodeiserviziipubblici.it.

³³ Si è ritenuto che, tranne la concessione di pubblici servizi, tutte le controversie sull'esecuzione contrattuale in materia dovrebbero essere devolute alla giurisdizione del giudice ordinario o a quella del giudice amministrativo, sulla base delle situazioni giuridiche soggettive, quasi sempre di diritto soggettivo e, quindi, rientranti nella competenza del primo. Così VOLPE, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema*, in *Urbanistica e app.*, 2005, 564 ss.

Preliminarmente occorre considerare che nel diritto comunitario il complesso fascio di situazioni giuridiche soggettive viene ridotto al livello elementare delle situazioni di base: diritto e obbligo, con l'aggiunta – per quanto riguarda le attività svolte dalle varie istituzioni comunitarie – del riconoscimento dell'esistenza di un potere discrezionale, ove peraltro alla parola “potere” viene attribuito il generico significato di “competenza” esercitabile da soggetti qualificati dall'ordinamento come autorità pubbliche.³⁴

Tale impostazione - che risponde, sotto un profilo socio economico, al passaggio dal modello dello Stato sociale di diritto allo Stato sociale di mercato - deriva dall'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia che, partendo dalla concezione della Comunità europea come ordinamento giuridico generale, sia pure sui generis, afferma che “il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi”³⁵.

Con riferimento alla nozione di servizio pubblico, il processo di liberalizzazione del diritto comunitario, che ha riguardato da sempre il settore dei servizi pubblici ha enormemente influenzato le categorie giuridiche eliminando barriere all'esercizio dell'attività economica, aprendo al mercato attività esercitate in regime di monopolio o di riserva, sicché i privati possono rendere prestazioni in regime di libera concorrenza per soddisfare bisogni di singoli o della collettività.

In questo quadro il diritto comunitario elabora nell'art. 90 del Trattato di Roma del 1957 la fattispecie di servizio di interesse economico generale³⁶ secondo cui, stante l'obbligo degli Stati membri di non adottare misure contrarie al Trattato stes-

³⁴ Così PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, 106 ss. Secondo l'Autore l'ordinamento europeo accede ad una bipartizione diritto-obbligo che si basa sulla nozione di rapporto giuridico ricostruita dalla Corte di Giustizia, applicata sia ai rapporti di diritto privato che a quelli di diritto pubblico, senza cedimenti alla teoria delle norme di azione e di relazione. L'ordinamento comunitario, poi, esaminando i parametri per accertare la responsabilità da inadempimento comunitario, ha introdotto anche la tutela di legittimi interessi (perdita di chances), che in ogni caso non mettono in discussione il citato binomio.

³⁵ Cfr. C. Giust. CE, 5.2.1963, in causa C-26/62; C. Giust. CE, 15.7.1964, in causa C-6/64, entrambe in www.curia.europa.eu.

³⁶ In dottrina sui servizi di interesse economico generale si veda: CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999, 7 ss.; SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 535 ss.; SORACE, *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza e altri interessi pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1009 ss.; ID., *I servizi “pubblici” economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1 ss.; RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001; DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003; SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004; CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizi pubblici*, Milano, 2010; CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91 ss.; ID., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.; MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998; CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

so in favore delle imprese pubbliche o alle quali vengano riconosciuti diritti speciali ed esclusivi, le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle norme del Trattato nei limiti in cui la loro applicazione non osti alla specifica missione affidata³⁷. Non viene dettata una vera e propria definizione dei servizi di interesse economico generale, essa si desume dalla previsione del Trattato, dalla prassi della Commissione e dalla giurisprudenza comunitaria³⁸.

Nell'ambito del servizio di interesse economico generale è stata ravvisata la nozione più vicina al servizio pubblico secondo l'ordinamento nazionale, anche se non identica in quanto non vi rientrano i servizi di interesse generale non economici³⁹.

Con il Trattato di Amsterdam del 1997 viene introdotto l'art. 16 (attuale art. 14 del Trattato sul Funzionamento della Unione Europea – TFUE) che conferisce valore costituzionale ai principi sui servizi di interesse economico generale nell'ordina-

³⁷ Secondo PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2017, in corso di pubblicazione, l'originario art. 90 del Trattato Cee, dunque, distingueva imprese pubbliche o private incaricate di un servizio di interesse economico generale e imprese (pubbliche o private) titolari di diritti speciali ed esclusivi. Le prime corrispondono "grosso modo" alle forme di riserva originaria mediante nazionalizzazione, collettivizzazione e comunque assunzione singolare di attività da parte di una impresa normalmente pubblica previste dall'art. 43 della Costituzione, in relazione alle fattispecie dei monopoli naturali, fonti di energia e servizi pubblici essenziali; le seconde sono oggetto di poteri di disciplina e controllo sia da parte della Commissione europea sia da parte della Corte di Giustizia.

³⁸ La giurisprudenza comunitaria attribuisce allo Stato membro il compito di dimostrare che il raggiungimento della missione di interesse generale esige l'abbandono del rispetto della libera concorrenza. Nello specifico la Corte di Giustizia specifica che le norme sulla concorrenza possono essere disapplicate anche quando mettono in pericolo non l'esistenza ma l'equilibrio finanziario dell'impresa che gestisce il servizio, con limiti alla concorrenza in settori redditizi, con compensazione della missione affidata in settori non redditizi (cfr. C. Giust. CE, in causa C-91 del 19.5.1993, in www.curia.europa.eu). In altri casi la Corte ha ritenuto sufficiente per la deroga ex art. 90.2 del Trattato che le norme del Trattato ostino all'adempimento degli obblighi specifici dell'impresa, senza che ne risulti minacciata la sopravvivenza stessa (cfr. C. Giust. CE, in causa C-157/94 del 23.10.1997, in www.curia.europa.eu). In casi più recenti, la Corte ha ritenuto che l'attribuzione all'impresa incaricata di un servizio di interesse economico generale di un diritto ulteriore in un settore distinto ma contiguo, è giustificata se ciò risulti necessario per garantire l'equilibrio economico (così C. Giust. CE, in causa C-475/2001 del 25.10.2001, in www.curia.europa.eu).

³⁹ In dottrina, sul tema del raffronto tra la nozione di servizio pubblico di diritto interno e di diritto comunitario, si veda: PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, 194 ss.; CAMMELLI, ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, 96 ss.; MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997, 108; MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998; RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2004, 276 ss.; RAMAJOLI, *Concessioni di pubblico servizi e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 1993, 330 ss.; CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. quadr. serv. pubbl.*, 1999, n. 1, 86 ss.; SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 387 ss.; SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 542 ss.; MAZZAMUTO, *La riduzione della spesa pubblica*, Torino, 2000, 131 ss.; TELESE, *Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, in *Jus*, 1999, 947 ss.; PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2001, 479 ss.

mento comunitario, tra i quali rileva l'erogazione dei servizi essenziali secondo standard di qualità ed efficienza⁴⁰.

A tale quadro si aggiunge, poi, l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona viene equiparata al diritto primario, afferma il principio fondamentale relativo all'accesso ai servizi di interesse economico generale.

Per quanto concerne la concessione di servizi, il diritto comunitario non conosce direttamente questa nozione, anche se ha ben presente gli "obblighi di servizio pubblico" espressamente indicati nell'articolo 64 del Trattato⁴¹.

Il diritto comunitario si è occupato di questo istituto, più specificamente, oltre che attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia⁴², con la Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 12 aprile 2000⁴³ che prescriveva la possibilità che l'amministrazione affidasse al privato diritti speciali o esclusivi per la

⁴⁰ In dottrina sul punto si veda RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Unione Europea*, 1998, 527; PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta di diritti dell'Unione europea: accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Unione Europea*, 2002, 633 ss.; LANG, *Articolo 16*, in POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, 133 ss.; GARDELLA, *Articolo 16*, in TIZZANO (a cura di), *Commentario ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2004, 245 ss.; AA. VV. *Servizi di interesse economico generale. Prima relazione triennale italiana*, a cura del Dipartimento delle Politiche comunitarie, 2010; MENGOLZI, *La tendenza del diritto comunitario a evolversi in senso sempre più personalistico e la disciplina generale dei servizi di interesse economico generale*, in *Contratto e impresa*, 2009, 304; COSTAMAGNA, *Direttiva 'servizi' e servizi di interesse economico generale: analisi di un rapporto difficile*, in *Il Dir. comun. scambi internaz.*, 2009, 111; CAPANTINI, *Attività amministrative private nei servizi di interesse economico generale e principi dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. Comunitario*, 2008, 71; CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 97 ss.

⁴¹ Così PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione europea. Profili e prospettive*, in CAFAGNO, A. BOTTO, FIDONE, BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 24. In realtà, prosegue l'Autore, l'art. 90 del Trattato Cee tiene volutamente distinte due figure che hanno avuto una storia successiva molto diversa: le imprese pubbliche o private, cui lo Stato riconosce diritti speciali ed esclusivi, materia pregiata delle concessioni; e le imprese pubbliche o private incaricate di una missione o meglio di un servizio di interesse economico generale (ma occorre ricordare che esistono anche i servizi di interesse generale non economico, cioè i servizi dello Stato social, diretti sia alla singola persona che alla comunità).

⁴² Cfr. C. Giust. CE, 10.11.1998, in causa C- 360/1998; C. Giust. CE, 10.4.2002, in cause C-20/01 e C-28/01; C. Giust. CE, Sez. III, 10.3.2011, in causa C-274/09 (tutte in www.curia.europa.eu), la quale precisa ulteriormente che quando la remunerazione dell'operatore economico è integralmente garantita da soggetti diversi dall'amministrazione aggiudicatrice che ha attribuito il contratto di prestazione di servizi di soccorso, e tale operatore economico incorre in un rischio di gestione, sia pure ridotto, in quanto l'importo dei corrispettivi d'uso dei servizi dipende dall'esito delle trattative annuali con soggetti terzi e non gli è garantita una copertura integrale dei costi sostenuti nell'ambito di una gestione delle sue attività conforme ai principi sanciti dal diritto nazionale, tale contratto deve essere qualificato come contratto di concessione dei servizi ai sensi dell'art. 1 n. 4 della direttiva 2004/18/CE. Sulla nozione di rischio nella concessione si rinvia anche alla sentenza della C. Giust. CE, 13.10.2005, in causa C-458/03 in *Urbanistica e app.*, 2006, 31 con nota di LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*.

⁴³ Pubblicata su GUCE 121 del 29.4.2000. In dottrina sul punto si veda BARONE, BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, spunti ricostruttivi*, in *Foro it.*, IV, 2000, 389 ss.

gestione dei servizi mediante un “atto contrattuale” oppure mediante “un atto unilaterale che abbia ricevuto il consenso di tale soggetto”. Più specificatamente la Commissione al § 2.2. prevedeva che si ha concessione “quando l’operatore si assume i rischi di gestione del servizio (su istituzione e gestione) rifacendosi sull’utente soprattutto per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone”.

Nell’ordinamento comunitario, pertanto, diventano centrali nel “rapporto concessorio” gli elementi economici e gestionali, nel senso che è necessario che il concessionario assuma il rischio di gestione di un servizio reso al pubblico.

Tali orientamenti approdano, nella direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004⁴⁴, alla definizione di concessione di servizi come “quel contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo” (art. 1, § 4)⁴⁵.

Tale definizione ha da sempre confinato la nozione di concessione di servizi in un costante rapporto di differenza o similitudine con quella di appalto, anche con riflessi in tema di riparto di giurisdizione.

Anche nell’ordinamento italiano si è accolta la definizione della concessione come contratto⁴⁶, come qualificazione non meramente nominalistica, ma sostanzialistica, dal momento che il contratto di concessione presenta le stesse caratteristiche del contratto di appalto di servizi, con coincidenza della connotazione strutturale e del regime giuridico (contrattuale) del rapporto⁴⁷. In questa ottica, pertanto, l’elemento caratteristico dello strumento concessorio non sembra più ravvisarsi nella delega o trasferimento di poteri pubblicistici⁴⁸, bensì in un dato

⁴⁴ Relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi pubblicata in GUCE 134 del 30.4.2004.

⁴⁵ In dottrina l’utilizzo del termine contratto è stato oggetto di diverse interpretazioni. Per VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008, 106 ss., con riferimento alla qualificazione della concessione come contratto dettata dall’art. 3 del Codice dei Contratti – d.lg. n.163/2006 – il dato non è significativo, sia perché è dubbia la identificazione di siffatta categoria con l’atto di affidamento di servizi pubblici, sia perché l’intendimento del legislatore comunitario era quello di tracciare un confine tra appalti e concessioni di servizi e non di fornire una nozione generale e di incidere sulla potestà organizzativa degli Stati membri. Per FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir., Annuali, I*, Milano, 2007, 250, il riferimento nominalistico al contratto di concessione lascerebbe impregiudicato il rapporto concessorio per come ricostruito nei singoli ordinamenti nazionali, ai quali spetterebbe la competenza esclusiva nella disciplina dei servizi pubblici e l’Autore auspica una “certa circospezione nell’esaltazione del dato letterale che da essa può essere estrapolato, atteso che, spesso, l’impiego di alcune formule letterali può derivare dalla preoccupazione del legislatore comunitario di utilizzare pragmaticamente una locuzione valida per tutti gli ordinamenti”.

⁴⁶ Cfr. art. 3, co. 12 d.lg. n. 163/2006 che riprende integralmente l’art. 1 § 4 della direttiva 18/2014/CE.

⁴⁷ Per approfondimenti e riflessioni sul tema si rinvia a PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in FRANCHINI, *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, Torino, 2007, 17 ss.

⁴⁸ Secondo la ricostruzione tradizionale di ZANOBINI, *L’esercizio privato delle funzioni pubbliche e dei servizi pubblici*, in ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, II, pt. 3, Milano, 1920, ripresa dalla giurisprudenza comunitaria che individua il criterio distintivo tra appalto e concessione nel

economico, ossia il trasferimento del rischio imprenditoriale sul concessionario privato.⁴⁹

Il precedente Codice dei contratti (D.lg 12-4-2006, n. 163) dedicava un solo articolo alla materia delle concessioni di servizi (art. 30) che, nel prevedere la mancata applicazione delle disposizioni del Codice alle concessioni di servizi, individuava il carattere specifico della concessione di servizi unicamente il diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio quale controprestazione a favore del concessionario.

5. Il quadro normativo è totalmente cambiato con la Direttiva 2014/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26-2-2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione che, per la prima volta, ha introdotto una disciplina comunitaria sul fenomeno concessorio nel suo complesso, obiettivo che non era stato centrato con l'intervento affidato alle direttive del 2004⁵⁰.

Con la nuova direttiva si supera la definizione derivante dalla differenza tra concessione e appalti e si addivene ad una specifica definizione di concessione di servizi (art. 5, § 1, lett. b) come "contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi, diversi dall'esecuzione dei lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo". Tale definizione viene completata dall'art. 5, § 2, secondo il quale "l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o

trasferimento di poteri al concessionario (cfr. C. Giust. CE, 26.4.1994, in causa C. 272/1991, in www.curia.europa.eu).

⁴⁹ In questo senso è orientata anche la giurisprudenza nazionale che ravvisa l'elemento distintivo tra concessione e appalto nella traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato. Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6.6.2011, n. 3377, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰ Sulle concessioni nella nuova direttiva europea si veda: CONTESSA, *Le concessioni nella nuova direttiva europea*, in CONTESSA, CROCCO, *Appalti e concessioni – Le nuove direttive europee*, Roma, 2015; PAJNO, TORCHIA, CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 1136 ss.; CAFAGNO, BOTTO, FIDONE, BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico privati*, Milano, 2013; RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei Contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, 2014, 741 ss.; GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2015, 1095 ss.; TONETTI, BRACALETTI, *La disciplina europea delle concessioni in funzione degli investimenti: questioni aperte e prospettive di un recepimento*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, Paper Astrid, versione giugno 2015; FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2015, 101 ss.; CARTEI – RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e PPP: temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015; FERRARO, *La disciplina delle concessioni nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2014, 865 ss.

entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile”.

È evidente che tale impostazione determina la necessità di porsi, sotto un profilo sostanziale, un interrogativo circa la compatibilità della nozione comunitaria di concessione di servizi con quella nazionale e, più propriamente, con quella di concessione di servizi pubblici⁵¹, che in questa sede viene esaminata ai fini dell'indagine relativa alla evidenza delle situazioni giuridiche soggettive in questi nuovi istituti, con conseguente esame degli eventuali riflessi in termini di riparto di giurisdizione. Tale operazione si appalesa delicata e complessa in quanto l'istituto comunitario, non si poggia su una *tabula rasa* ma va ad incidere su istituti giuridici, su un ordito normativo e giurisprudenziale interno consolidato nel tempo e categorie logiche concettuali ormai esistenti in un impianto dall'origine più che secolare⁵².

La nozione tradizionale di concessione di servizi e, conseguentemente, di concessione di servizi pubblici – sia pure sempre in bilico, tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo e tra diritto privato e diritto pubblico – entra in crisi perché quella comunitaria, dettata dalla nuova direttiva, è decisamente sbilanciata verso l'universo privatistico, essendo a tutti gli effetti qualificata come contratto⁵³.

Il soggetto concessionario, infatti, che ha impegnato dottrina e giurisprudenza a compiere notevoli sforzi per qualificarlo in termini pubblicistici, per il diritto comunitario è un contraente, a nulla rilevando la sua natura pubblica o privata. Si è di fronte a due concezioni completamente opposte del fenomeno concessorio che, nel diritto interno, incarna il binomio autorità-autonomia privata, in cui l'agire amministrativo rileva in termini di potere e di interesse pubblico, mentre nel diritto comunitario, indifferente alle dinamiche dei rapporti di potere interni agli Stati mem-

⁵¹ Per quanto attiene l'impatto della direttiva sul nostro tradizionale istituto concessorio si rinvia a GRECO, *La Direttiva in materia di "concessioni"*, testo rielaborato della relazione presentata al Convegno di Varenna del 17-18.9.2015, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo il quale la direttiva "concessioni" ci presenta un istituto qualitativamente assai simile all'appalto, con il medesimo regime relativo ai mezzi di ricorso e con una impronta privatistica e commerciale ancora più spiccata, dato che il suo elemento differenziatore e caratterizzante è costituito dalla traslazione del rischio operativo, e, comunque, dall'assunzione da parte del concessionario di rischi superiori a quelli normalmente sopportati dall'appaltatore, così introducendo elementi di vera e propria aleatorietà in un rapporto di per sé commutativo”.

⁵² Così CONTESSA, *Le concessioni di lavori e di servizi tra tradizione nazionale e impulsi comunitari: le novità del 'Codice De Lise'*, in giustamm.it.

⁵³ Come osserva PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione europea. Profili e prospettive*, in CAFAGNO, BOTTO, FIDONE, BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit., 37, affermare che la concessione è un contratto significa demolire la teoria della concessione amministrativa e perfino quella del contratto ad oggetto pubblico.

bri, incarna il binomio obbligo-pretesa, in cui l'agire amministrativo rileva sotto un profilo economico e contrattuale.

Per la prima volta non si definisce la concessione in analogia o differenza con l'appalto, bensì si detta una specifica definizione di concessione di servizi come contratto.

Si tratta di un contratto avente natura sinallagmatica ed onerosa: quanto al profilo sinallagmatico, perché a seguito della stipula sorgono prestazioni caratterizzate dalla corrispettività e dall'interdipendenza reciproca⁵⁴; quanto al profilo oneroso, perché il concessionario opera a vantaggio della collettività ed indirettamente dell'amministrazione⁵⁵.

Il problema di compatibilità si pone, come si è anticipato, anche tra la nozione comunitaria di concessione di servizi e quella nazionale di servizi pubblici, in quanto a livello comunitario, come sottolineato dalla Commissione nella Comunicazione interpretativa del 2000, determinante è il rischio effettivo della gestione dell'attività, da determinare caso per caso, più che l'elemento della gestione del servizio come controprestazione, a prescindere dal fatto che l'oggetto del contratto sia un servizio pubblico o meno. E ciò diversamente dall'ordinamento nazionale, ove più che il meccanismo di remunerazione dell'investimento ed il rischio della gestione, rileverebbero due aspetti: la natura (pubblica o meno) del servizio da svolgere, e l'intenzione dell'amministrazione pubblica di delegare all'operatore lo svolgimento del servizio (pubblico) ad un soggetto privato. Tali aspetti non rilevano nel diritto comunitario come anche nella giurisprudenza comunitaria, e l'elemento che maggiormente rende difficile l'operazione di comparazione tra l'istituto comunitario e

⁵⁴ Elementi che per BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 488 rappresentano la caratteristica dei contratti sinallagmatici.

⁵⁵ Per BIANCA, *Diritto civile*, cit., 493, un contratto permane di natura onerosa anche se la parte riversa il vantaggio a favore di altri, poiché tale risultato è raggiunto mediante un atto di disposizione contrattuale. A favore della natura contrattuale della concessione di servizi cfr. RICCIUTO, NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Napoli, 2010; CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012. Non sono mancate in dottrina resistenze pubblicistiche alla ricostruzione contrattuale della concessione di servizi, soprattutto qualora sia coinvolto un pubblico servizio. Così FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., 260 secondo il quale la nozione codicistica della concessione di servizi non sembra riferibile a quei servizi rivolti al pubblico. In tal senso anche CALDERONI, *La 'nuova' concessione di servizi*, in MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privata e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, il quale ritiene che in presenza di un servizio pubblico, ciò che rileva non sono i profili economici o il rischio di gestione, bensì la valenza pubblicistica dell'oggetto che determina un trasferimento non solo di potestà pubblicistiche, ma anche di diritti esclusivi o speciali in capo al privato. Più in generale sulla concessione di pubblico servizio si veda: ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di pubblici servizi*, Rimini, 1988; ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 519; CAVALLO PERIN, *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *Dir. amm.*, 1994, 113 ss.; ROMANO, PERICU, ROVERSI MONACO (a cura di), *La concessione di servizio pubblico*, Milano, 1995; PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in PERICU, ROMANO, SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995; CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998; GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1998, 381 ss.

quelli nazionali è dettato dalla circostanza che, ai fini della qualificazione di una concessione di servizi, non rileva la natura “pubblica” del servizio.

Il legislatore nazionale, in sede di recepimento della direttiva, ha seguito l’orientamento comunitario dettando l’oggetto e l’ambito di applicazione della nuova disciplina nazionale in tema di concessioni negli art. 164 e ss. del d.lg. 18-4-2016, n. 50⁵⁶, definendo all’art. 3 lett. vv) la concessione di servizi “un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall’esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi”⁵⁷. Sulla scia del legislatore comunitario, dunque, quello nazionale introduce una disciplina totalmente nuova dedicata alle concessioni, regolando, nello specifico, i principi, le garanzie procedurali e l’esecuzione del rapporto concessorio. La nozione di concessione elaborata nel Codice ricalca quella comunitaria di contratto caratterizzato dal trasferimento del rischio operativo e sottoposto alle regole economiche e di mercato.

6.: 6.1 Tale scelta operata dal legislatore nazionale, che evidenzia la volontà di convergere verso una visione contrattualistica della concessione di servizi, non può non essere attentamente valutata al fine di verificare l’impatto che essa ha sia in termini di situazioni giuridiche soggettive rilevanti nelle singole fattispecie, sia in termini di riparto di giurisdizione.

L’esame può essere condotto innanzitutto analizzando distintamente la fase di affidamento delle concessioni da quella di esecuzione delle medesime.

Per quanto attiene alla fase di affidamento delle concessioni di servizi, e direi anche di concessioni di servizi pubblici, essa rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133 co. 1 lett. e) che prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella

⁵⁶ Tale testo noto come Codice dei Contratti, è stato modificato dal d. lg. 19-4-2017, n. 56 e dalla l. 21-6-2017, n. 96.

⁵⁷ Sulle concessioni nel nuovo codice si veda: DE NICOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, 1990 ss.; MACCHIA, *I contratti di concessione*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 476 ss.; RICCHI, *L’architettura dei contratti di concessione e di PPP nel nuovo codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 50/2016*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29.7.2016; CERUTI, *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urbanistica e app.*, 2016, 637 ss.; CONTESSA, *Le nuove regole dell’affidamento delle concessioni*, in *Urbanistica e app.*, 2016, 933 ss.; CARTEI, *Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal codice de Lise*, in *Urbanistica e app.*, 2016, 919 ss.; GAZ, *La nuova disciplina delle concessioni*, in www.lexitalia.it, 26.10.2016; MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2017; ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici, Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2017.

scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica.

La giurisprudenza amministrativa prevalente sul punto, sia pure con riferimento al tema dell'applicazione del rito appalti alle concessioni di servizi, ritiene che l'espressione "affidamento di servizi" usata dal legislatore, sia da intendersi riferita sia agli appalti che alle concessioni di pubblico servizio per ragioni testuali e sistematiche⁵⁸.

Tale orientamento sembra trovare oggi maggiore conforto nella nuova disciplina dettata in materia di concessioni di servizi in quanto per effetto della Direttiva 2014/23/UE il legislatore nazionale è stato chiamato, ad ampliare il proprio orizzonte, sicché l'istituto concessorio viene ad assumere, nel nuovo codice una connotazione potenzialmente diversa da quella tradizionale – seppure incentrata, ancora, sul fondamentale criterio discretivo della traslazione del rischio in capo al concessionario ("caratteristica precipua delle concessioni") – e ad innestarsi in un contesto giuridico europeo di libertà, che vede questa tipologia contrattuale seguire, pur con tutte le peculiarità delle sue caratteristiche, gli schemi degli appalti di lavori e di servizi⁵⁹.

Dunque l'omogeneizzazione degli appalti e delle concessioni sotto il profilo dell'affidamento e, conseguentemente, anche del rito dell'evidenza pubblica, avvalorano la ricorrenza della giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 lett. e) del codice del processo amministrativo con riferimento alla fase dell'affidamento.

Tutti i contratti di concessioni di servizi che vengono affidati mediante procedure di aggiudicazione indette dalle amministrazioni aggiudicatrici, che ai sensi dell'art. 164 del Codice dei contratti sono assoggettati alle disposizioni contenute nella parte I e nella parte II del Codice, dunque, rientrano – per la fase di affidamento – nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 lett. e), con conseguente estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia della concessione a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, così come accade per i contratti.

Tale tesi sembrerebbe riguardare anche i servizi pubblici locali ed infatti lo schema di d. lg. recante "Testo Unico dei Servizi Pubblici Locali di interesse economico generale" (che non è stato mai approvato), nel prevedere le diverse modalità di affidamento del servizio (gara con procedura ad evidenza pubblica, affidamento a socie-

⁵⁸ Tra le altre Cons. Stato, Sez. V, 1.8.2015, n. 3775; Cons. Stato, Sez. III, 29.5.2015, n. 2704; Cons. Stato, Sez. VI, 29.1.2015, n. 416; Cons. Stato, Sez. V, 28.7.2014, n. 3989, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Come precisato dalla sentenza del Cons. Stato, Sez. III, 12.5.2016, n. 1927, in www.giustizia-amministrativa.it, "tale orientamento valorizza, in particolare, l'argomento testuale secondo cui la disposizione considera in modo unitario la procedura di affidamento senza operare alcuna distinzione tra appalti e concessioni di pubblici servizi, sì che essa non può che intendersi riferita anche all'"affidamento di ...servizi mediante concessione" (v. art. 3 co. 36 del d.lg. n. 163/2006). Contra *ex plurimis* Cons. Stato, Sez. V, 16 giugno 2003, n. 3354, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁹ Così parere del Consiglio di Stato n. 855 del 1.4.2016 reso dalla Commissione speciale sul nuovo codice dei contratti pubblici, in www.giustizia-amministrativa.it.

tà mista con socio scelto con gara, affidamento in house), richiama espressamente all'art. 7 le disposizioni in materia di contratti pubblici.

D'altra parte questa tesi appare avvalorata anche dalla Adunanza Plenaria n. 22 del 2016⁶⁰ secondo la quale alle procedure di affidamento di concessioni di lavori e servizi pubblici si applica il rito speciale per gli appalti di cui all'art. 120 del codice del processo amministrativo.

Per quanto attiene, invece, la fase di esecuzione delle concessioni di servizi, essa merita una riflessione più attenta alla luce della ricostruzione sin qui effettuata con riferimento al riparto di giurisdizione.

In materia di concessioni di servizi pubblici, infatti, ai sensi dell'art. 133 lett. c) del codice del processo amministrativo la giurisdizione esclusiva non riguarda solo la procedura di affidamento, ma anche la fase di esecuzione del rapporto concessorio, con esclusione delle sole questioni di indennità, canoni e altri corrispettivi.

Come si è visto, la concessione di servizi è piegata alle esigenze del mercato, infatti il concessionario è scelto mediante procedure ad evidenza pubblica ed è un partner privato che agisce sul mercato ed è soggetto alle regole concorrenziali.

Nell'esecuzione del rapporto concessorio, qualificato come contratto, non c'è più spazio per situazioni giuridiche in cui si radichi la giurisdizione esclusiva in base all'esercizio mediato del potere, secondo la ricostruzione sopra ricordata della giurisdizione esclusiva in materia di concessioni di servizi pubblici. Si tratta di rapporti nei quali la pubblica amministrazione non agisce come autorità, né agisce esercitando il potere autoritativo o la facoltà di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo secondo i canoni dettati dalla Corte Costituzionale dalla sentenza n. 204/2004 in poi.

Nella fase di esecuzione le parti sono su un piano assolutamente paritario, che si riassume nella titolarità di diritti ed obblighi e nella titolarità di diritti soggettivi perfetti.

Se, infatti, la concessione di servizi viene qualificata un contratto, così come l'appalto, la cui esecuzione rientra pacificamente nella giurisdizione del giudice ordinario, non può essere la diversa qualificazione come concessione o come appalto, a radicare un diverso riparto di giurisdizione.

Esistono, infatti, fattispecie che la giurisprudenza qualifica appalti poiché il corrispettivo è pagato direttamente dall'amministrazione, in cui però la prestazione è

⁶⁰ Sul punto si veda Consiglio di Stato Ad. Pl. 27.7.2016, n. 22 e, in dottrina. CIRILLO, SANTORO, *Applicabilità del rito speciale dei contratti pubblici alle concessioni di servizi e presupposti per il riconoscimento del beneficio della rimessione in termini*, in TOSCHEI (a cura di), *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato, Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2016*, Roma, 2017, 545 ss.; RUSSO, *Nota a Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria Sentenza 27 luglio 2016, n. 22. Ambito applicativo del combinato disposto degli artt. 119 e 120 c.p.a. ed affidamenti di concessioni di servizi pubblici*, in www.ildirittoamministrativo.it; LAT-TANZI, *Concessioni di servizi e c.d. rito appalti: un dubbio che non aveva ragione di porsi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 251 ss.

resa sempre a vantaggio diretto della collettività, investendo profili di pubblico interesse⁶¹.

L'esistenza di un duplice criterio di riparto, soprattutto con riferimento ai servizi pubblici locali, a seconda che il rapporto negoziale sia ricostruito come concessione o come appalto, è foriero di un grave pregiudizio per le esigenze di certezza e di effettività della tutela⁶².

Se dunque nella concessione di servizi il rapporto è qualificato come contrattuale, la fase di esecuzione del rapporto non può che riguardare essenzialmente il rispetto dei diritti e degli obblighi reciprocamente assunti dalle parti, non c'è posto per l'esercizio del potere, e i diritti nascenti dal contratto, quali diritti soggettivi puri, rimangono operanti, sicché competente a conoscerne è il giudice ordinario.

D'altra parte, come si è visto, l'esigenza di concentrare presso un'unica giurisdizione – quella amministrativa – tutte le controversie afferenti il rapporto concessorio, viene ancorata all'esercizio del potere ed agli interessi pubblici che lo strumento concessorio è tipicamente destinato a realizzare, ancorché accanto al profilo autoritativo si affianchi un aspetto strettamente privatistico, relativo ai rapporti patrimoniali tra amministrazione concedente e privato concessionario.

In passato tale profilo era particolarmente valorizzato ponendo in rilievo l'effetto traslativo di pubblici poteri che nella concessione si determinava⁶³.

Oggi, come sottolineato anche dalla giurisprudenza amministrativa, “per la decisiva spinta del diritto comunitario, i profili di stampo pubblicistico risultano fortemente attenuati, tantoché l'art. 3 comma 12 cod. contratti pubblici assimila le concessioni di servizi agli appalti di servizi, salvo che per la remunerazione del prezzo in quanto non proveniente dall'amministrazione ma attraverso la gestione economica del servizio medesimo e dunque dall'utenza privata”⁶⁴.

Ciononostante il giudice amministrativo non perviene alle dovute conseguenze di tale importante affermazione, in quanto sostiene che “non vi è tuttavia dubbio sul fatto che il rapporto trilaterale che nelle concessioni si instaura rende l'interesse pubblico comunque predominante anche nel corso dell'esecuzione del rapporto scaturente della concessione”⁶⁵.

⁶¹ È questo il caso della gestione del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani (cfr. Cass., SS.UU., ord. 22.8.2007, n. 17829, in www.cassazioneonline.it), oppure quello dell'erogazione di prestazioni assistenziali riabilitative domiciliari che sono state ricondotte al concetto di servizio pubblico, pur ricostruendo il rapporto negoziale come contratto di diritto privato (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19.3.2009, n. 1623, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁶² Così VOLPE, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze ed incertezze del sistema*, in *Urbanistica e app.*, 2005, 453 ss.

⁶³ Cfr. Cass. SS.UU. 8.8.1990, n. 8058; Id., ord. 3.12.1991, n. 12966; Id., ord. 9.5.2002, n. 6687, tutte in www.cassazioneonline.it.

⁶⁴ Così Cons. Stato, Sez. V, 12.11.2013, n. 5421, in www.giustizia-amministrativa.it. Per approfondimenti su tale pronuncia si rinvia a MOLITERNI, *Il giudice dei servizi pubblici e l'“araba fenice” del criterio dell'interesse pubblico*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 148 ss.

⁶⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12.11.2013, n. 5421, in www.giustizia-amministrativa.it.

Oggi tale affermazione sembra meritare una rimeditazione e, soprattutto alla luce della nuova direttiva sulle concessioni, deve essere portata alle sue estreme conseguenze.

Occorre considerare, infatti, che la direttiva in primis ed il legislatore in sede di redazione del nuovo Codice dei Contratti, hanno disciplinato l'esecuzione del contratto di concessione⁶⁶, regolando gli affidamenti infragruppo, la modifica del contratto, il subappalto e la cessazione del rapporto contrattuale. Sotto tale profilo rileva in particolare l'art. 176 del Codice dei Contratti che disciplina espressamente le ipotesi di cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro nei contratti di concessione.

Dunque per le concessioni di servizi, anche di servizi pubblici locali per il richiamo operato dallo schema di d.lg. del Testo Unico sui Servizi Pubblici, aggiudicate secondo le procedure di aggiudicazione disciplinate dal codice, vale il riparto di giurisdizione dettato dall'art. 133 lett. e) del codice del processo amministrativo per gli appalti e, dunque, viene rimessa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative, nonché – ai sensi dell'art. 133 lett. e) n. 2) - le controversie relative al divieto di rinnovo tacito delle concessioni di servizi, relative alla clausola di revisione del prezzo e all'adeguamento dei prezzi, mentre al giudice ordinario spetta la fase di esecuzione del contratto.

Secondo un criterio classico fondato sulla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo, vengono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto (rectius della concessione di servizi), riguardanti eventi successivi al momento della stipula del medesimo⁶⁷. Rientrano anche nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto l'atto prodromico alla stipula di un contratto laddove si limiti a consentire l'attivazione di trattative e l'eventuale stipula di un contratto, in quanto la materia del contendere è costituita non dal sindacato sulla legittimità di un atto di imperio, ma dal giudizio sulla fondatezza dei vizi addebitati ai contratti che, secondo il fondamentale principio affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004, esula dalla giurisdizione amministrativa⁶⁸.

⁶⁶ Per approfondimenti si rinvia a: ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017, II, 1927 ss.; DE NICCOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017, cit.*, 1990 ss.

⁶⁷ Cfr. Cass. SS.UU., ord. 22.4.2012, n. 5446, in www.cassazioneonline.it; Cons. Stato Ad. Pl. 30.7.2008, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁸ È la questione affrontata e risolta dal Cons. Stato, Ad. Pl. 5.5.2014, n. 13, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha ritenuto non sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso di impugnazione di un atto con cui una giunta regionale, ravvisata la violazione da parte degli istituti bancari degli obblighi di corretta e completa informazione, annulli d'ufficio una sua precedente deliberazione che aveva autorizzato la negoziazione e la stipula di contratti di derivati c.d. swaps, trattandosi di un mero artificio che non impedisce di comprendere che la materia del contendere è rappresentata dal giudizio sulla fondatezza dei vizi addebitati ai contratti.

Rientrano anche nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative a penalità previste per inadempienze contrattuali⁶⁹; quelle relative all'interpretazione di clausole contrattuali⁷⁰; quelle concernenti i vizi del contratto, anche ove si tratti di invalidità derivata dal procedimento amministrativo presupposto⁷¹, quelle riguardanti la risoluzione del contratto di subappalto in considerazione di una informativa prefettizia antimafia⁷².

In particolare, il problema si pone per la disciplina introdotta dall'art. 176 del Codice dei contratti in materia di cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento della concessione, fattispecie per le quali, con riferimento al tema del riparto, occorre interrogarsi sulla natura giuridica degli atti di risoluzione e, soprattutto, sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive rilevanti in queste ipotesi di scioglimento unilaterale del contratto e di risoluzione.

Se dunque, secondo tale tesi, la fase di esecuzione spetta al giudice ordinario, *quid juris* della giurisdizione esclusiva dettata dall'art. 133 lett. c) del codice del processo amministrativo per le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi?

Sembrano prospettarsi due diverse ipotesi interpretative.

La prima è quella di ritenere che tale norma abbia carattere residuale rispetto all'art. 133 lett. e) del codice del processo amministrativo, nel senso di ritenere che in essa rientrano solo ed esclusivamente le concessioni di servizi pubblici che non siano oggetto di affidamento secondo le procedure ad evidenza pubblica e quelle che non rientrano nella previsione dell'art. 164 del Codice dei contratti, ad esempio i servizi non economici di interesse generale⁷³, nei quali possono rientrare, in linea di massima, i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica che, dunque, non sono qualificabili come contratti; oppure le concessioni nelle quali non si determina la traslazione del rischio operativo⁷⁴.

In questo caso opera la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche per la fase di esecuzione, tranne i rapporti meramente patrimoniali concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi. La stessa giurisprudenza, nel ricostruire il riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, accerta sempre la sussistenza dell'esistenza dell'azione autoritativa della pubblica amministrazione e, dunque, ove le posizioni soggettive attive azionate siano riconducibili nell'alveo dei diritti soggettivi, radicano la giurisdizione del giudice ordinario.

⁶⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25.7.2012, n. 4224, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁰ Cfr. TAR Molise, 16.7.2013, n. 491, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 7.7.2011, n. 4083, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷² Cfr. TAR Toscana, Sez. II, 16.12.2013, n. 1722, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷³ Anche se l'art. 19 della direttiva prendeva in considerazione i servizi sociali per fornire una disciplina meno rigorosa ai fini della procedura di affidamento.

⁷⁴ Il 17° considerando della Direttiva 2014/23/UE, infatti, sottolinea che “i contratti che non implicano pagamenti al contraente e ai sensi dei quali il contraente è remunerato in base a tariffe regolamentate, calcolate in modo da coprire la totalità dei costi e degli investimenti sostenuti dal contraente per la fornitura del servizio, non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva”.

Con riferimento, infatti, alla giurisdizione del giudice ordinario in materia di concessioni per le controversie concernenti “indennità, canoni o altri corrispettivi”, la Suprema Corte afferma che se la contrapposizione tra le parti si presta ad essere schematizzata secondo il binomio “obbligo-pretesa”, senza che assuma rilievo un potere d’intervento riservato alla pubblica amministrazione per la tutela di interessi generali, la giurisdizione è del giudice amministrativo; se la controversia esula da tali limiti e coinvolge la verifica dell’azione autoritativa della pubblica amministrazione sull’intera economia del rapporto concessorio, il conflitto tra pubblica amministrazione e concessionario si configura secondo il binomio “potere-interesse” restando conseguentemente attratto nella sfera della competenza giurisdizionale del giudice amministrativo⁷⁵.

La seconda tesi è invece quella di considerare l’art. 133 lett. c) del codice del processo amministrativo norma speciale rispetto a quella dettata dall’art. 133, lett. e) del codice del processo amministrativo e, dunque, ritenere che trovi applicazione a tutte le concessioni di servizi, anche pubblici, con particolare attenzione alla fase esecutiva dove, nei rapporti concessori, stante la qualificazione della concessione di servizi come contratto, non rileva tanto la ponderazione dell’interesse pubblico rispetto ad interessi privati, bensì l’accertamento delle inadempienze rispetto alle quali emergono solo diritti ed obblighi.

Si torna, pertanto, alla tesi della rilevanza delle situazioni giuridiche azionate in giudizio basata sulla Costituzione quale riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo. La giurisdizione, quindi, si determina in base alla domanda e, ai fini del riparto della stessa tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non tanto la prospettazione compiuta dalla parti, quanto il *petitum* sostanziale, che va identificato soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia dell’intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio e individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscano manifestazione.⁷⁶

In quest’ottica, considerata la qualificazione delle concessioni di servizi come contratti, le parti si trovano in sede di esecuzione contrattuale in posizione paritetica per cui non vi è spazio per l’esercizio mediato del potere amministrativo richiesto dalla Corte Costituzionale per la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo. Nella fase esecutiva, trattandosi di un rapporto negoziale, i contraenti si trovano sullo stesso piano giuridico e, controvertendosi su diritti soggettivi, la giurisdizione è del giudice ordinario con riferimento a controversie riguardanti requisiti, effetti e patologie funzionali, sia riferite al momento genetico che a quello funzionale del contratto.

Si accede, pertanto, ad una tesi di giurisdizione esclusiva ristretta, derivante dalla nuova concezione delle concessioni di servizi, esclusa, secondo quanto previsto dalla Corte costituzionale, tutte le volte in cui venga in rilievo una controversia - anche

⁷⁵ Cass.SS.UU., ordinanze n. 2261/2006; n. 7861/2001; n. 22233/2016, tutte in www.cassazioneonline.it.

⁷⁶ Cfr. *ex plurimis* Cass. SS.UU., ord. 28.5.2013, n. 13178; Cass. SS.UU., ord. 11.10.2011, n. 20902; Cass. SS.UU., ord. 25.6.2010, n. 15323, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

diversa da quella concernente indennità, canoni o altri corrispettivi – per lesione di diritti soggettivi in relazione ai quali non vi sarebbe un coinvolgimento di poteri amministrativi⁷⁷, bensì la tutela di diritti soggettivi perfetti all'esecuzione del contratto ed alle controprestazioni conseguenti. Il reale oggetto del giudizio, dunque, non è l'esercizio di una pubblica funzione da parte dell'Amministrazione, ma soltanto il rapporto convenzionale intercorrente tra le parti e le relative e reciproche posizioni di diritto soggettivo e di obbligo.

6.2 In una prospettiva più ampia e non del tutto chiara, è necessario però avvertire che la prospettiva generale, e quindi il riparto di giurisdizione, potrebbero cambiare qualora fosse approvata una normativa generale sui c.d. beni comuni⁷⁸.

Recentemente la dottrina, nel corso di un'ampia indagine sulla proprietà pubblica dei beni comuni⁷⁹, ha sottolineato un progressivo assoggettamento dei beni pub-

⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, V. 17.5.2005, n. 2461, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha dichiarato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in una controversia avente ad oggetto la decadenza di una convenzione relativa alla concessione del servizio di gestione delle entrate comunali, ritenendo che gli atti, sebbene rappresentino anche il risultato di valutazioni discrezionali da parte dell'Amministrazione, operano pur sempre nell'ambito paritetico del contratto e non costituiscono esplicazione di un potere di natura pubblicistica, ma esercizio di una facoltà accordata dalla legge e dalla convenzione ad uno dei contraenti; essi, per ciò stesso, non sono idonei a determinare una degradazione a interesse legittimo del diritto soggettivo all'esecuzione del contratto. Cfr. altresì TAR Lombardia, Brescia, 27.6.2005, n. 673, in www.giustizia-amministrativa.it che ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario in una controversia avente ad oggetto l'accertamento di inadempimenti della Provincia nell'esecuzione di una concessione del servizio di custodia e gestione dell'impianto di depurazione e di cogenerazione, destinato alla raccolta, trattamento, ed allo smaltimento finale degli scarichi.

⁷⁸ La Commissione nominata con il decreto del Ministro della giustizia del 14.6.2007 (c.d. Commissione Rodotà) veniva incaricata di redigere uno schema di disegno di legge delega per la riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici ed ha consegnato al Ministro, nel febbraio del 2008, una proposta avente ad oggetto "elaborazione dei principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo per la novellazione del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile nonché di altre parti dello stesso Libro ad esso collegate per le quali si presentino simili necessità di recupero della funzione ordinante del diritto della proprietà e dei beni". Per un approfondimento sui lavori della Commissione Rodotà e sullo schema di d.d.l. da questa elaborato, si veda RENNA, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in COLOMBINI (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Napoli, 2009. Venne elaborato un disegno di legge n. 2031 comunicato alla Presidenza il 24.2.2010 avente ad oggetto "delega al governo per la modifica del codice civile in materia di beni pubblici". Di rilievo sul punto la L.R. Piemonte 16.5.2015, n. 10 (art. 1, co. 3).

⁷⁹ Vedi principalmente ARENA, IAIONE (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012; BOLLIER, HELFRIC, *The wealth of the commons: a world beyond market & state*, Amherst, Amherst Massachusetts, 2012; BOSCOLO, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in www.pausania.it; BUCHANAN, YOON, *Symmetric tragedies: commons and anticommons*, in *Journal of Law and Economics*, 2000, 43 ss.; CERULLI IRELLI, DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica e Diritto*, 1, marzo 2014; CHIRULLI, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in giustamm.it, 2012; BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Napoli, 2016; DI PORTO, *Res in usu publico e 'Beni comuni' Il nodo della tutela*, Torino, 2013; FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017; GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963; HARDIN, *The Tragedy of the Commons, Science, New Series*, Vol. 162, n. 3859 (Dec. 13, 1968), 1243 ss.; LEON, *Stato, mercato e collettività*, Torino, 2007; LUCARELLI, *La*

blici al mercato⁸⁰ ed in particolare la circostanza e la contemporanea permanenza di appartenenza pubblica, della destinazione pubblica e della attribuzione della gestione dei beni ai privati⁸¹. Più precisamente si porta l'esempio delle concessioni di lavori e servizi⁸² quali ulteriori forme di gestione privata di beni orientata al mercato, ma si sottolinea, anche in tal caso, la necessaria permanenza della destinazione pubblica del bene⁸³.

In conclusione, il regime pubblicistico dei beni pubblici in concessione tutelerebbe sia la destinazione pubblica che il mercato attraverso la scelta del concessionario mediante procedure ad evidenza pubblica⁸⁴.

Tuttavia, poiché il tema dei servizi pubblici (non solo in Italia) è profondamente legato alla natura del bene (come dimostra il Referendum del 2011 sulla determinazione della tariffa del servizio idrico integrato), qualora in sede legislativa (statale o regionale) venisse comunque fissata una riserva di appartenenza pubblica del bene (ovviamente nel rispetto del riparto delle competenze Stato/Regioni), il riparto di giurisdizione potrebbe nuovamente volgere a favore del giudice amministrativo. Infatti, come si è visto, anche nel Codice dei Contratti vi sono norme specifiche che consentono l'annullamento d'ufficio e quindi la partita sembra ancora tutta da giocare, come dimostra l'oscillazione del pendolo della storia tra privato e pubblico proprio a proposito della natura giuridica delle concessioni di servizi.

democrazia dei beni comuni, Roma-Bari, 2013; ID., *Costituzione e beni comuni*, Napoli, 2013; ID., *Introduzione. Verso una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 2, 2007; ID., *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, I, 2007, 87 ss.; MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica Italiana*, in *Federalismi*, 2011; MARIANELLI, *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 406 ss.; MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; NAPOLITANO, *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, in *Atti del Convegno Analisi economica e diritto amministrativo, pubblicati in Annuario 2006, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 125 ss.; OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, University Press, 1990; OTTONE, SACCONI, *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015; RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni e destinazione pubblica*, Milano, 2004; ID., *I beni pubblici*, in FRACCHIA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Napoli, 2010; ID., *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in *Dir. economia*, 2009, 11 ss.; ID., *La riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici dimenticata dal Governo*, in *www.nelmerito.com*, 2008; ID., *Beni pubblici*, in CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 720 ss.; RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012; ID., *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, Postfazione in MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e privato*, 2012; VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, Roma-Bari, 2013.

⁸⁰ FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, cit., 87 ss.

⁸¹ FIDONE, *op. cit.*, 95.

⁸² FIDONE, *op. cit.*, 103.

⁸³ FIDONE, *op. cit.*, 98 ss.

⁸⁴ FIDONE, *op. cit.*, 106 ss.

Termination of contract by non-performance in the current Italian legal system

di Benedetta Sirgiovanni*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The interest of the termination of contract. – 3. Termination of contract by non-performance in the Italian civil code. – 4. The fundamental non-performance in the termination of contract by non-performance in Uniform Private Law. – 5. Late performance in the termination of contract by non-performance in Uniform Private Law. – 6. The influence of Uniform Private Law on the current Italian legal system.

1. The paper focuses on the termination of contract by non-performance in the current Italian legal system.

Firstly it will analyze why a party opts for termination instead of performance of contract. In other words the interest of the termination of contract will be investigated.

Then it will outline the rules of the termination by non-performance in the Italian civil code and in Uniform Private Law, such as the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the Principles of European Contract Law, *Unidroit* Principles of International Commercial Contracts, the Draft Common Frame of Reference. The comparison will show two different models of termination even though the interest underlying is the same.

Finally the paper will seek to determine if these rules, that are already part of our system, can influence the interpretation of the termination of contract by non-performance in the current Italian legal system.

2. In the Italian legal system when one of the parties fails to perform his obligation, the other party can choose to demand either performance or termination of the contract. In both cases, the party can claim compensation for damages. Termination can be claimed even when the performance has been claimed; but performance can no longer be claimed after an action for termination. So the non-defaulting party has two options: either demand performance or termination of contract.

What leads the non-defaulting party to opt for the termination of contract instead of the performance? Carrying out a cost-benefit analysis, we can argue that the non-defaulting party will choose the performance of contract if the benefit arising from the performance of the non-defaulting party is higher than the cost of their

* Ricercatore di Diritto privato Università di Roma "Tor Vergata".

own performance. On the other hand, the non – defaulting party will opt for the termination of contract if the benefit arising from the performance of the non-defaulting party is lower than the cost of their own performance¹.

The first scenario happens in the following cases:

1. The performance of the non – defaulting party or the performance of the defaulting party consists of goods for which there are no perfect substitutes (for example, houses, works of art, land);
2. The non-defaulting party has spent a lot of money on preliminary activities;
3. The non-defaulting party spent a lot of money on large initial costs which could be amortized after a certain period of time (see: long term contracts).

The second scenario happens in the following cases:

1. The performance of the non – defaulting party or the performance of the defaulting party consists of goods for which there are perfect substitutes (for example, books). Therefore it is worth terminating the contract and claiming compensation for damages and then concluding another contract with another party;
2. The effort of the performance of non-defaulting is higher than the value of the performance of the defaulting party. Either this difference in value has existed since the conclusion of the contract, but the non-defaulting party had not realized this when he stipulated the contract, or new circumstances have arisen after the conclusion of the contract.

The conclusion we draw from these cases is that the non-defaulting party calculates if it is worth terminating the contract according to the value of their own performance (in terms of effort and money in order to carry out the performance), and to the substitutability of the performance of the non-defaulting party. In other words, the party will opt for the termination of contract when his interest in being released from the contract is higher than the interest in maintaining the contract. This interest can be defined as the interest in regaining the performance, if the non-defaulting party has already carried out the performance. If the non-defaulting party has not yet carried out the performance, their interest is to not perform.

3. What is the procedure in the Italian legal system if a party opts for the termination of a contract? The non-defaulting party has to go to court and claim the

¹ Economic analysis of the law shows that sometimes the breaching of a contract is more efficient than the performance, see COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole*. Bologna, 2006, 139, EISENBERG, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, in *California Law Review*, 2005, 975, TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione per inadempimento*, in *Scritti in memoria di G. Cattaneo*, III, Milano, 2002, 1953, GABRIELLI, *Alea e rischio contrattuale*, Napoli, 1997, 162, FRIEDMANN, *The efficient breach fallacy*, in *Journal of Legal Studies*, 1989, 1, COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento*, in *Quadrimestre*, 1988, 484.

termination of contract by non-performance. The court will check that the non-performance is not of minimal importance with regard to the interest of the other². In domestic law the contract can usually be dissolved with a judgment. The termination is usually judicial in our legal system. In other words, the ruling produces the termination of contract.

There are however three cases in which you can avoid going to court (“*out of court termination by non-performance*”). They are: 1) the notice to perform 2) the explicit termination clause 3) the time essential nature of the interest of one party .

In the first case the non-defaulting party can send a written notice to perform within an appropriate time declaring that, unless performance takes place within such time, the contract shall be deemed dissolved. The time cannot be less than fifteen days. If the time elapses without performance having been rendered, the contract is dissolved by law.

In the second case, the parties can expressly agree that the contract will be dissolved if a specific obligation is not performed. In this case the termination takes place when the party declares that he wants to exercise this right. The parties play a crucial role when they put an explicit termination clause in a contract. They have to stipulate explicitly that the non-performance of a specific obligation provided in the contract (and not the non-performance of any obligation provided in the contract) will cause the termination of the contract³. When the non-performance of that specific obligation occurs, the party can exercise his right and demand the termination of contract. Thus the party is free to exercise or not to exercise his right and demand the termination of the contract without going to court. Nonetheless if the non-performance of an obligation provided in the contract but not mentioned in the termination clause comes up, the party cannot demand the termination of contract. The Italian legal system limits the power of the parties to lay down the rules for the termination of contract. The reason for this limitation is that in the rationale of the Italian civil code, a contract usually has to be dissolved with a judgment. The judge checks that the non-performance is not of minimal importance with regard to the interest of the other.

In the third case, if the time fixed for performance by one of the parties is considered essential to the interest of the other party, and they want to demand performance of the obligation notwithstanding the expiration of the time, they have to notify this within three days unless there is a different agreement or usage. In the absence of such notice, the contract is deemed dissolved by law even if the termination was not expressly agreed on. In this case, the judge does not verify that the non-performance within the time agreed in the contract is not of minimal importance with regard to the interest of the other. The Italian legal system allows parties to provide that time fixed for the performance by one of the parties is essential to

² On the examination of non-performance by the court, see SPALLAROSSA, *Importanza dell'inadempimento e risoluzione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 452, DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 437.

³ See Cass. 27 gennaio 2009, n. 1950, in *Contr.*, 2009, 547, con nota di Della Chiesa.

the interest of the other party. But it is not sufficient that the parties simply declare that the time of performance is essential. This clause would be a mere clause of style⁴. The parties have to establish why a late performance (a performance after the deadline) would render the contract useless⁵.

4. Nowadays a legal scholar should extend their research to include Uniform Private Law (see Convention on Contracts for the International Sale of Goods -known also as CISG-, the Principles of European Contract Law -known also as PECL-, Unidroit Principles of International Commercial Contracts -known also as Unidroit Principles-, the Draft Common Frame of Reference -known also as Draft-) to understand our current legal system⁶. This widening of research does not mean that we are comparing our legal system with other legal systems because these rules belonging to Uniform Private Law are already part of our current system.

In detail, the Convention on Contracts for the International Sale of Goods is a hard law because it is an international convention signed by the Italian State. The Principles of European Contract Law, Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Draft Common Frame of Reference are soft laws. They derive from many national legal systems with the goal of becoming *common law*, that is law which would be common to different legal systems. Therefore they are increasingly taken into account by international arbitrators in arbitration awards and by national lawmakers in reforms of civil codes such as the reform of the French civil code.

The extension of this research shows that Uniform Private Law gives us another model of termination by non-performance. In this model a judgment is not necessary in order to terminate a contract⁷. The non-defaulting party can terminate a contract by a notice to the other party (see article 26 of CISG “*A declaration of avoidance of the contract is effective only if made by notice to the other party*”; article 9:303 of PECL “*A party’s right to terminate the contract is to be exercised by notice to the other party*”; article 7.3.2. Unidroit Principles “*The right of a party to terminate the contract is exercised by notice to the other party*”; article 3:507 “*A right to terminate is exercised by notice to the debtor*”). In other words the non defaulting party can be released from the contract without going to court. It is only necessary to go to court if there is a dispute on the termination of the contract.

⁴ See IORIO, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. Profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 657; ID., *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. La prassi contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 49; BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 1190; COVIELLO, *Appunti sulle clausole di stile nei contratti*, in *Foro it.*, 1963, IV, 116; MESSINEO, *Considerazioni sulle clausole contrattuali “di stile”*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 27.

⁵ See Cass. 25 ottobre 2010, n. 21838, in *Notariato*, 2011, 8.

⁶ See DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 29.

⁷ See DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 206; FUSARO, *La risoluzione del contratto sulla via della codificazione europea*, in *Nuova giur. comm.*, 2004, 312.

Furthermore, in Uniform Private law the condition of the termination is that the non – performance is fundamental⁸. If the non-performance is fundamental, the non-defaulting party can terminate the contract by notice. Article 25 of CISG provides that “*A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result*”. If the non- performance is not fundamental, the party may fix an additional period of time of reasonable length for performance of his obligations by the other party (see articles 47 and 63 CISG)⁹. Similarly article 7.3.1. of Unidroit Principles provides that a party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance. This article specifies the cases in which a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance. “*In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether (a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result; (b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract; (c) the non-performance is intentional or reckless; (d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party’s future performance; (e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated*”.

The comparison between article 7.3.1 of the Unidroit Principles and article 25 of CISG shows that in the Unidroit Principles there is not the ambiguous word “detriment” because it could mean either damage or a failure of expectation¹⁰. Furthermore, the Unidroit Principles take into account not only what the parties have es-

⁸ On fundamental non-performance in the termination by non-performance in the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, see WILL, *Sub art. 25*, in *Commentary on the International Sales Law*, by Bianca, Bonell, Milano, 1987, 113; BIANCA, *La risoluzione del contratto per inadempimento: riflessioni sul confronto tra diritto italiano e convenzione di Vienna*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, t. 1, Milano, 1991, 121; PELEGGI, *Un esempio di applicazione del favor contractus quale principio ispiratore del sistema rimediabile della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili*, in *Dir. commercio internaz.*, 2003, 877; GRIFFI, *Divergences in the interpretation of the CISG: the concept of “fundamental breach”*, in *The 1980 Uniform Sales Law*, a cura di Ferrari, Milano, 2003, 305; FERRARI, *L’inadempimento essenziale nella vendita internazionale, 25 anni di art. 25 della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Dir. commercio internaz.*, 2005, 59; MAROCCO, *La risoluzione del contratto nella Convenzione di Vienna*, in *Nuovo dir. delle società*, 2012, 106; ALPA, BESSONE, *Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cose mobili*, in *Foro it.*, 1980, V, 251.

⁹ On the comparison between the Italian civil code and CISG regarding termination, see BIANCA, *La risoluzione del contratto per inadempimento: riflessioni sul confronto tra diritto italiano e convenzione di Vienna*, cit., 117.

¹⁰ See, BIANCA, *La risoluzione del contratto per inadempimento: riflessioni sul confronto tra diritto italiano e convenzione di Vienna*, cit., 122; CUBEDDU, *L’importanza dell’inadempimento*, Torino, 1995, 209.

tablished in the contract, but also the intent or the fault of the non-performance, the lack of reliance on the future performance and the excessive loss of the non-performing party because of large initial costs or preliminary activities, in order to determine whether a non-performance amounts to a fundamental non-performance¹¹. These last two benchmarks are crucial for long term contracts because in these contracts a relationship is created by the two parties who have spent a lot of money on large initial costs which could be amortized after a certain period of time¹².

Article 8:103 of PECL provides that “*A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if: a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; (b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; (c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party’s future performance*”¹³. We can note that in the PECL the intent is considered only if it is linked to the loss of reliance on the future performance. Similarly article 3:502 of the Draft provides that “*A non-performance of a contractual obligation is fundamental if: (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor’s future performance cannot be relied on*”. The Draft and the PECL contain the termination of contract regardless of the intent or the fault of the non-defaulting party which are considered only if they affect the reliance on future performance. This choice can be explained because termination of contract is different from liability¹⁴.

The conclusion we draw from these rules, although they are not fully overlapping, is that in Uniform Private Law parties can rule the termination of a contract, setting out when non-performance is fundamental. They can establish that the loss

¹¹ On two opposing interests in the termination of contract: the interest of the non-defaulting party to be released from a contract in order to be able to request performance from others and the interest of the defaulting party in a late performance because of non-recoverable costs occurred in preparing the performance, see CONTE, *L’uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell’anticipatory breach dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 469.

¹² On long-term contracts, see OSTI, *La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, 46, OSTI, *Appunti per una teoria della “sopravvenienza” (la così detta clausola “rebus sic stantibus” nel diritto contrattuale odierno)*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 413, OPPO, *Obbligazioni e negozio giuridico*, in *Scritti giuridici*, III, Padova, 1992, 200. On the costs of way-out in long-term contracts v. DELFINI, *Inadempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1999, 35.

¹³ On contract in the Principles of European Contract Law, see CASTRONOVO, *Il contratto nei principi di diritto europeo in Europa*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 791.

¹⁴ On the different roles of termination and liability, see LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, I, Bologna-Roma, 1990, 15, GRASSO, *Risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. e “sanzione” per l’inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 270, ID, *Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973, 32.

of reliance on the future performance or non-performance of minimal importance can be considered fundamental performance if the non-defaulting party cannot achieve what it was entitled to expect under the contract. In this model a judgment is not necessary in order to terminate a contract: therefore no judge checks that the non-performance is not of minimal importance with regard to the interest of the other in order to terminate a contract. In other words, in Uniform Private Law the parties hold the power to lay down the rules for the termination of contract, establishing when non-performance is fundamental to fulfill the parties' goals.

5. Regarding late performance, article 49, paragraph II, of CISG provides that "*in cases where the seller has delivered goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so in respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made*"¹⁵. Article 64, paragraph II, of CISG provides that "*in cases where the buyer has paid the price, the seller loses the right to declare the contract avoided unless he does so in respect of late performance by the buyer, before the seller has become aware that the performance has been rendered*"¹⁶. As we can see the rule on late performance by a buyer is more favorable to that buyer than late performance by a seller. The rationale behind this difference is based on the object of performance. The seller has to provide goods, whereas the buyer has to provide a sum of money, which is substitutable by definition.

Article 7.3.2., paragraph II, of Unidroit provides that "*If a performance has been offered late or otherwise does not conform to the contract the aggrieved party will lose its right to terminate the contract unless it gives notice to the other party within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the offer or of the non-conforming performance*". The comments on this article state that "*This Article does not deal with the situation where the nonperforming party asks the aggrieved party whether it will accept late performance. Nor does it deal with the situation where the aggrieved party learns from another source that the non-performing party intends nevertheless to perform the contract. In such cases good faith and fair dealing (see Article 1.7) may require that the aggrieved party inform the other party if it does not wish to accept the late performance. If it does not do so, it may be held liable in damages*". On the contrary, art. 9:303, paragraph III, of PECL contains not only the rule on late performance providing that if "*a tender is later made it loses its right to terminate if it does not give such notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the tender*", but also the rule on cases in which the non-defaulting party knows or has reason to know that the other party still intends to tender within a reasonable time. In this last case "*if the party unreasonably fails to notify the other party that it will not accept per-*

¹⁵ See WILL, *Sub art. 49*, in *Commentary on the International Sales Law*, by Bianca, Bonell, Milano, 1987, 359, DE NICTOLIS, *Sub art. 49*, in *Commentario sulla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili*, coordinato da Bianca, a cura di Alpa, Padova, 1989, 222.

¹⁶ See KNAPP, *Sub art. 64*, in *Commentary on the International Sales Law*, cit., 465, BONFANTE, *Sub art. 64*, in *Commentario sulla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili*, cit., 271.

formance, it loses its right to terminate if the other party in fact tenders within a reasonable time". The rationale behind this rule is to avoid unnecessary effort and expense in the performance of contract even if it is late¹⁷.

Article 3:508 of the Draft, corresponding to the related article of the Unidroit, contains only the rule on late performance providing that "If performance has been tendered late or a tendered performance otherwise does not conform to the contract the creditor loses the right to terminate unless notice of termination is given within a reasonable time". On one hand this could be interpreted as stating that the non-defaulting party could wait for the performance and give notice of termination within a reasonable time after the late performance. On the other hand it could be interpreted as stating that the notice of the termination has to be given in a reasonable time after the expiry of the deadline. That is why it is hoped that the rule on non-performance and the expiration of deadlines will be added in Draft, as is the case in PECL.

6. Nowadays the timing plays a key role for the entrepreneur as the allocation of investment is carried out taking into account time critical risks. Therefore a legal system where a judgment is necessary in order to terminate a contract is inefficient because it takes more time to be released from a contract¹⁸. Because of the time involved in the administration of justice and the unpredictability of court rulings, contracts play a crucial role in our society where there is an ever-increasing need to anticipate different possible outcomes¹⁹. Therefore the aim of the parties during the conclusion of a contract is to predict the critical issues that could arise during the relationship and lay down procedures able to resolve them²⁰.

In this social and economic context, would it be possible for parties to put a clause in a contract in which they could terminate a contract without going to court? In other words, could they expand the field of application of the explicit termination, going beyond the specific obligation provided in the contract? On one

¹⁷ See CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte II, Milano, 2001, 467.

¹⁸ On a judgment as an inefficient solution for the market, see PADOVINI, *Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita*, in *Giust. civ.*, 2014, 495, DELLA CASA, *Il giudice e la risoluzione del contratto nell'esperienza italiana e nella prospettiva europea*, in *Studium iuris*, 2006, 538, SCHMIDLIN, *La risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 825, 840, CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 481.

¹⁹ On predictability as a key constituent element of Capitalism and on contracts as instruments which aim at giving predictability to the system, see IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 3, 39, 48.

²⁰ On the role of contracts in which the parties can rule future issues, see DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2013, 61, GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, 191, ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, 2011, 975. On the role of the new *lex mercatoria*, see RODOTÀ, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici, una riflessione di fine millennio*, a cura di Cappellini, Sordi, Milano, 2002, 558, BONELL, *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, in *Dir. commercio internaz.*, 1992, 315, GIARDINA, *La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1992, 461.

hand it could be said that the rules on the termination of contract are mandatory because termination is a penalty²¹. Thus a third party, such as a judge, should check non-performance with regard to the interest of the other party. On the other hand it cannot be ignored that in Uniform Private Law a judgment is not necessary in order to terminate a contract.

Can this model influence the interpretation of our rules on termination of a contract?

I believe that it is necessary to go beyond a domestic approach and move towards a European perspective in the interpretation of our current legal system. This means that a distinction has to be drawn between the termination of a contract and the liability of a party. As has been shown, in both models the interest of the termination is to release the party from a contract in order to be able to request performance from another party²². In this case it does not matter if the non-performance is due to intention or fault which are the two alternative requirements for establishing whether the party is or is not liable for damages. Thus if the parties are in an equal position (such as business to business contracts) they could lay down in a contract suitable rules to avoid the need for a judicial termination (as currently required by the Italian civil code) and instead comply with the existing European model. Parties could then choose to be released from a contract more easily. If the parties do not put any clause in a contract ruling out judicial termination, judicial termination would still apply.

²¹ On termination as a penalty, see AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 147.

²² See LORENZ, *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 104.

Abstract

This paper aims to outline the termination of contract by non-performance in the current Italian legal system, taking into account the rules of European Private Law.

The conclusion that can be drawn from the civil code is that a contract can usually be dissolved with a judgment in domestic law. In other words, if the court determines that the non-performance has more than slight importance with regard to the interest of the other, the contract is terminated. The ruling produces the termination of contract.

If you widen the research to Uniform Private Law (see Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the Principles of European Contract Law, Unidroit Principles of International Commercial Contracts, the Draft Common Frame of Reference), it can be seen that a judgment is not necessary in order to terminate a contract. The non-defaulting party can terminate a contract by a notice to the other party.

In this paper the author seeks to understand if these rules which are already part of our system can influence the interpretation of the termination of contract by non-performance in the current Italian legal system.

La registrazione del contratto di locazione ad uso abitativo tra dogmatica, coerenza sistematica e ricadute applicative

di Luca Bardaro*

SOMMARIO: 1. La registrazione della locazione: lo stato dell'arte e le questioni problematiche. – 2. L'incidenza degli obblighi di carattere tributario sui rapporti privati. La l. 27-07-2000, n. 212 e l'elaborazione giuridica. – 3. Le formalità tributarie nel regime locatizio. – 4. La tendenza ad utilizzare la registrazione come mezzo di contrasto all'evasione fiscale. L'art. 1, comma 346, della l. 30-12-2004, n. 311. – 4.1 La tesi formalistica e le ricadute applicative sulla disciplina della locazione non registrata. La registrazione come condizione di validità del contratto di locazione. – 4.2 La registrazione tardiva: spunti ricostruttivi della fattispecie e ricadute pratiche. – 4.3 Necessità di andare oltre al dato testuale, per come costruito nella disposizione dell'art. 1, comma 346, della l. 30-12-2004, n. 311, operando una ricostruzione della norma che possa meglio conciliarsi nel quadro normativo sistematicamente e teleologicamente considerato. – 4.4 Spunti ricostruttivi della nullità predicata dall'art. 1, comma 346 della l. 30-12-2004, n. 311. La possibilità di inventariarla nell'alveo delle nullità di protezione. Considerazioni critiche. – 4.5 La conferma, che nella specie sarebbe "atipica", del contratto di locazione non registrato quale rimedio per sottrarlo dalle conseguenze della nullità testuale. Divergenza funzionale e strutturale fra le fattispecie della conferma dell'atto nullo con quelle della nullità del contratto. – 4.6 I dubbi di illegittimità dell'art. 1, comma 346 della l. 30-12-2004, n. 311. – 4.7 La necessità di rinvenire una soluzione che preservi l'autonomia delle parti e che meglio si concili in una logica sistemica. L'interpretazione costituzionalmente orientata della norma dell'art. 1, comma 346, della legge 30-12-2004, n. 311 nel tentativo di far luce sul fatto che la registrazione costituisca una condizione legale di efficacia del contratto. – 5. La registrazione del contratto di locazione all'indomani dei successivi interventi normativi. – 6. Considerazioni conclusive.

1. La sanzione della nullità per l'omessa registrazione del contratto di locazione costituisce un interessante banco di prova per ripercorrere i più attuali itinerari di riflessione che riguardano l'istituto in generale¹.

* Avvocato del foro di Brindisi. Dottore di ricerca in Teoria del diritto ed Ordine Giuridico Europeo.

¹ Sulla giustificazione e sull'autonomia della nullità nel nuovo diritto dei contratti, v. per tutti ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002; PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2000, p. 545 ss.

Il fatto che la patologia del contratto discenda dal mancato assolvimento di oneri fiscali² che, per insegnamento tradizionale, non sono stati concepiti quali requisiti di forma per la validità dell'atto³, sollecita la necessità di sondarne la morfologia, in ragione dell'effetto estintivo della situazione giuridica⁴, ovvero del rapporto giuridico, ad essa ricollegato. Senza contare l'incertezza che frusterebbe l'ordinamento ove si ammettesse la nullità del contratto, peraltro derivante da un difetto extragenetico e successivo alla sua conclusione⁵.

Come ammettere, sul piano dogmatico, le derive dell'autonomia privata con la possibilità che il contratto risorga con i suoi obblighi nel caso di registrazione tardiva, in assenza di una disposizione di legge che lo consenta espressamente⁶, è altrettanto problematico.

² Diverse sono, ad esempio, le norme del t.u. edil. che sanciscono la nullità, talvolta 'sanabile', per carenze tipicamente amministrative. Per una sintetica ricostruzione si rinvia ad ALPA, *Commento all'art. 18 della legge n. 47/1985*, in *Nuove leggi civ.*, 1985, p. 1087 ss.; ID., *Abusi edilizi e categorie civilistiche*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 13 ss.; DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986, *passim*; CALVO, *Nullità urbanistiche e irragionevolezza del legislatore*, in *Nuove leggi civ.*, 2006, p. 1309 ss.; ID., *L'equità nel diritto privato: individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010, p. 105 ss.; PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 23 ss.; ancor più recentemente, RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, p. 165 ss. Sui requisiti di forma per la validità di un atto si veda, in generale, PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Camerino-Napoli, 1990, *passim*, ma spec. p. 21, ove può trarsi l'insegnamento che le funzioni della forma variano in relazione agli interessi e ai valori tutelati e che ogni tecnica è al servizio di un'ideologia.

³ Il bollo e la registrazione assolvono a funzioni di carattere fiscale, dal momento che «consentono i prelievi tributari in occasione di trasferimenti di ricchezza o di erogazione di servizi pubblici», così BOCCHINI – QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2016, p. 930.

⁴ Per un primo inquadramento sulla tripartizione tra effetti costitutivi, modificativi ed estintivi, v. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Messina, 1945, p. 19 ss.; ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, p. 11 ss.; MAIORCA, *Vicende giuridiche*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 692 ss. In una prospettiva differente si muove FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 490 ss., ed ivi il rilievo che «costituzione, modificazione ed estinzione sono "sottotipi" dell'efficacia "costitutiva" accanto alla quale si collocano gli altri tipi dell'efficacia "dichiarativa" e dell'efficacia "preclusiva"».

⁵ Si è specificato che si tratta di una nullità successiva al processo decisione delle parti. Al momento dell'entrata in vigore della legge n. 30 dicembre 2014, n. 311 si è discusso sulla presenza di una ipotesi di nullità sopravvenuta, la cui ammissibilità nel nostro ordinamento deve fare i conti con l'assunto che il giudizio di nullità del contratto si svolge sulla base delle norme vigenti al momento della conclusione perché la nullità è vizio genetico. I fautori della nullità sopravvenuta (fra i tanti si vedano DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta*, in *Riv. Trim. proc. civ.*, 1967, p. 755; MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2, Milano, 1972, p. 182; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, Torino, 1960, p. 307; STOLFI, *Teoria del negozio*, Padova, 1947, p. 63 osservano che, ogniqualvolta la conclusione del contratto non realizzi completamente i suoi effetti come per i contratti ad effetti non istantanei – lo stesso contratto conserva la sua validità e continua a preservare il ruolo di fonte regolatrice della programmazione ancora non compiutamente realizzata. La figura della nullità sopravvenuta è, tuttavia, negata da larga parte della dottrina: TOMMASINI, *Nullità*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1978, p. 899; ALPA, BESSONE, *Contratti in generale*, Torino, 1992, p. 132; SCALISI, *Inefficacia*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 368; GENTILI, *Le invalidità*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, II, Torino, 1999, p. 1289.

⁶ In considerazione di quest'ultimo profilo il Trib. Grosseto, 4.11.2016, n. 923, in *De Jure banca dati*, ritiene che l'omessa registrazione è causa di inefficacia del contratto di locazione.

Vi è poi da segnalare che la nullità per l'omessa registrazione della dichiarazione di volontà – si badi non del documento⁷ – sembra sia stata escogitata per scopi estranei agli interessi delle parti: la sua formalizzazione, insomma, è sì rimessa all'iniziativa dei contraenti, ma è resa possibile solo dopo il processo di conclusione dell'accordo. Scaturendo la patologia dalla violazione di una norma tributaria, per un'attività estrinseca non riconducibile all'autonomia negoziale delle parti, se ne è tratto che la fenomenologia invalidante sia unica nel suo genere⁸.

Ulteriore ragione di perplessità è data dall'esigenza di conciliare la conseguenza della nullità predicata dall'art. 1423 c.c.⁹ con la presunzione di esistenza del rapporto locativo. L'Agenzia delle Entrate è tenuta, infatti, ad applicare le sanzioni per la mancata registrazione, oltre che ad avvalersi della presunzione di esistenza del rapporto per i quattro periodi di imposta antecedenti a quello nel corso del quale è accertato il rapporto stesso (v. art. 1, comma 342, l. 30-12-2004, n. 311 che introdotto l'art. 41 *ter* nel D.p.R. 29-09-1973, n. 600). Senza contare che, ragionando in termini di nullità, verrebbe neutralizzata la volontà delle parti, a fronte di esigenze pubblicistiche, di natura fiscale.

In questo quadro composito, la sanatoria "fiscale" del rapporto, in presenza di una precisa disposizione che sancisce la nullità (insanabile) del contratto, lascia quantomeno perplessi.

Ai lumi di queste deduzioni non si intende negare che il locatore debba sopportare l'imposizione fiscale computata sul reddito ritratto dal contratto di locazione. D'altronde però l'osservanza delle formalità di carattere fiscale potrebbe perseguirsi con altri «strumenti meno stridenti e, magari, anche più efficaci»¹⁰.

2. Probabilmente sono maturi i tempi per rivedere l'impostazione tradizionale che scinde, in un sistema delle fonti auspicabilmente unitario, la sfera di incidenza del diritto privato da quella fiscale, facendo leva sul principio che l'inadempimento di un obbligo tributario generi una mera irregolarità, insuscettibile di determinare

⁷ Quanto detto è ricavabile dal fatto che il termine atto, per come indicato nell'art. 2 del T.U. 26-4-1986, n. 131, non fa riferimento al documento inteso nella sua materialità, ma alle disposizioni in esso contenute. In quest'ordine di idee, l'imposta non può che colpire il «gestum, cioè la dichiarazione, la convenzione, il contratto, l'accordo tra più persone per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico», così SANTAMARIA, *Registro (imposta di)*, in *Enc. Giur.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 545.

⁸ Si tratterebbe di una ipotesi di nullità testuale, unica nel suo genere, che può essere, riferisce DI PIETRO, *Le invalidità negoziali (nullità e annullabilità)*, in *Il contratto* a cura di Fava, Milano, 2012, p. 2103 «ritenuta come una mera eccezione al sistema delle invalidità».

⁹ Dello stesso avviso il Trib. Torino, 2.4.2016, in *De Jure banca dati*: «La registrazione tardiva del contratto di locazione non può avere efficacia sanante della nullità derivante dalla mancata registrazione nel termine di legge, considerata l'esistenza del principio generale di insanabilità della nullità discendente dal disposto dell'art. 1423 c.c.».

¹⁰ Cfr. DI MARZIO, *Omessa registrazione del contratto di locazione: la Corte costituzionale cancella le sanzioni al locatore, il legislatore le proroga*, in *Immobili & Proprietà*, 7, 2014, p. 453.

l'invalidità dell'atto¹¹, come si evince dalla normativa tributaria di contrasto all'elusione fiscale (l. 27-07-2000, n. 212 rubricata «Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente») quando esplicita il principio secondo il quale: «*le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto*» (art. 10, comma 3°).

In sostanza la frode fiscale, proprio perché volta a sottrarre al fisco elementi imponibili ed assoggettabili a tassazione, non dà luogo alla nullità del contratto, ma più semplicemente alle sanzioni stabilite dalle leggi tributarie¹².

Per converso il contratto in frode alla legge è nullo poichè l'ordinamento considera illecita la causa *ex art.* 1344 del c.c.¹³.

Questa tradizionale impostazione deve confrontarsi con un principio, emergente dalle fonti comunitarie ed elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, secondo il quale la frode al terzo, oltre a poter determinare eccezionalmente la nullità del contratto, finisce per imporre un limite esterno all'esercizio del diritto soggettivo, diventando, dunque, esplicativa del concetto di abuso del diritto¹⁴. In questi casi, l'a-

¹¹ In linea di massima la violazione delle norme tributarie non determina conseguenze sul piano civilistico. Sono di questo avviso, fra i tanti, CUFFARO, *Patti contrari alla legge (contratto di locazione e nullità speciali)*, in *Riv. dir. civ.*, p. 3; GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, II, Torino, 2006, p. 1441; SCRIPPELLITI, *Nullità del contratto di locazione per omessa registrazione e statuto del contribuente*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 5-6, 2009, p. 1810; PINELLI, *Sulle clausole rafforzative dell'efficacia delle disposizioni dello statuto dei diritti del contribuente (l. n. 212/2000)*, in *Foro it.*, 2001, 5, p. 102 s. La tesi è stata recepita dalla giurisprudenza (Cass. 22.7.2004, n. 13621, in *Giur. It.*, 2005, p. 112) che ha avuto l'occasione di sostenere che «la violazione della normativa fiscale non incide sulla validità o efficacia di un contratto, ma ha rilievo esclusivamente tributario». Nella dottrina più risalente si può ricordare la tesi di GABBA, *La nullità degli atti privati non registrati e non bollati*, in *Monitore Trib.*, p. 1874 allorché criticò il progetto di legge, presentato dal ministro Minghetti il 27 novembre 1873, poi respinto dal voto della Camera il 24 maggio 1874, che avrebbe introdotto la sanzione della nullità civilistica per gli atti non debitamente registrati. Quanto alla successiva elaborazione, non può farsi a meno di ricordare CALAMANDREI, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in *Riv. Dir. Processuale*, 1931, p. 51, particolarmente sensibile al principio «*Temi prevale sul fisco*» (così ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 428).

¹² Si veda DI MARZIO, *La nullità del contratto per omessa registrazione*, nota a Trib. Modena, 12.06.2006 cit., p. 484 e l'ampia nota di richiami giurisprudenziali (n. 13), con particolare riferimento ai casi di elusione delle norme fiscali che colpiscono i trasferimenti di beni, Cass., 9.5.1967, n. 935, in *Foro pad.*, 1967, I, p. 1015; Cass., 24.11.1979, n. 6155, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, fasc. 11; Cass. 19.6.1981, n. 4024, in *Giust. Civ. Mass.*, 1981, p. 1424.

¹³ La frode alla legge realizza una violazione indiretta del dettato normativo, dal momento che il risultato dell'operazione economica è vietato dall'ordinamento. Considerazioni sul punto in BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit. p. 625; CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943; MORELLO, *Negozio in frode alla legge*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1993.

¹⁴ Per la giurisprudenza più rilevante sul tema dell'abuso del diritto in ambito fiscale v., soprattutto, Cass., Sez. Un., 23.12.2008, n. 30057, in *Giust. civ.*, 2009, 10, I, p. 2131 (e già Cass., 25.10.2005, n. 22932, in *Fisco*, 2006, p. 144); e, più di recente, Cass. 6.12.2013, n. 27352, in *Dir. Giust. on line*, 2013, 9 dicembre. Per la giurisprudenza comunitaria, fondamentale è il richiamo alla C. Giust. Ce, Grande Sez., 21.2.2006, n. 255, in *Riv. dir. trib.*, 2007, 1, IV, p. 3, la quale ha ritenuto che «il soggetto passivo ha diritto a minimizzare il carico fiscale corrispondente alle proprie operazioni, a condizione di non realizzare fattispecie qualificabili come abuso del diritto. L'abuso del diritto sussiste quando, sulla base di un insieme di elementi oggettivi, sia possibile ricavare che, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalla legge, il soggetto ottiene un

buso assurge al ruolo di tecnica argomentativa per sindacare quelle operazioni nelle quali si riscontri la non meritevolezza del comportamento dell'interessato, in quanto finalizzato ad ottenere vantaggi fiscali indebiti (art. 10 bis l. 27-07-2000, n. 212)¹⁵. Al riguardo, è emblematica la vicenda giudiziaria, rimessa con ordinanza interlocutoria del 3-01-2014, n. 37, alle Sezioni Unite. La Corte fu chiamata a pronunciarsi sulla tenuta del patto di maggiorazione del canone non registrato la cui causa concreta¹⁶ sembrava dar vita proprio al risultato vietato dall'art. 13, comma 1, l. 431 del 1998, quello cioè di garantire al locatore di ritrarre, dal concesso godi-

vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni. Non è abusiva quell'operazione che possa giustificarsi sulla base di ragioni diverse dal mero conseguimento del predetto vantaggio fiscale» Sul tema dell'abuso del diritto in materia fiscale v., per la dottrina: PERLINGIERI G., *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'opponibilità delle condotte antielusive*, Napoli, 2012, p. 17; BEGHIN, *Note critiche a proposito di un recente orientamento giurisprudenziale incentrato sulla diretta applicazione in campo domestico, nel comparto delle imposte sul reddito, del principio comunitario del divieto di abuso del diritto*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, II, p. 448; TURIS, *Pratiche elusive e abuso di diritto*, in *Fisco*, 2008, p. 3095; ORSINI, *L'abuso del diritto rende l'atto inefficace: sul contribuente l'onere della prova contraria*, in *Riv. giur. trib.*, 2008, p. 695.

¹⁵ Per un'illustrazione della norma antielusiva si vedano, fra i tanti, GALLO, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2015, 6, p. 1315 ss.; ZIZZO, *La nozione di abuso del diritto nel nuovo art. 10 bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Corr. Giur.*, 11, p. 1337 ss. Sostiene PERLINGIERI G., *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'opponibilità delle condotte antielusive*, cit., p. 56 che la «sussistenza di un vantaggio fiscale non è un requisito quanto l'essenza stessa dell'elusione». Analogamente MIELE, *Abuso tra legittimo risparmio d'imposta ed evasione*, in MIELE (a cura di), *Il nuovo abuso del diritto. Analisi normativa e casi pratici*, 2016, p. 39, ritiene che la realizzazione di un vantaggio indebito concretizzi quello che può essere definito come il «cuore» della fattispecie di abuso.

¹⁶ Nella nostra dottrina tradizionale è per lungo tempo prevalsa la nozione di causa quale obiettiva «funzione economico-sociale del negozio». Tale funzione prescindeva dagli scopi perseguiti dalle parti e soprattutto dalle finalità alle quali le stesse intendevano strumentalizzare il contratto (NUZZO, *Utilità sociale ed autonomia privata*, Milano, 1975, 26, p. 37, il quale ravvisa nell'art.41 comma II, Cost., la subordinazione dell'autonomia privata al perseguimento di finalità di pubblico interesse). Sia i motivi che le finalità ulteriori erano, pertanto, irrilevanti in quanto ciò che contava era la presenza della causa corrispondente ad una figura tipica di negozio (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973, p. 128). In questa prospettiva, il requisito della causa veniva letto in stretta connessione con quello della meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti ex art. 1322 comma 2, c.c. (GIORGIANI, *La causa del negozio giuridico*, Milano, 1961, p. 100 ss; CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, in *Tratt. Rescigno- Gabrielli*, Torino, 1999, I, p. 592 ss.). Se ne traeva, pertanto, l'inutilità di un tale controllo con riferimento ai contratti tipici: la verifica di meritevolezza si qualificava, invece, necessaria unicamente riguardo ai contratti atipici (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, p. 450 ss.). Successivamente, si rilevò come il riferimento alla nozione di «causa tipica» portasse a trascurare la realtà viva di ogni singolo contratto e cioè gli interessi concreti che, di volta in volta, un contratto era diretto a realizzare al di là del modello tipico utilizzato. A seguito di un intenso dibattito scientifico (ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. e Impr.*, 2008, p. 451, rileva come, in realtà, causa in astratto e causa in concreto non debbano intendersi come due categorie antinomiche in quanto la causa concreta, altro non sarebbe che l'attuazione della causa astratta nella singola operazione contrattuale) si abbandona il riferimento alla causa quale funzione economico sociale e si fa strada la concezione di funzione economico individuale (BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, p. 207, secondo il quale la nozione di causa «astratta» risulta insufficiente a cogliere gli interessi apprezzabili che identificano l'affare; DI MAJO, *Obbligazioni e Contratti. L'adempimento dell'obbligazione*, Roma, 1978, p. 209 propende per la funzione individualizzante della causa, atta a ricomprendere gli elementi che sono entrati a far parte dell'economia dell'affare).

mento, un reddito superiore rispetto a quello assoggettato ad imposta. Il dubbio è se il patto che prefiguri tale vantaggio fiscale indebito al locatore sia illegittimo per la finalità (di garantire al locatore di trarre dal contratto un reddito superiore rispetto a quello assoggettato ad imposta) illecita che intende realizzare o se sia illegittimo perché l'operazione economica contrasti con il divieto dell'abuso del diritto.

Le Sezioni Unite¹⁷ ritengono che la controdi chiarazione non registrata, prevista nell'accordo dissimulato, sia nulla, ma che il contratto di locazione regolarmente registrato rimanga valido. Basta esaminare la finalità dell'art. 13, comma 1, l. 431 del 1998 per rendersi conto che essa sembrerebbe sostanzarsi nel contrasto alla prassi «della simulazione relativa dei contratti di locazione, con la dissimulazione del canone effettivamente pattuito rispetto a quello risultante dal contratto registrato»¹⁸.

In tale decisione gli ermellini ebbero anche il merito di rivisitare l'impostazione tradizionale, secondo cui la sanzione di nullità fosse predicabile per le (sole) vicende funzionali del rapporto – e ciò allo scopo di sostenere il principio di irretrattabilità del canone di locazione abitativa (*recte*, maggiorazione del canone) – e non anche nella diversa ipotesi del patto occulto contestuale alla conclusione dell'accordo: per la Suprema Corte bisognava, invece, agglutinare nel raggio operativo della norma anche tali fattispecie, sebbene concernenti il momento genetico del rapporto.

Le Sezioni Unite¹⁹ sono tornate di recente sul tema, stavolta riportando ad unità il contesto interpretativo relativo alle locazioni ad uso abitativo e non. Il principio inaugurato dalle Sezioni Unite del 2015 è stato ritenuto un valido contributo nella rilettura anche dell'art. 79 della legge sull'equo canone, consentendo di ritenere che alla nullità (qui virtuale e non testuale, stante la carenza di una disposizione speculare all'art. 13, comma 1, della l. 431 del 1998) del patto di maggiorazione del canone delle locazioni ad uso diverso possa farsi ricorso «anche se la sua previsione attiene al momento genetico, e non soltanto funzionale, del rapporto»²⁰.

Non è questa la sede comunque per affrontare *ex professo* la questione. Il proposito delle pagine che seguiranno è dedicato alla patologia che affligge il contratto di locazione non registrato, per la quale l'interesse è scaturito dalla cospicua mole di

¹⁷ Cass., Sez. Un., 17.9.2015, n. 18213, in *Giur. It.*, 2016, 2, 324, con nota di CUFFARO, *Locazione e imposta di registro – aporie della giurisprudenza e pervicacia del legislatore in tema di locazione e obbligo di registrazione*; in *Giust. Civ. Mass.*, 2015; in *D&G*, 2015, 33, 2015, p. 55, annotata da BRUNO, *L'assenza di forma scritta, nel contratto di locazione abitativa, determina nullità relativa*; in *Riv. Giur. Ed.*, 2015, 5, I, p. 1028 con nota di SCALETTARIS.

¹⁸ In questi termini, CUFFARO, *Patti contrari alla legge (contratto di locazione e nullità speciali)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, p. 484.

¹⁹ Cass., sez. Un., 9.10.2017, n. 23601, in *D&G*, 10 ottobre 2017.

²⁰ La Cass., sez. Un., 9.10.2017, n. 23601, cit., non ignora - si veda pagina 48 della corposa decisione - che i casi più gravi- e cioè quella della totale omissione della registrazione del contratto - risulterebbero soggetti ad una disciplina meno rigida (conseguente al riconoscimento di una sanatoria della nullità derivante dalla loro omessa registrazione), ma «la diversa gravità delle conseguenze può trovare una congrua spiegazione nella maggiore gravità del vizio che inficia le ipotesi simulatorie rispetto a quelle in cui manchi la registrazione del contratto *tout court*: un vizio genetico e voluto da entrambe le parti nel primo caso, un inadempimento successivo alla stipula del contratto geneticamente valido, nel secondo caso».

provvedimenti che toccano la materia e, per converso, dalla litigiosità che ne contrassegna il contesto applicativo. A ciò si aggiungano i frequenti interventi normativi che assumono, al di là di alcune regolamentazioni organiche, carattere episodico e frammentario, «spesso aggravando il senso di incertezza disciplinare che accompagna i rapporti di locazione»²¹ (v. *infra*, §§ 3 e 4).

3. Per comprendere appieno la costruzione della nullità in argomento, è sufficiente partire dal quadro normativo, nel tentativo di reperire degli indicatori utili volti a delineare i rapporti tra (mancata) registrazione del contratto e regime del rapporto locativo.

Dal reticolato normativo, il sintagma “registrazione”, riferito alla locazione, risulta più volte richiamato.

Per il vero, la locuzione non è ospitata nell’art. 1571 del c.c. che si limita a scandire esclusivamente la struttura della locazione e gli obblighi a carico delle parti²².

La disciplina del codice civile si arricchisce di norme speciali che richiamano espressamente la registrazione del contratto. Nella legge n. 382 del 1978 (c.d. legge sull’equo canone) l’attenzione ai risvolti fiscali del contratto di locazione era pressoché inesistente. Quella legge si limitava, infatti, ad introdurre una regola sul riparto delle spese di registrazione - «le spese di registrazione del contratto di locazione sono a carico del conduttore e del locatore in parti uguali» (art. 8) - innovando la previgente disciplina (art. 7 l. 22 dicembre 1973, n. 841) che rimetteva alla discrezione delle parti ogni valutazione²³.

Ben diverso era l’approccio che - sulla scorta delle pressanti esigenze della finanza pubblica - caratterizzava la legge n. 431 del 1998, dedicata, a differenza della precedente, a regolare le sole locazioni abitative. In particolare, l’art. 7 stabiliva che l’osservanza degli adempimenti fiscali nascenti dal contratto di locazione costituiva condizione per porre in esecuzione i provvedimenti giudiziali che disponevano il rilascio dell’immobile locato.

²¹ Così LAGHI, *Forma ad esentiam e nullità di protezione: declinazioni funzionali nelle locazioni ad uso abitativo*, in *Contratto e impresa*, 1, 2017, p. 257.

²² Sulla base della definizione contenuta nell’art. 1571 c.c. la dottrina prevalente considera la locazione quale contratto di scambio ad effetti obbligatori, deducendo che la consegna del bene non costituisca elemento per il perfezionamento dell’atto, ma, ai sensi dell’art. 1575, n. 1, oggetto di una specifica obbligazione contrattuale: GUARINO, *La locazione*, in Tratt. Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1965; TABET, *La locazione in generale*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1982, p. 1003; MIRABELLI, *La locazione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, VII, 4, Torino, 1972, p. 10; PROVERA, *Locazione. Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1980, p. 39; BUCCI, MALPICA, REDIVO, *Manuale delle locazioni*, Padova, 1989, p. 67; COSENTINO, VITUCCI, *Le locazioni dopo le riforme del 1978-1985*, Torino, 1986, p. 37; DE TILLA, *Le locazioni*, Milano, 2002; GABRIELLI, PADOVINI, *Le locazioni di immobili urbani*, Padova, 2005; CALVO, *La locazione*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2016. Minoritaria, sebbene autorevolmente sostenuta (LAZZARA, *Il contratto di locazione (profili dommatici)*, Milano, 1961, p. 35) la tesi della locazione come contratto ad effetti reali, in quanto immediatamente costitutivo di un diritto reale.

²³ Si vedano TERZAGO, *La disciplina delle locazioni*, Milano, 1975, 166; LAZZARO, DI MARZIO, *Le locazioni per uso abitativo*, Milano, 2007, p. 1047.

A ben vedere, l'incidenza della disciplina tributaria nell'ambito civilistico risultava preponderante nel successivo art. 13, comma 1, della l. 431 del 1998 nella parte in cui decretava la nullità di «ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato»²⁴. Questa previsione legittimava il conduttore a pretendere dal locatore la restituzione delle somme corrisposte in misura superiore al canone risultante da detto contratto²⁵.

Vi è poi da considerare, al fine di apprezzare i successivi snodi dell'indagine, che la norma era finalizzata a rafforzare l'effetto deterrente del sistema sanzionatorio fiscale, a tutela dell'interesse generale dello Stato *sub specie Fiscis*²⁶.

Probabilmente non vi sono le condizioni per affermare che la registrazione costituisse requisito strutturale del contratto, vista l'assenza di una norma generale in tal senso (l'art. 1. co. 4 l. 431/98 prevedeva infatti il solo obbligo di stipulazione in forma scritta). In altri termini l'invalidità non scaturiva dall'omessa registrazione della dichiarazione recante il prezzo reale, bensì era collegata all'illegittima sostituzione di un prezzo con un altro attraverso una specifica pattuizione: in sostanza era questa pattuizione ad essere sanzionata di nullità²⁷.

Al locatore non potevano attribuirsi benefici economici, in contrasto con i limiti legali²⁸ e lo confermerebbe il fatto che il patto occulto di maggiorazione del canone²⁹ veniva presidiato con la nullità.

L'art. 13, a differenza dell'art. 7 che è stato oggetto di declaratoria di incostituzionalità³⁰, ha subito una sorte singolare per mano della Corte di Cassazione e, oggi,

²⁴ Da ultimo, ULESSI, in ULESSI, Buset, *Locazione abitativa e patto occulto di maggiorazione del canone*, in *Nuova giur. comm.*, 2016, II, p. 276 ss.; CUFFARO, *Orwell il contratto di locazione: note a margine dell'art. 1, comma 59, legge 28 dicembre 2015*, n. 208, in *Corr. Giur.*, 2016, 5, p. 597 e ss.

²⁵ In tal senso LAZZARO, DI MARZIO, *Le locazioni per uso abitativo* cit., p. 68.

²⁶ CUFFARO, *Le invalidità del contratto*, in *Le locazioni ad uso abitativo*, a cura di Cuffaro, Torino, 2000, p. 186.

²⁷ In tale contesto normativo, il locatore poteva subire la riduzione del canone al prezzo indicato nel contratto registrato, senza che la registrazione tardiva del patto inizialmente occulto di maggiorazione del canone potesse scongiurare l'applicazione della nullità per violazione della norma imperativa dell'art. 13 della l. 431 del 1998 (così FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 88).

²⁸ Si veda Ulessi, *sub art. 13 l. n. 431/98*, in Cuffaro, Padovini, *Codice commentato degli immobili urbani*, Torino, 2017, p. 1233.

²⁹ Secondo la Cass., Sez. Unite, 17 settembre 2015, n. 18213, cit., «l'inquadramento della fattispecie concreta nell'ambito dell'istituto della simulazione non appare seriamente revocabile in dubbio».

³⁰ Ci si riferisce a C. cost. 5.10.2001, n. 333, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3017 e in *Giust. civ.*, 2001, 11, p. 2595, con nota di IZZO, *la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della legge 9 dicembre 1998, n. 431*, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 7 della l. n. 431/98 perché contrastava con l'art. 24, comma 1°, Cost., nella parte in cui condizionava la messa in esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile locato, adibito ad uso abitativo, alla dimostrazione, da parte del locatore, della regolarità della propria posizione fiscale quanto al pagamento dell'imposta di registro sul contratto di locazione, dell'ICI e dell'imposta sui redditi relativa ai canoni. Secondo i giudici delle leggi «tale onere, imposto al locatore a pena di improcedibilità dell'azione esecutiva, ha fini esclusivamente fiscali e risulta privo di qualsivoglia connessione con il processo esecutivo e con gli interessi che lo stesso è diretto a realizzare, sicché esso si traduce in una preclusione o in un ostacolo all'esperimento della tutela giurisdizionale, in violazione dell'art. 24 Cost.»

non sembra più essere finalizzato a contrastare il diffuso fenomeno del doppio contratto³¹.

Successivamente, detto articolo è stato parzialmente riscritto dal 59° comma dell'art. 1 della legge di stabilità del 2016³², pur mantenendo inalterata (comma 1) la previsione della nullità degli accordi che determinano un importo del canone superiore a quello risultante dal contratto scritto³³. Sempre nel comma 1 viene sancito l'obbligo del locatore di provvedere alla registrazione del contratto nel termine perentorio di trenta giorni³⁴ e la sua inosservanza, oltre a determinare la nullità del patto occulto, legittima il conduttore a proporre l'azione di restituzione «delle somme corrisposte in misura superiore al canone risultante dal contratto scritto e registrato» (comma 2), nel termine di sei mesi dalla riconsegna dell'immobile locato.

4. In questa cornice, la registrazione (al pari del bollo) ha svolto una funzione prevalentemente fiscale: dall'applicazione del prelievo fiscale in occasione del trasferimento della ricchezza o di erogazione di servizi pubblici a quello di conferire certezza alla data della scrittura privata (art. 18 del D.p.R. 26 aprile 1986, n. 131) di fronte ai terzi *ex art.* 2704 c.c., senza che la sua omissione potesse minare la validità della stessa³⁵.

Nemmeno l'omessa registrazione del contratto determinava, inizialmente, conseguenze pregiudizievoli sul regolamento contrattuale. La situazione cambierà in seguito. Difatti, parallelamente all'emersione di una progressiva rilevanza della fiscalità, ha iniziato a prendere piede la tendenza ad utilizzare la registrazione come mezzo

³¹ Si è avuto modo di constatare che l'art. 13 esplicita la nullità dei patti di maggiorazione del canone di locazione a fronte di quello risultante dal contratto scritto e registrato. In una recente ordinanza interlocutoria della Corte di cassazione (Cass., 3.01.2014, n. 37, annotata da GIGLIOTTI, *Locazione non registrata e regime giuridico del rapporto. A proposito di un revirement (annunciato dalla Cassazione, in I contratti*, 10, 2014, p. 914 e ss.) si è stabilito che operazione negoziale dovrebbe considerarsi illecita sotto vari profili, proprio perché volta a far conseguire ingiustificati vantaggi fiscali (causa concreta illecita perché destinata ad eludere l'imperativo fiscale. L'operazione risulterebbe, altresì, illecita per contrasto con il divieto di abuso del diritto in materia fiscale).

³² Ci si riferisce alla l. 28-12-2015, n. 208, pubblicata in *G.U.* n. 302 del 30-12-2015 e in vigore dall'1-01-2016.

³³ Per un primo commento si vedano MAZZOCCHI, *La nullità di diritto nelle locazioni abitative: ma c'è qualcosa di nuovo?*, in *Fisco*, 8, 2016, p. 724; MONEGAT, *Stabilità 2016: nulli gli accordi che determinano un canone superiore a quello contrattuale*, in *Quotidiano giur.*, 2016. Per una sintetica comparazione fra la precedente previsione e quelle novellate si rinvia a ULESSI, *sub art. 13 l. n. 431/98*, in CUFFARO, PADOVINI, *Codice commentato degli immobili urbani*, Torino, 2017, p. 1232 e s.

³⁴ Dispone l'art. 13 al comma 1 che «è nulla ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato. È fatto carico al locatore di provvedere alla registrazione nel termine perentorio di trenta giorni, dandone documentata comunicazione, nei successivi sessanta giorni, al conduttore ed all'amministratore del condominio, anche ai fini dell'ottemperanza agli obblighi di tenuta dell'anagrafe condominiale di cui all'articolo 1130, numero 6), del codice civile».

³⁵ Sottolinea Cass., sez. III, 28.04.2017, n. 10498, in *De Jure banca dati*, che la norma non prevede alcuna sanzione per l'inosservanza dell'obbligo imposto *de quo*.

di contrasto all'evasione fiscale e, quando ciò avviene, la registrazione è prevista a pena di nullità.

In particolare è con l'art. 1, comma 346, della l. 30-12-2004 n. 311³⁶ nella parte in cui sancisce la nullità del contratto di locazione se non registrato che si introduce una nullità testuale che si discosta dal paradigma tradizionale della difettosità della fattispecie.

La disposizione ha suscitato – come era prevedibile – una «sorta di (almeno iniziale) disorientamento»³⁷ negli operatori del diritto, dal momento che l'inadempimento tributario assurgeva ad occasione di eterointegrazione³⁸ imperativa del contratto ai fini di sanzione verso il locatore, reo «di aver omesso di conferire tempestiva evidenza pubblica al nuovo reddito»³⁹.

Sulla natura di tale forma di invalidità si sono contese il campo varie ricostruzioni dogmatiche e giurisprudenziali⁴⁰, di cui è bene dare conto.

4.1 Secondo una prima ricostruzione, fedele alla lettera della disposizione⁴¹, l'art. 1, comma 346 della l. 311 del 2004 avrebbe elevato la registrazione a presupposto di validità del contratto di locazione. Questa nuova prospettiva ha consentito di ridefinire l'*ubi consistam* della registrazione, la quale da mero onere assume, invero, le

³⁶ L'art. 1, comma 346 della l. 30-12-2004, n. 311, in *G.U.* n. 306 del 31-12-2004 – S.O. n. 192, dispone che «i contratti di locazione che comunque costituiscono diritti relativi di godimento di unità immobiliari ovvero di loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati». Alcuni dubbi interpretativi si posero con riguardo al termine per procedere all'adempimento della formalità: se cioè dovesse farsi riferimento a quello di 20 giorni decorrente dalla data dell'atto, come fissato nel decreto o se dovesse farsi riferimento, piuttosto, a quello di trenta giorni per il pagamento dell'imposta di registro. La Circolare del 16 novembre 2000, n. 207/E del Ministero delle Finanze ha dissipato ogni dubbio, chiarendo che il termine per la registrazione è quello di 30 giorni dalla data dell'atto.

³⁷ La citazione è di paternità di SENIGAGLIA, *Il paradossale «destino» del contratto di locazione tardivamente registrato prendendo spunto da due ordinanze del Tribunale di Venezia*, in *Dialoghi*, Padova, 3-4, 2008, p. 241.

³⁸ Sulla possibilità che la norma inderogabile, di cui all'art. 1, comma 346, della l. n. 311 del 2004, possa essere attinta quale fonte di integrazione del contratto di locazione *ex art.* 1374 c.c., v. PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 351 il quale evidenzia come, sulla base di tale sintesi, l'interprete possa trovarsi nelle condizioni di qualificare il contratto; SACCO, *Il contratto*, in *Tr. Vassalli*, Torino, 1975, p. 787; per ZACCARIA, *sub art. 1374, c.c.*, in *Comm. breve al cod. civ.* Cian-Trabucchi, Padova, 2008, p. 1421, la norma ricavabile dall'art. 1374 c.c. sarebbe destinata ad integrare le lacune che i contraenti abbiano lasciato nel regolamento contrattuale e che, grazie all'eterointegrazione, il rapporto giuridico potrebbe trovare attuazione.

³⁹ In questi termini QUARTA, *Autonomia privata e violazione di norme imperative di «rilievo esclusivamente tributario»*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2016, p. 1068.

⁴⁰ In tal senso CUFFARO, *Orwell e il contratto di locazione: note a margine dell'art. 1, comma 59, legge 28 dicembre 2015, n. 208*, cit., p. 598, discorre di «sarabanda giurisprudenziale e legislativa», per rappresentare lo stato dell'arte sull'interpretazione della norma.

⁴¹ *Ex multis* Cass., 22.07.2004, n. 13621, in *Giur. it.*, 2005, 112. Per la dottrina, si vedano BOCCONE, *Profili di nullità ed inefficacia del contratto*, in DE GIORGI, MAFFEI, MARVASI (a cura di), *Le locazioni. Profili sostanziali, processuale e della nuova mediazione*, Padova, 2015, p. 169; CIATTI, *sub art. 1594*, in CUFFARO, CALVO, *Delle locazioni. Disposizioni generali*, in *Comm.* Schlesinger, Milano, 2014, p. 274; ULESSI, *Registrazione e nullità della locazione dopo la «cedolare secca»*, in *Nuova giur. comm.*, 2012, II, p. 277.

vesti di un obbligo giuridico, nascente dal contratto⁴². Eppure questa conclusione sembra non considerare che l'art. 1, comma 4, della legge 431/98 si limita a imporre la forma scritta⁴³, quale requisito [formale] della locazione, non anche la registrazione che resta un elemento esterno alla fattispecie contrattuale⁴⁴.

Si segnala che tale soluzione ha avuto un grande seguito nell'elaborazione giuridica, tanto da potersi ritenere definitivamente sedimentata, anche in considerazione delle plurime adesioni ad essa registratesi della giurisprudenza di merito⁴⁵ e della Corte di cassazione⁴⁶.

Per i giudici di legittimità non avrebbe senso porsi un problema esegetico sulla natura della sanzione, perché è la chiarezza con cui viene disposta l'invalidità («i contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità

⁴² Nella manualistica (TORRENTE – SCHLESINGER, cit., p. 202) si sostiene che la registrazione è teleologicamente rivolta ai fini fiscali e può rivestire, peraltro, importanza sotto il profilo privato, «in quanto costituisce il mezzo di prova più comune per rendere «certa», mediante l'attestazione dell'ufficio stabilmente esso sul documento, la data di una scrittura privata di fronte ai terzi (art. 2704, c.c.)».

⁴³ La necessità della forma scritta costituisce un dato che può trarsi agevolmente dall'instanzione della legge e sembrerebbe circoscritta alle locazioni ad uso abitativo. Difatti, l'art. 1, comma 4, l. 9-12-1998, n. 431 ha introdotto la forma scritta *ab substantiam* per la stipulazione dei contratti ad uso abitativo, così TRIMARCHI, in *Tratt.* Perlingieri, Napoli, 2013, p. 148 e s. il quale precisa che, in ordine alla conseguenza, che il mancato adempimento dell'onere formale comporta, pur non riportando l'art. 1, comma 4, una specifica sanzione, sembrerebbe doversi predicare la nullità dal momento che la norma eleva il requisito formale a condizione di validità del contratto. Dello stesso avviso DI MARZIO, *La forma del contratto di locazione abitativa*, in *www.personaedanno.it*, 6 e nota di richiami n. 20. Per BENINCASA, *Formalismo e contratto di locazione*, Milano, 2005, 78 la redazione per iscritto del contratto agevola la certezza dei rapporti giuridici, data dalla contezza dell'univocità dell'atto. Solo a seguito di questo adempimento potrà seguire la responsabilità del consenso attraverso la serietà della dichiarazione. Andando oltre, la redazione per iscritto del contratto è una garanzia volta a tutelare i terzi, nel senso che ha lo scopo di consentire la conoscibilità dell'atto da parte dei medesimi. Più di recente, LAGHI, *Forma ad essentiam e nullità di protezione: - declinazioni funzionali della forma nelle locazioni ad uso abitativo*, cit., p. 256 e ss.

⁴⁴ La previsione della nullità del rapporto contrattuale per fatti estranei alla fattispecie negoziale - pur se contraria alla tradizionale sistematica civilistica (ma v. l'art. 1 r.d.l. 27-09-1941, n. 1015, peraltro significativamente abrogato a breve distanza di tempo) - non è, peraltro, sconosciuta al sistema attuale, che ne contempla, ormai, significative ipotesi (v., ad es., l'art. 67 *septies decies*, comma 4, cod. consumo). Sul progressivo superamento della tradizionale concezione della nullità - la quale attraverso un'evoluzione che la vede transitare dalla (tradizionale) logica del "rimedio di fattispecie" verso la configurazione in termini di "rimedio del regolamento" - v., per tutti, SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, p. 413 e ss. (e spec. p. 432 ss.).

⁴⁵ Fra le tante, Trib. Bari, sez. dist. Monopoli, 24.10.2011, in *Corr. Merito*, 3, 2012, p. 249, annotata da SANGIOVANNI, *La registrazione ritardata del contratto di locazione fra nullità e annullabilità*; Trib. Saluzzo, 2.12.2000, in *Imm. e propr.*, 2011, 8, p. 537; Trib. Roma, 30.09.2010, n. 20529, in *Guida dir.*, 2011, 3, p. 7.

⁴⁶ Cass., 13.12.2016, n. 25503, con nota di CALVO, *Contratto di locazione, nullità erariale e arricchimento senza causa*, in *Corr. giur.*, I, 2017, p. 11 e, da ultimo, Cass. civ., sez. Un., 9 ottobre 2017, n. 23601, cit. ove si legge che la soluzione sottopostale non consente un'interpretazione difforme da quella che ricostruisce «la sanzione legislativa per omessa registrazione in termini di nullità sopravvenuta del contratto di locazione per mancanza di un requisito extraformale di validità».

immobiliari ovvero di loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati») a dissipare ogni dubbio sugli effetti invalidanti.

Secondo gli ermellini sarebbe errato ritenere applicabile la disposizione dell'art. 1458 c.c. alla fattispecie contrattuale nulla: l'estensione della disciplina della risoluzione del contratto porterebbe a configurare il diritto, in capo al locatore, di ritenere quanto percepito a titolo di canone di locazione, in contrasto con le regole dell'indebito oggettivo per cui i pagamenti effettuati dal conduttore in forza di un contratto nullo sono soggetti a ripetizione. Il locatore, invece, potrà ottenere l'indennizzo per il mancato godimento del bene immobile occupato senza giusta causa, solamente provando il danno patito o l'ingiustificato arricchimento ai sensi dell'art. 2041 c.c.

Non si può fare a meno di osservare che la decisione, per quanto apprezzata per la profondità delle asserzioni e per le dotte argomentazioni, non è rimasta esente da critiche, circoscritte, per il vero, alla possibilità per il locatore di esperire utilmente l'azione generale di arricchimento. Si è fatto presente che la domanda del locatore non risulterebbe meritevole per la nullità del rapporto negoziale sottostante, in vista della contrarietà a norme di ordine pubblico⁴⁷.

Facendo seguito a questa soluzione, il conduttore potrebbe svincolarsi dall'obbligazione di pagamento, dato che la norma è volta a punire il locatore colpevole di evasione fiscale⁴⁸.

4.2 La tesi appena richiamata, peraltro, induce a chiedersi se la eventuale registrazione tardiva possa sanare la nullità. La soluzione dovrebbe essere negativa, non essendo consentita la convalida del contratto nullo al di fuori dei casi in cui sia espressamente prevista da una norma positiva (art. 1423 del c.c.)⁴⁹, salvo volersi ritenere che la nullità sia ricollegabile solo al caso di omessa registrazione e non all'atto della registrazione tardiva⁵⁰. Ove anche si ammettesse tale eventualità, resterebbe comunque da stabilire se la sanatoria operi retroattivamente o solo per il futuro⁵¹.

Di recente, la Corte di cassazione ha ritenuto che l'inadempimento del dovere tributario dia luogo ad una nullità "atipica" del contratto di locazione; "atipica" perché potrebbe sanarsi, in esito alla tardiva registrazione, con effetti *ex tunc*, consentendo «di mantenere stabili gli effetti del contratto voluti dalle parti»⁵²: dall'inte-

⁴⁷ CALVO, *La locazione*, cit., 4.

⁴⁸ Cass., 13.12.2016, n. 25503, cit., p. 11.

⁴⁹ Il contratto nullo non è, in linea generale, convalidabile (art. 1423 c.c.), diversamente dal contratto annullabile ex art. 1444, comma 1, c.c. Sostiene SANGIOVANNI, *La registrazione ritardata del contratto di locazione fra nullità e annullabilità*, cit., p. 249 che «il contratto nullo può, al più, essere convertito (art. 1424 c.c.), ma la fattispecie della conversione non è certamente invocabile nel contesto della mancata registrazione del contratto di locazione». Per la giurisprudenza, Trib. Torino, 21.04.2016, in *De Jure banca dati*; Corte App. Brescia, 28.05.2012, n. 682, in *Arch. Locazioni*, 2013, 1, p. 71; Corte App. Roma, 24.06.2015, n. 3753, in *Arch. Locazioni*, 2015, 5, p. 521.

⁵⁰ RIZZUTI, *Sanatoria delle nullità e contratto di locazione non registrato*, in *Giur. It.*, 2013, p. 1083 e ss.

⁵¹ LAZZARO, DI MARZIO, *Le locazioni per uso abitativo*, Milano, 2012, p. 1052 e ss.

⁵² Cass., 28.04.2017, n. 10498, in *Foro it.*, 4, 2017.

resse del locatore, che potrebbe trattenere quanto ricevuto in pagamento, all'interesse del conduttore che non rischierebbe azioni di rilascio, al punto da poter godere della durata della locazione per come stabilita nel contratto. Questa soluzione è frutto, anzitutto, di una lettura per comparti stagni della norma, dal momento che la sanabilità del contratto verrebbe legata alla mancata specificazione del termine di 30 giorni, nell'art. 1, comma 346 della l. 30-12-2004, n. 311, entro cui dover procedere alla registrazione tardiva, a nulla rilevando che lo stesso paletto sia fissato nel Testo Unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro (art. 17 del D.p.R. 26-04-1986, n. 131). Si ricaverebbe che il contratto registrato sia valido sempre e comunque, a prescindere dal momento in cui si realizzi l'adempimento tributario. Eppure la Corte ammette che, ormai, si sia sviluppata un'inversione di tendenza, rispetto al principio di non interferenza della norma tributaria sulla validità dell'atto (v. *supra* § 1), culminata proprio con l'emanazione dell'art. 1, comma 346 della l. 30-12-2004, n. 311.

Ad una disamina più attenta tale conclusione trascura che la specificazione temporale sembrerebbe dover caratterizzare, persino, il regime privatistico delle locazioni, come trapela dall'art. 13, della l. 431 del 1998 nel momento in cui collega il *dies a quo* alla stipula del patto occulto di maggiorazione del canone.

Ad ogni modo, questa soluzione sembra, invero, tradire la premessa di fondo, andando ad abbracciare, per contro, la tesi da cui intendeva apertamente discostarsi, ovvero che la registrazione sia costruita quale condizione legale di validità del contratto (v. *infra*, § 4.7.).

4.3 Un'indagine empirica ferma al solo dato letterale confermerebbe che la previsione della nullità sia chiara e di senso univoco come ha sostenuto la Corte di cassazione, ma potrebbe portare a conclusioni opposte se non colta in una dimensione sistematica. Né può ignorarsi che la chiarezza del testo legislativo non ha senso se circoscritta al «primo impatto della precomprensione»⁵³, ossia all'intendimento scaturente da una prima lettura o, meglio ancora, da una «sommatoria interpretazione»⁵⁴.

L'attività dell'interprete deve andare oltre, dal momento che oggetto della conoscenza non può che essere il frutto del rapporto dialettico fra norma e fatto concreto. In quest'ordine di idee potrebbero cogliersi le ragioni che spinsero parte della letteratura⁵⁵

⁵³ Con il termine «precomprensione» si suole fare riferimento all'ipotesi in cui l'interprete, accostandosi al testo legislativo, formula alcune supposizioni sulla soluzione della problematica sottoposta alla sua attenzione. Attenta dottrina, sul postulato che fra il testo legislativo e l'ipotesi interpretativa si instaura un'interazione, evidenzia che la precomprensione corrisponde al postulato della riflessione, in tal senso ALEXI, *Interpretazione giuridica*, in *Enc. Scienze sociali*, V, Roma, 1996, p. 65.

⁵⁴ La citazione riportata fra le virgolette è di paternità di PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale* cit., p. 584.

⁵⁵ DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985, p. 435; VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 43 ss.

e della giurisprudenza⁵⁶ a qualificare la mancata registrazione non quale ipotesi di nullità ma di irregolarità, successivamente sanabile senza pregiudizio per il contratto, con il versamento del tributo e delle sanzioni.

È necessario partire dalle disposizioni dell'art. 1, commi 342 e 346, al fine di comprendere se il linguaggio utilizzato dal legislatore sia o meno consono con le categorie dogmatiche richiamate⁵⁷.

In effetti, leggendo congiuntamente le citate disposizioni sembra possibile sostenere che il testo della disposizione dell'art. 1, comma 346 della legge finanziaria⁵⁸ necessiti di essere integrato dal precedente art. 1, comma 342. Quest'ultima previsione rimette – e questo la dice lunga sulla natura della sanzione oggetto di indagine – all'Erario la possibilità di pretendere, sulla base di una presunzione *iuris tantum*, il credito sia in ordine ai periodi di imposta coinvolti nell'accertamento, sia in ordine al reddito assoggettato a tassazione. In questa luce, sembra alquanto contraddittorio decretare la nullità di un contratto, quale rimedio «antagonista»⁵⁹ all'autonomia privata, senza pregiudizio per lo Stato che ha la facoltà di riscuotere il proprio credito.

In altri termini, la tesi della nullità non riesce a spiegare, volgendo l'analisi sul momento effettuale, come possa l'Erario, in base al principio *quod nullum est nullum producit effectum*, far riferimento al credito da locazione e pretendere le prerogative di cui all'art. 41 *ter* del D.p.r. n. 602 del 1973. Considerare nullo il contratto di locazione significa, infatti, negargli validità ed efficacia con effetto retroattivo⁶⁰ e anche per la nullità predicata dall'art. 1, comma 346 della l. 30-12-2004, n. 311 dovrebbe valere analoga conclusione⁶¹. A tacere dal fatto che, ragionando in termini

⁵⁶ *Ex multis* Cass., 27.10.2003, n. 16089, in *Corr. Giur.* 2004, p. 1342 ss., con nota di GIOVE, *La registrazione del contratto di locazione ad uso abitativo non è prescritta a pena di nullità*; Cass., 22.07.2004, n. 13621, in *Mass. Giust. Civ.*, 2004, p. 7, laddove i giudici ebbero l'occasione di puntualizzare che «la violazione della normativa fiscale non incide sulla validità o efficacia di un contratto, ma ha rilievo esclusivamente tributario». Più di recente, Corte App. Brescia, 28.05.2012, n. 682, cit.; Trib. Roma, 20.10.2010, cit.; Corte App. Roma, 24.06.2015, n. 3753, cit.

⁵⁷ Rileva ad esempio il FILANTI, *Nullità (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 3 che l'uniformità di significato del negozio nullo risponde ad una malintesa esigenza di razionalizzazione del linguaggio del legislatore e ciò a maggior ragione ove si osservi che quando egli utilizza la formula per indicare un elemento di fattispecie, non sempre «è consapevole del fatto che essa viene così ad assumere un significato positivo. Tale significato sarà allora quello richiesto dalle diverse e contingenti ragioni d'impiego della formula stessa»; in senso conforme di veda SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁸ Cfr. art. 41 *ter* del D.p.R. n. 602 del 1973.

⁵⁹ Per ROPPO, *Contratto*, in *Digesto (disc. priv.)*, Torino, p. 134 il rimedio della nullità è posto a presidio dell'interesse generale: «giustifica i profili salienti del regime dei contratti nulli: così in punto di legittimazione attiva, imprescrittibilità dell'azione, rilevabilità d'ufficio, insanabilità, retroattività e opponibilità ai terzi».

⁶⁰ Il negozio nullo è assolutamente inefficace; non potrà produrre gli effetti collegati al corrispondente atto di autonomia privata ritenuto valido, alla luce dell'adagio *quod nullum est nullum producit effectum*. Considerazioni sul punto in SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, p. 212.

⁶¹ Dello stesso avviso NIVARRA, RICCIUTO, SCOGNAMIGLIO, *Istituzioni di diritto privato*, Torino 2016, p. 436 per i quali le ipotesi «patologiche dell'atto sono connesse a vizi originari dello stesso».

di nullità assoluta, essa risulterebbe, per un verso, sanabile (persino con la registrazione tardiva) senza che alcuna disposizione di legge lo preveda e, per altro verso, sopravvenuta (di dubbia ammissibilità)⁶² al processo decisionale validamente formatosi.

Se si analizzano le disposizioni alla luce del criterio sistematico e teleologico⁶³, sembra possibile convenire che la soluzione della nullità appaia abnorme. Anzitutto, perché sacrifica gli interessi del contraente debole⁶⁴, relegandolo ad una condizione di subordinazione assoluta (è stato definito una sorta di sentinella del fisco) senza che ciò scaturisca dalla violazione di interessi generali, allo scopo di perseguire una funzione costituzionalmente apprezzabile⁶⁵. Trattandosi di una scelta di politica legislativa funzionale a tutelare le casse erariali essa appare costruita come una scelta “di parte” che non supererebbe il vaglio della ragionevolezza⁶⁶. Da qui la convinzione che la norma fiscale non rivesta carattere imperativo, pur essendo inderogabile⁶⁷.

⁶² Non dovrebbe trattarsi, tecnicamente, di una nullità sopravvenuta, sulla cui configurabilità, peraltro, si mietono consolidati orientamenti sfavorevoli: v. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, Milano, 1978, p. 900 s. e per la manualistica CHINÈ, ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, 2009, Andria, p. 1706 s. Si suole far riferimento al concetto di nullità sopravvenuta quando si è dinanzi ad un mutamento normativo che decreta una serie di problemi sulla tenuta del contratto e/o delle sue prestazioni, durante il periodo necessario ai fini della concreta esecuzione dell'assetto di interessi avuto di mira dai contraenti e ciò, in particolare, su una fattispecie contrattuale come la locazione che è a prestazione continuata nel tempo. Questo problema è stato uno dei più delicati che ha dovuto affrontare l'elaborazione giuridica all'indomani dell'entrata in vigore della disciplina che aveva introdotto l'invalidità assoluta del contratto di locazione non registrato, perché coinvolgeva tutte quelle fattispecie in corso alla sua entrata in vigore, non anche i contratti che avevano esaurito i propri effetti (lo evidenzia TOMMASINI, *Nullità*, cit., p. 900 il quale, in relazione alla costruzione concettuale di una nullità successiva, pone in evidenza che sarebbe lecito rifarsi per i negozi «non ancora esauriti, vale a dire di durata o ad effetti differiti»).

Per la giurisprudenza, a proposito della mancata registrazione del contratto di locazione, si veda Trib. Reggio Emilia, 05.03.2009, in *De Iure ordine*, laddove il giudice adito esclude la possibilità che la fattispecie trattata desse luogo ad una ipotesi di una nullità sopravvenuta. Il giudice emiliano sosteneva che un'interpretazione difforme «non appare, però, convincente se si considera che i requisiti di validità di un negozio giuridico sono necessari nella fase formativa dell'atto: se, infatti, l'invalidità costituisce una sanzione contro l'atto difforme dal diritto, non può che operare dall'inizio e l'affermazione talvolta ritenuta in dottrina – per giustificare il fenomeno dell'invalidità successiva – non è idonea a spiegare come sia possibile che un negozio giuridico che si è formato validamente possa diventare invalido per una circostanza sopravvenuta all'acquisita validità giuridica». Sul tema, cfr. anche RICCIO, *Nullità sopravvenuta del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2000, 2, p. 629 s.

⁶³ GAGLIARDI, *La nuova ipotesi di nullità dei contratti di locazione*, in *Il civilista*, Milano, 10, 95; NUZZO, *La registrazione tardiva del contratto di locazione ha efficacia sanante*, in *www.dirittoegiustizia.it*.

⁶⁴ Tale circostanza sembrerebbe contrastare con l'ottica del legislatore, sempre più protesa alla salvaguardia della posizione del consumatore, grazie agli interventi normativi succedutisi, nel corso del tempo, dapprima con i “contratti del consumatore” e, successivamente, con il “codice del consumo”, oltre che con l'attuazione di una serie di direttive. Tali previsioni legislative hanno condotto alla formalizzazione dello *status* del consumatore, il quale deve essere rispettato e tutelato nella fase della formazione della volontà negoziale (tutela dell'affidamento).

⁶⁵ PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1984, p. 61.

⁶⁶ PERLINGIERI P., cit., p. 61.

⁶⁷ La giurisprudenza prevalente ha negato che la norma fiscale rivesta carattere imperativo. Fra le tante si vedano Cass. 5.11.1999, 12327, in *Riv. Not.*, 2000, p. 475; Cass. 8.11.1995, n. 11598, in *Mass. Giur. It.*,

A ben vedere, se si assecondeva l'idea che la violazione della regola tributaria determini, sul piano privatistico, la nullità del contratto – e ciò nel tentativo di incentivare i conduttori a denunciare l'illecito tributario – la legge risulterebbe persino poco giustificabile, dal momento che non prenderebbe adeguatamente in considerazione il fatto che le parti possono accordarsi sulle modalità di adempimento del dovere fiscale. Ponendosi in quest'ordine di idee, non sembrerebbe d'ostacolo nemmeno la decisione della Suprema Corte⁶⁸, allorquando ha decretato la nullità del contratto alla luce dell'inadempimento imputabile al solo locatore. In altri termini, se la normativa dovesse essere intesa nel senso che l'obbligo di curare la registrazione del contratto spetti solo al locatore (art. 13 l. 431 del 1998), come vorrebbero i sostenitori della nullità quando immaginano che l'eventuale omissione non sia sanabile, quanto agli effetti civili, con una registrazione tardiva, la disciplina risulterebbe poco coerente e poco giustificabile.

Sarebbe sufficiente che le parti si obbligassero all'adempimento del dovere fiscale per scongiurare l'eventualità che il conduttore possa poi avvalersi delle prerogative di legge non potendo, in questo caso, denunciare la locazione in nero per essere anche a lui imputabile⁶⁹.

La soluzione appena esposta trascura, dunque, il momento concreto, non considerando che il conduttore si trova, nella generalità dei casi, in una posizione ancillare rispetto al locatore. La disciplina risulterebbe, cioè, facilmente aggirabile dal locatore che potrebbe imporre al conduttore di curare, congiuntamente, tale formalità, al fine di scongiurare le conseguenze della nullità del contratto.

4.4 Va anche notato che l'impostazione tradizionale fondata sulla concezione unitaria dell'invalidità, come categoria giuridica omogenea e sulla sua articolazione in due diverse e distinte ipotesi applicative a seconda della maggiore o minore intensità della patologia (rispettivamente nullità ed annullabilità) risulta ormai inidonea a fornire interpretazioni coerenti⁷⁰, anche dal punto di vista sistematico, alle (nuo-

1995; 19.06.1981, n. 4024, in *Giust. Civ. Mass.* 1981, 1424.

⁶⁸ Cass., S.U. 17.09.2015, n. 18214, cit.

⁶⁹ Secondo il Trib. Bari, 2.03.2017, n. 828, in *De Jure banca dati* «la tardiva registrazione del contratto di locazione sana con effetti ex nunc la nullità del contratto e quindi prima della registrazione il contratto è improduttivo di effetti».

⁷⁰ Per la civilistica tradizionale, infatti, le c.d. nullità speciali non potrebbero, a rigore, dar luogo ad una ipotesi di nullità né, tantomeno, di annullabilità. In tal senso, d'altronde, si spiega il generale disfavore che la dottrina tradizionale riserva a tale fattispecie. Il concetto di nullità contenuto nel codice si fonda, poi, sulla tradizionale distinzione tra nullità assoluta e relativa: la prima richiamerebbe una fattispecie caratterizzata da un vizio particolarmente grave, la seconda opererebbe nell'ipotesi di atti relativamente invalidi, operandosi una distinzione sulla base della natura dell'interesse protetto, dei soggetti nei cui confronti la nullità opera, della possibile sanatoria della nullità, nonché dei soggetti legittimati ad esperire la relativa azione. Oggi si ammette che l'unica differenza di valore tra nullità assoluta e nullità relativa risieda nella minore ampiezza della cerchia dei legittimati attivi all'azione di nullità, in quanto per l'attuale dogmatica la figura della nullità relativa viene richiamata fundamentalmente come una tipologia d'invalidità negoziale caratterizzata dal fatto che la legittimazione a farla valere è limitata a priori dalla legge; ma, dalla lettura di alcuni

ve⁷¹) ipotesi di nullità c.d. speciali⁷². In questa prospettiva, potrebbe sostenersi che il riferimento espresso alla nullità predicata dall'art. 1, comma 346 della l. 30-12-2004, n. 311 prefiguri un'ipotesi di invalidità che, al pari di quella consumeristica, posseda i tratti distintivi delle nullità di protezione⁷³. La sede non consente certo l'approfondimento che l'argomento meriterebbe, sennonché può darsi per acclarata la tendenza a riconoscere che tali patologie, sul piano disciplinare, si collocano a metà strada fra la nullità e l'annullabilità⁷⁴, caratterizzandosi per la riserva di legitti-

scritti dedicati all'argomento, ex multis, PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967, così come ricordato da ARDUINI, *La nullità di protezione tra legittimazione relativa all'azione e rilevabilità d'ufficio condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 691 ss., emerge che fino a tempi non molto lontani non vi era concordia sul concetto di nullità relativa, tanto che con questo nome si finiva per indicare in generale tutti i casi in cui per un motivo o per l'altro il legislatore aveva previsto delle deviazioni al regime della nullità codicistica

⁷¹ Ricorda GABRIELLI, *I contratti in generale*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, II, Torino, 2006, p. 1547 ss., che si trovano esempi di nullità speciali e nullità di protezione anche nel codice. Secondo l'Autore, infatti, la saggezza dei redattori del codice del 1942 aveva messo in chiaro nell'art. 1421 che legittimazione assoluta e rilevabilità d'ufficio sono tratti normali, non necessari, della nullità, ed aveva limitato normalmente alla singola clausola o parte contra jus l'effetto chirurgico dell'accertamento giudiziale. Dello stesso avviso CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese, Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2005, p. 549 ss., ed a ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 639 ss

⁷² GABRIELLI, *op. cit.*, p. 1279 ss. distingue le nullità esterne al codice in due categorie: una prima categoria è quella delle nullità contrattuali, a volte testuali, a volte virtuali, comminate per fini di difesa della concorrenza e del mercato, un'altra serie di ipotesi viene invece riassunta nella formula delle cd. nullità di protezione. Problemi dogmatici e tecnici provengono proprio da quest'ultime.

⁷³ Le novità normative, che si sono succedute già nel corso degli anni novanta, hanno imposto una rivisitazione dell'analisi di alcune categorie tradizionali in tema di studi sulla nullità ed indotto la giurisprudenza a dare nuovo vigore ad istituti in parte desueti o di rara applicazione (come è accaduto per esempio per la nullità c.d. parziale) e viceversa portare ad un affievolimento d'interesse per il rimedio dell'annullabilità. Si assiste "ad una vera e propria inflazione di figure di nullità disseminate a piene mani dal legislatore": nullità nuove, protettive, speciali poiché da un lato non si lasciano ricondurre al novero delle tradizionali cause di nullità, dall'altro, presentano sensibili deviazioni sotto il profilo del trattamento giuridico rispetto alla disciplina disegnata dagli artt. 1418/1424 c.c. (così MANTOVANI, *Le nullità ed il contratto nullo*, in *Tratt. ROPPO, Rimedi*, IV, Vol. I, Milano, 2006, p. 11; nello stesso senso anche SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. Dir. Civ.* 2003, p. 202). Precisa GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa dir. priv.*, 2011, n. 4, p. 83 ss. che la formula "nullità di protezione" è stata adottata, dopo circa un decennio che la fattispecie esisteva come caso di inefficacia, dal legislatore nella rubrica della disposizione del Codice del consumo che modifica in nullità la sanzione contro le clausole vessatorie (il caso dai più ritenuto paradigmatico). Per una riflessione aggiornata sugli sviluppi legislativi e nell'elaborazione giuridica v. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016 che ripone particolare attenzione agli interessi tutelati dalle patologie che investono i contratti oltre alle peculiarità che, conseguentemente, ne caratterizzano il regime giuridico in punto di legittimazione all'azione, rilevabilità d'ufficio, potere di convalida e tecniche di eterointegrazione del contratto parzialmente nullo.

⁷⁴ L'opinione è di POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1029 ss., il quale rileva le permanenti differenze tra l'annullabilità e la nullità, anche se entrambe le patologie possono essere caratterizzate dalla riserva di legittimazione a soggetti determinati e dalla conseguente vincolatività ex uno latere delle regole divise; tali differenze sarebbero correlate alla diversa patologia di squilibrio presa in

mazione relativa e per essere poste a presidio di interessi particolari e non generali dell'ordinamento.

Eppure, nemmeno questa soluzione sembra persuasiva, dal momento che l'interesse sotteso all'adempimento del dovere tributario è sì particolare e non generale, ma non è posto a tutela del conduttore, pur rivestendo i panni della parte debole del rapporto, in considerazione della fisiologica posizione [di debolezza] che assume nella contrattazione⁷⁵. Come detto, la finalità che il regime patologico della locazione sottende è quella di salvaguardare l'interesse dell'Erario (per meglio dire, le casse erariali), sebbene lo Stato non sia parte del contratto di locazione.

D'altronde, la nullità di protezione è un rimedio posto a presidio del contenuto minimo ed inderogabile del contratto del consumatore, reagendo all'introduzione di clausole abusive, fulminando di inefficacia esclusivamente la parte del regolamento contrattuale o la singola clausola *contra legem*⁷⁶. È evidente che la registrazione non ha nulla a che vedere con gli accordi contrattuali che segnano il regime della locazione che potrebbe, ad esempio, far prefigurare un significativo squilibrio fra le prestazioni contrattuali, a danno del conduttore.

4.5 Nella stessa tendenza del primo orientamento, seppur da prospettive diverse, si colloca una decisione di merito⁷⁷ che si segnala per aver adottato una soluzione di «*policy of law*»⁷⁸. Il contratto di locazione non registrato, pur risultando nullo sul piano sostanziale, potrebbe essere sanato con effetti *ex tunc*, mediante la conferma, che nella specie sarebbe «atipica», del negozio nullo⁷⁹, realizzata con la registrazione tardiva. Esso risulterebbe valido da quel momento, rendendo esigibili i canoni maturati, a partire dalla regolarizzazione delle formalità fiscali.

Tale soluzione trascura la profonda divergenza funzionale fra le disposizioni relative alla conferma di atti nulli con quelle della nullità del contratto. Per essere più precisi, le disposizioni degli artt. 590 c.c. «conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle» e 799 c.c. «conferma ed esecuzione volontaria delle

considerazione. Dello stesso giudizio sono CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 836 ss., e TOMMASINI, *Introduzione. L'azione di annullamento e i suoi presupposti*, in TOMMASINI, LA ROSA, *Dell'azione di annullamento. Artt. 1441-1446*, in *Comm.* Schlesinger, Milano, 2009, p. 25 ss.

⁷⁵ DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 45 ss.; nel dettaglio, ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, p. 43 ss.; ID., *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, 2007.

⁷⁶ D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Contratti*, 2008, pp. 732, 737 e 744.

⁷⁷ Tr. Napoli, 19.10.2009, in *Notariato*, 2, 2010, con nota di MARINO, *Mancata registrazione del contratto di locazione: una nullità sanabile?*, p. 170 ss.

⁷⁸ L'affermazione è di paternità di MARINO, *Mancata registrazione del contratto di locazione: una nullità sanabile?* cit., p. 180.

⁷⁹ Sulla sanatoria del negozio nullo mediante conferma v. PASETTI, *Sanatoria del negozio*, in *Enc. Giur.*, XXVIII e AURICCHIO, in *Foro it.*, 1956, I, p. 120.

donazioni nulle» sono costruite, stando all'orientamento consolidatosi in dottrina⁸⁰ e in giurisprudenza⁸¹, come eccezioni al principio dell'insanabilità del negozio nullo *ex art. 1423 c.c. rubricato «inammissibilità della convalida»*. Questa osservazione potrebbe spiegare che la conferma del negozio nullo non si concili con la fattispecie esaminata, anche al sol fine di convalidare la locazione non registrata. A tacere poi del fatto che le disposizioni sulla conferma vantano un diverso fondamento rispetto alla convalida, tant'è che con le prime il legislatore ha inteso tutelare la volontà del testatore o del donante manifestata in modo viziato e che non potrebbe più esprimersi mediante la rinnovazione dell'atto⁸². Ulteriori differenze potrebbero tracciarsi sul piano della legittimazione al compimento dei due atti⁸³, dato che il potere di confermare non spetta agli autori dell'atto, bensì agli eredi o aventi causa di chi ha redatto il testamento o di chi ha donato e, pertanto, non vi è coincidenza fra il soggetto che ha compiuto l'atto e colui che risulta legittimato alla conferma⁸⁴.

4.6 Un'ulteriore opzione, senza prendere posizione su quella che dovrebbe essere la natura della sanzione comminata dalla legge, ritiene che l'invalidità collegata alla mancata registrazione del contratto di locazione si ponga in aperto contrasto con gli artt. 3, 24 e 41 della Carta costituzionale⁸⁵.

In tal guisa, l'art. 1, comma 346, della l. 30-12-2004, n. 311, proprio perché destinato a compromettere l'autonomia delle parti, avrebbe dovuto perlomeno considerare: «il diritto di libertà dei paciscenti da considerarsi diritto fondamentale della persona, giacché strumentale al principio di libertà di iniziativa economica tutelato dall'art. 41, I comma, Cost. che deve cedere solo di fronte a motivi di ordine superiore, economico e sociale, considerati rilevanti dalla Consulta»⁸⁶.

Non sembra che il Fisco possa ritenersi portatore di un interesse di tale caratura e, ad ogni modo, è apparsa socialmente ingiustificata una così penetrante limitazione alla libertà contrattuale che si risolverebbe in un'incostituzionale lesione di un diritto fondamentale della persona (emergente dalla lettura congiunta degli artt. 2.

⁸⁰ MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, Torino, IV, 2, 1967, p. 504 e ss.; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il Contratto*, cit., p. 635 e ss.; DE SIMONE, *La convalida del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946; PASSETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e delle donazioni*, Padova, 1953; FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Dig. Civ.*, IV, Torino, 1989, 1.

⁸¹ Cass., n. 719 del 1965, in *Ced. Cass.*, 1965; Cass., n. 535 del 1968, in *Foro it.*, 1968, 1, 1949.

⁸² PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, cit., 234.

⁸³ FRANZONI, *La conferma del testamento invalido*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, Milano, 2009, p. 1613.

⁸⁴ In tal senso si veda MARINO, *Mancata registrazione del contratto di locazione: una nullità sanabile?* cit., p. 180.

⁸⁵ In questo senso MAZZEO, *Nullità di singole pattuizioni relative al canone nelle locazioni abitative (art. 13, comma 1, legge n. 431 del 1998), e nullità (per omessa registrazione, dei contratti di locazione in genere (comma 346 dell'art. 1 legge n. 322 del 2004)*, in *ALC*, 2006; 9; FOCACCI AMMANNATI, *La nullità del contratto di locazione non registrato, in Immobili e proprietà*, 2005, 6, p. 331. Su un ipotetico contrasto della norma con l'art. 53 Cost. sia consentito rinviare a BARDARO, *La registrazione della locazione fra impostazione dogmatica, coerenza sistematica e volontà legislativa*, in *Vita Notarile*, 3, 2010, p. 1537.

⁸⁶ C. cost. 21.03.1969, n. 37, in www.giurcost.org/decisioni/index.html.

e 41 Cost.). Dopotutto lo avrebbe confermato il legislatore nel momento in cui ha decretato nell'art. 10, comma 3, della l. 27 luglio 2000 n. 212 che le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto⁸⁷.

Eppure la Corte costituzionale, chiamata per ben tre volte a giudicare la compatibilità della norma con quelle degli artt. 3, 24 e 41 Cost.⁸⁸, si è arrestata a pronunciare la manifesta inammissibilità delle questioni per difetto di motivazione e la loro manifesta infondatezza per l'inconferenza del parametro costituzionale invocato.

In una delle citate ordinanze⁸⁹, ad esempio, fu dichiarata rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 346, della l. 30 dicembre 2004, n. 311 per contrasto con gli artt. 41, 3 e 24, Cost., dal momento che la soluzione legislativa «si presenta irrazionale e discriminatoria, quindi non rispettosa dell'art. 3 Cost., in quanto assoggetta, in caso di mancata registrazione, alla cennata sanzione di nullità, senza niuna plausibile giustificazione, unicamente talune fattispecie contrattuali (i contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari ovvero di loro porzioni) e non tutte le ipotesi di atti privati per i quali vige l'obbligo di registrazione. Indice questo che il Legislatore è intimamente consapevole che la menzionata sanzione civile non risponda ad esigenze di ordine pubblico, neanche di tipo economico».

Anche per la Consulta la registrazione è causa di nullità *ex art.* 1418 c.c. del contratto⁹⁰ e tale conclusione potrebbe contribuire a spiegare le preoccupazioni degli interpreti nei riguardi di una disciplina che sacrifica le ragioni del conduttore fino ad elevarlo «ai gradi di sentinella del fisco, in caso di mancata, anche se incolpevole, registrazione». Nella sostanza, egli si vedrebbe dequalificato ad un mero «occupante *sine titulo*, con tutte le intuibili conseguenze in tema di precarietà della disponibilità del cespite e di non azionabilità dei diritti a lui attribuiti dallo statuto locativo».

Ciò non significa che la tenuta della norma possa ritenersi invulnerabile. Persino dal testo dell'ordinanza del 5 dicembre 2007, n. 420 potrebbe ricavarsi uno spiraglio verso una declaratoria di illegittimità dell'art. 1, comma 346, della l. 30 dicembre 2004, n. 311, dal momento che la Corte ha ritenuto la manifesta infondatezza per «l'inconferenza del parametro costituzionale invocato», dal rimettente sul rilievo, stante il carattere sostanziale della norma denunciata, che «non attiene alla materia delle garanzie di tutela giurisdizionale».

Probabilmente, l'art. 1, comma 346 contrasta con l'art. 53 della Cost. e questo potrebbe essere il parametro costituzionale cui si riferiva la Corte che basterebbe

⁸⁷ Cass., 19.06.1981, n. 4024, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, fasc. 6.

⁸⁸ Si vedano le ordinanze della C. cost. 05.12.2007, n. 420, del 25.11.2008, n. 389 e n. 110 del 01.04.2009.

⁸⁹ Trib. Napoli, 8.09.2007, in *Foro it.*, 2007, 10, p. 2926.

⁹⁰ A favore dell'inefficacia è DI MARZIO, cit.: «non potrebbe difatti concepirsi, altrimenti, una nullità «ballerina», la quale - in mancanza di una diversa espressa disposizione di legge, richiesta dall'art. 1423 c.c. - operi in barba al principio *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*».

invocare per sollevare una nuova questione di legittimità della norma oggetto di indagine.

4.7 L'ultima opzione, superando il tenore letterale, nel tentativo di porre rimedio alle «storture»⁹¹ che conseguono dall'operare della nullità – ovviamente nell'ottica di salvaguardare la posizione del contraente debole, – sostiene che l'imperativo di legge possa temperarsi se lo si qualifica in termini di condizione sospensiva di efficacia del contratto⁹² o di condizione di opponibilità al fisco del contratto di locazione⁹³.

La prima soluzione potrebbe giustificarsi mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione dell'art. 1, comma 364, della legge 30-12-2004 n. 311, asserendo che il contratto di locazione, nell'ipotesi di inadempimento delle formalità di natura fiscale, sia valido.

Pioniere di questa opzione interpretativa è stato un giudice di merito⁹⁴ chiamato a pronunciarsi su uno sfratto per morosità, là dove il titolo che legittimava il locato-

⁹¹ In tal senso DI MARZIO, *La sorte del contratto di locazione non registrato*, in *Immobili & Proprietà*, 8, 2009, p. 514 ss.

⁹² Secondo il Trib. Modena, 12.06.2006, *Giust. Civ.*, 2007, 1, 483 ss., con nota di DI MARZIO, *La nullità del contratto per omessa registrazione*; Cass., 28.02.2007, n. 4785, in *Ced. Cass.* «le pattuizioni contenute in un contratto che siano dirette ad eludere, in tutto o in parte, la normativa fiscale, non implicano di per sé la nullità del contratto stesso, trovando nel sistema tributario le relative sanzioni». Per la giurisprudenza antecedente alla finanziaria del 2005 si vedano Cass. civ., sent. 27 ottobre 2003, n. 16089, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 1342 ss. con nota di GIOVE, *La registrazione del contratto di locazione ad uso abitativo non è prescritta a pena di nullità*, secondo la quale «la disciplina delle locazioni ad uso di abitazione dettata dalla legge n. 431 del 1998, la mancata registrazione del contratto di locazione non determina nullità» Cass., 22.07.2004, n. 13621, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 7 là dove gli ermellini osservarono che «la violazione della normativa fiscale non incide sulla validità o efficacia di un contratto, ma ha rilievo esclusivamente tributario». Per la dottrina si rinvia a DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 435; VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 43 ss.; Buset, in ULESSI, Buset, *Locazione abitativa e patto occulto di maggiorazione del canone*, in *Nuova giur. comm.*, 2016, 2, p. 279; PADOVINI, *La disciplina della locazione immobiliare fra regime attuale e prospettive future*.

È sufficiente ricordare che la ricostruzione in argomento non è affatto nuova nell'elaborazione giuridica, ed anzi poggia su un significato che aveva visto esprimersi in analoghi termini studiosi tra i più eminenti. Anche con riguardo alla disposizione dettata durante il regime fascista all'art. 1 del r.d.l. 27 settembre 1941, n. 1015, che aveva introdotto la sanzione di nullità “di pieno diritto” degli atti di trasferimento immobiliare ove non registrati nei termini di legge la dottrina era giunta a ritenere che il legislatore, nonostante la formula adottata, avesse in realtà voluto introdurre una *condicio iuris* diretta a negare l'efficacia del contratto in sé perfetto. Si vedano REDENTI, *Sugli effetti del d. lgs. 20 marzo 1945 n. 212, abrogante l'obbligo di registrazione «a pena di nullità» delle alienazioni immobiliari*, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, p. 289. Sullo stesso tema, in precedenza, cfr. MONTEL, *La nullità delle scritture immobiliari non registrate*, in *Foro sic.*, 1942, p. 9; ANDRIOLI, *Scritture private non registrate e trasferimenti immobiliari*, in *Foro it.*, 1944-1946, IV, p. 54.

⁹³ In questi termini CUFFARO, *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto di locazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 367; GIOVE, *Contratti di locazione e registrazione*, cit., p. 606 e ss. Più in generale, il fenomeno condizionale ha prospettato all'attenzione del giurista molteplici profili di analisi dei quali non è possibile in questa sede ripercorrere compiutamente.

⁹⁴ In tal senso il Trib. Modena, 12.06.2006, cit., p. 483 ss. sostenne che il «contratto di locazione avente ad oggetto un'unità immobiliare, in caso di omessa registrazione, è nullo ed improduttivo di effetti, ai sensi dell'art. 1, comma 346, della l. n. 311 del 2004. La sua registrazione, infatti, opera in un contesto di nullità

re all'azione era un contratto di locazione non registrato. Senza investire la Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 1, comma 346 della l. 30-12-2004, n. 311, il Tribunale pensò bene di compiere «un'operazione di ortogenesi normativa finalizzata all'esigenza della conservazione del contratto»⁹⁵. Il giudice, facendo leva sugli insegnamenti delle Alte corti⁹⁶, ritenne che la registrazione rivestisse i caratteri tipici di una *condicio iuris* di efficacia del contratto. Da qui l'operare della regola della retroattività della condizione sulla base dell'art. 1360, comma 1, del c.c.

In tale prospettiva, il contratto non registrato potrebbe considerarsi valido – predicato che si riferisce al contratto di locazione come “atto” –, ma inefficace – aggettivo che si riferisce al contratto di locazione come rapporto⁹⁷ –. Un'inefficacia del contratto tale da tradursi nell'impossibilità di far valere in giudizio, secondo le regole sancite nel procedimento locatizio, il negozio in essere dalle parti.

Senza contare che l'atto della registrazione potrebbe perfezionarsi anche dopo la decadenza, mediante il pagamento dell'imposta e delle sanzioni⁹⁸, producendo effetti *ex tunc*. Sotto tale aspetto, non può trascurarsi il cortocircuito delle argomentazioni dei giudici della Cassazione allorquando, nel tentativo di rimanere fedeli alla lettera della legge, sostennero che l'inadempimento del dovere tributario determinasse sì la nullità del contratto, ma una nullità “atipica” al fine di renderla sanabile con effetti *ex tunc*⁹⁹ e porre rimedio alle storture della disciplina. Ma così facendo,

sui generis, quale *condicio iuris* dell'efficacia del contratto»; nello stessa direzione anche Trib. Arezzo, 30.06.2007, in *De Iure* banca dati e Trib. Reggio Emilia, 5.03.2009, cit.

⁹⁵ Le parole sono di paternità del MARINO, *Mancata registrazione del contratto di locazione: una nullità sanabile?* cit., p. 178.

⁹⁶ Cass., 25.11.1961, n. 2720, richiamata da TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.) cit.*, p. 900 ss., laddove i giudici sostennero che, nel concetto di inefficacia, va ricondotto ogni negozio che, sebbene valido e vincolante per i contraenti, non sia idoneo ad esprimere gli effetti propri di quel determinato tipo (inefficacia originaria) o li produca, ma in maniera effimera e non duratura (inefficacia successiva). In quest'ultima ipotesi il negozio viene a trovarsi in uno stato di pendenza fino al verificarsi di una determinata circostanza che, una volta intervenuta, conferisce al rapporto negoziale efficacia cogente con effetti *ex tunc*.

⁹⁷ Più in generale, il fenomeno condizionale ha prospettato all'attenzione del giurista molteplici profili di analisi che non è possibile in questa sede ripercorrere compiutamente. La dottrina, infatti, si è lungamente caratterizzata per l'opera di sistemazione in modo organico del meccanismo condizionale, in un primo momento tra teoria dell'atto e teoria del rapporto giuridico (v., ad esempio, MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 1968, Milano, p. 167 s.), successivamente ricalcando le tappe della teoria del negozio (R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 316 e ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 647 e ss.), fino ad assecondare la prospettiva teleologica, nella quale il fenomeno opera prevalentemente in funzione di strumento selettivo di interessi meritevoli di tutela (FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1979, p. 80 s.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 516). Per una compiuta e coerente ricostruzione si vedano AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Milano, 1995, p. 143 e ss. e ROMANO G., sub art. 1353, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2010, p. 619 e ss.

⁹⁸ MESSINEO, *Contratto*, in *Enc giur.*, Milano, 1979, p. 4.

⁹⁹ Cass., 27.04.2017, n. 10498, cit.

gli ermellini crearono una sanatoria della nullità con effetti che, stando alla concezione tradizionale della patologia, non le sembrerebbero congeniali. Sembra a chi scrive che la Corte fosse, invece, cosciente che la registrazione realizzasse una condizione legale e, senza limitarne l'incidenza sul piano dell'efficacia, le riconobbe una particolare influenza, riprendendo forse inconsapevolmente le teorizzazioni classiche sulla *condicio iuris*, nel prisma della validità del contratto¹⁰⁰.

Andando oltre, è sufficiente constatare che la categoria dell'inefficacia vanta un ambito applicativo più ampio dell'invalidità, dato che può conseguire da una patologia invalidante o autonomamente¹⁰¹. In alcuni rapporti giuridici il legislatore ha espressamente richiamato l'inefficacia, nell'ipotesi di mancato assolvimento di un onere: così, ad esempio, nei contratti soggetti a trascrizione che, qualora non fossero trascritti secondo le modalità indicate negli artt. 2643 e 2645 c.c., non potrebbero esprimere effetti verso i terzi che avessero acquistato diritti in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione dei primi.

Tale opzione interpretativa sembrerebbe da preferire, dal momento che fa leva su una lettura teleologica della normativa di riferimento. Si badi che persino dall'art. 76, comma 5, del D.P.R. 26-04-1986, n. 131, può dedursi l'ammissibilità di una registrazione tardiva che salvi gli effetti del contratto, pur dopo diversi anni dalla stipula, sebbene sia, ovviamente, maturata la decadenza dell'azione di riscossione. Tant'è vero che il locatore non viene dispensato dal pagamento dell'imposta di registrazione, rendendo il contratto efficace nei riguardi dei terzi ed opponibile al Fisco.

Sempre ponendosi in un'ottica teleologica sistematica, questa soluzione riuscirebbe ad assecondare le finalità perseguite dall'art. 53 Cost. e, dunque, a favorire l'osservanza del dovere di contribuzione, quale interesse meritevole di tutela volto a contrastare l'evasione fiscale che, per contro, non potrebbe essere assolto adeguata-

¹⁰⁰ Le incertezze e i contrasti in tema di disciplina applicabile ed, in particolare, sull'estensione della retroattività non hanno accomunato la dottrina e la giurisprudenza (lo riferiscono DE NOVA, *Il sale and Purchase agreement*, Torino, 2013, p. 33 e ROMANO G., sub art. 1353, in *Codice civile commentato annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., p. 635). Questa soluzione è stata bandita dalla dottrina tradizionale (SANTORO PASSARELLI, cit., p. 177; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 522 seppur soltanto riguardo ai c.d. "antecedenti logici del negozio" e, in generale, nelle applicazioni giurisprudenziali (Cass., 8.03.1951, n. 568, in *Foro amm.*, 1951, II, 1, p. 91; Cass., 21.10.1965, n. 2171, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1363). Secondo la dottrina più recente (BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 562) si deve accertare, di volta in volta, se la funzione della condizione legale sia incompatibile con l'effetto retroattivo.

¹⁰¹ A titolo esemplificativo si ricorda che è inefficace e non nullo il contratto posto in essere in frode ai creditori; l'inefficacia potrà conseguire al difetto di legittimazione del soggetto che l'ha posto in essere (contratto concluso da *falsus procurator*): inefficacia conseguente al mancato assolvimento di un onere da parte dei contraenti, laddove il Legislatore ha previsto che i contratti soggetti a trascrizione, ai sensi degli artt. 2643 e 2645 c.c., se non trascritti, non hanno effetto riguardo ai terzi che abbiano acquistato diritti in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione dei medesimi. Il termine efficacia viene solitamente riferito dalla dottrina all'applicabilità, sicché si considera che una norma o un atto è efficace se ha l'attitudine a produrre effetti tipici. Questo uso di efficacia è presente, ad esempio, nell'espressione «questo contratto è valido ed efficace» ed è la nozione di efficacia più frequentemente impiegata dai civilisti. Cfr., per tutti, FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, Roma, XIV, 1965, *passim*.

mente se la sanzione per la mancata registrazione dell'atto dovesse intendersi in termini di invalidità assoluta¹⁰².

Sembra, pertanto, che il Legislatore abbia predisposto una norma funzionale alla tutela del valore costituzionale di contribuzione, prevedendo una sanzione che, al contrario, ostacola tale obiettivo se si ragionasse in termini di nullità del contratto¹⁰³.

5. Prima di concludere è sufficiente richiamare l'attenzione sul fatto che i dubbi sulla natura della patologia non sembrano poter essere posti ulteriormente in discussione dai successivi interventi normativi. Eppure il legislatore, spinto forse dalla consapevolezza che i risultati forniti dall'introduzione dell'art. 1, comma 346, della l. n. 30-12-2004, n. 311 non erano stati «esaltanti»¹⁰⁴, aveva nuovamente arricchito il quadro normativo, con la c.d. disciplina del federalismo fiscale municipale (D.Lgs. 14-03-2011, n. 23¹⁰⁵) che introduceva un'articolata disciplina sanzionatoria per il mancato versamento dell'imposta di registro, compendiata nei commi 8 e 9 dell'articolo. Per effetto di essa, dal momento della registrazione - dell'intero contratto, comma 8, o del patto dissimulato sul canone, comma 9 - veniva a costituirsi *ex lege* un nuovo contratto di locazione, legalmente predeterminato quanto alla durata ed al canone¹⁰⁶.

Il legislatore sembrava aver compiuto, così, un passo in avanti, dal momento che predicava la conformazione eteronoma del contratto di locazione con una norma tributaria che ne decretava l'invalidità per «la violazione di un dovere fiscale, ma al contempo ha attribuito rilevanza piena e ultrattiva al rapporto di locazione di fatto generato dall'accertamento della nullità»¹⁰⁷. Dopotutto, la finalità della norma era

¹⁰² Dal momento che la nullità ha efficacia retroattiva, l'operatività di un simile effetto giuridico sacrificerebbe, in prima battuta, gli interessi dello stesso Erario che non potrebbe richiedere comunque il tributo previsto *ex lege*. Sia consentito il richiamo a BARDARO, *La registrazione della locazione fra impostazione dogmatica, coerenza sistematica e volontà legislativa*, cit., p. 1523 e ss.

¹⁰³ PAPPÀ MONTEFORTE, *Violazioni tributarie e validità del contratto* cit. 194 ricorda che ai sensi delle imposte dirette il novellato art. 41 *ter* D.P.R. n. 602 del 1973 ha introdotto una presunzione nel caso di omessa registrazione del contratto di locazione di immobili: «dal contratto di locazione non registrato scaturisce una pretesa dell'Erario (presunzione *iuris tantum*), aggravata quanto ai periodi di imposta coinvolti dall'accertamento (cinque anni) ed al reddito assoggettato a tassazione (parametrato, in termini percentuali, al valore dell'immobile)».

¹⁰⁴ Testualmente DI MARZIO, *Omessa registrazione del contratto di locazione: la Corte costituzionale cancella le sanzioni al locatore, il Legislatore le proroga*, in *Immobili & proprietà*, 7/2014, p. 452.

¹⁰⁵ Stabilisce l'art. 3 che «a decorrere dall'anno 2011, il canone di locazione relativo ai contratti aventi a oggetto immobili a uso abitativo può essere assoggettato, su iniziativa del locatore, ad un'imposta, operata nella forma della cedolare secca, sostitutiva dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e delle relative addizionali, nonché delle imposte di registro e di bollo sul contratto di locazione».

¹⁰⁶ Su tali disposizioni v. SCARPA, *Le locazioni ad uso abitativo*, in CARRATO, SCARPA, *Le locazioni nella pratica del contratto e del processo*, Milano, 2015, p. 415 e ss.

¹⁰⁷ PADOVINI, *Locazioni abitative, patti contrari alla legge e registrazione: dal rapporto di fatto all'efficacia ultrattiva? (Art. 1, comma 59°, l. 28 dicembre 2015, n. 208)*, in *Nuova giur. comm.*, 5, 2016, p. 987.

volta a far emergere i contratti “in nero”, incentivando l’iniziativa del conduttore a denunciare l’illecito tributario, dietro la contropartita di un canone molto basso pari al triplo della rendita catastale per quattro anni.

L’esigenza di avvalersi del contributo del conduttore è frutto della constatazione che le locazioni di immobili a uso abitativo, a differenza di quelle ad uso commerciale, sono contraddistinte da un così basso livello di visibilità¹⁰⁸ che riuscirebbe davvero difficile allo Stato, senza l’ausilio di una delle parti del contratto, farle venire alla luce.

Sicchè, il locatore che avesse inteso sfuggire al fisco sarebbe rimasto esposto ad una duplice sanzione che avrebbe doppiamente gravato sul suo portafoglio: da un lato attraverso l’imposizione di una maggior durata; dall’altro lato attraverso la fissazione coattiva di un canone irrisorio.

In tale contesto, le disposizioni di cui ai commi 8 e 9 dell’art. 3 del D.lgs. 14 marzo 2011, n. 23 sembravano offrire maggiore supporto alla ricostruzione della tesi della nullità del contratto di locazione non registrato, dal momento che riconnettevano alla tardiva registrazione un’efficacia sanante.

Anche in questo caso, però, la Corte Costituzionale¹⁰⁹, tre anni dopo l’emanazione del decreto, dichiarò illegittimi, per “difetto di delega”, i commi 8 e 9, dell’art. 3 del d. lgs. 14-03-2011, n. 23, in relazione alla possibilità data al conduttore di registrare di propria iniziativa il contratto di locazione presso l’Agenzia delle entrate, ritenendo che le norme fossero andate oltre gli obiettivi fissati dal suddetto decreto. Le norme perdettero, conseguentemente, efficacia *ex tunc*, stante l’estensione della loro inefficacia ai giudizi ancora pendenti al momento della pronuncia¹¹⁰.

Il vuoto normativo creato dalla sentenza della Corte Costituzionale doveva pur essere colmato. Per contenere le conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità, il Governo, nell’ambito del Piano casa 2014 (ossia con il D.L. 28-03-2014, n. 47)¹¹¹, manteneva fermi (art.5, comma 1, *ter*), fino al 31-12-2015, gli effetti già spiegati dalle norme oggetto di declaratoria di incostituzionalità. L’art. 5, comma 1-*ter*, del decreto-legge 28-03-2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dall’art.

¹⁰⁸ Sottolinea l’irrazionale filosofia che caratterizza il decreto sulla cedolare secca QUARTA, *Autonomia privata e violazione di norme imperative di «rilievo esclusivamente tributario»*, cit., p. 1094 dal momento «che permuoveva un trattamento differenziato fra immobili a uso abitativo e immobili a uso commerciale, proprio in ragione della minore «visibilità» delle locazioni d’immobili del primo tipo».

¹⁰⁹ C. cost., 14.03.2014, n. 50, in *Arch. Loc. cond.*, 2014, 313, con nota di ANGIOLINI; in *Nuova giur. comm.*, 2014, I, p. 769, con nota di Buset; in *Dir. prat. trib.*, 2014, II, . 810, con nota di CAMPODONICO; in *Riv. not.*, 2015, 161, con nota di BISCUOLA.

¹¹⁰ Saranno quindi “salvi” i conduttori, che dopo la registrazione del contratto di locazione e prima della sentenza della Corte hanno versato il canone “ridotto” per effetto della denuncia all’ Agenzia delle Entrate. Costoro saranno legittimati a versare il canone “legale” fino a dicembre 2015 in virtù del decreto n. 121/2014, senza subire la procedura di sfratto. Siamo quindi in presenza di una nullità sanabile.

¹¹¹ Si tratta del D.L. 28-03-2014, n. 47 (Misure urgenti per l’emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per l’Expo 2015) convertito in legge 23-05-2014, n. 47, pubblicata nella *G.U.* n. 121 del 27-5-2014 ed entrata in vigore il giorno, ovvero il 28-5-2014.

1, comma 1, della legge 23-05-2014, n. 80, pur facendo salvi gli effetti con carattere transitorio, è stato dichiarato illegittimo dalla Corte delle Leggi¹¹² che lo ritenne null'altro che la riproposizione delle disposizioni già dichiarate incostituzionali e, dunque, in aperto contrasto con il divieto sancito dall'art. 136 Cost.

Il legislatore ha dovuto, pertanto, adottare una misura più adeguata, stabilendo che per il conduttore che, ai sensi delle disposizioni dichiarate incostituzionali, avesse versato, nel periodo tra la data di entrata in vigore del D.Lgs. 14-03-2011, n. 23 al 16-7-2015, il canone annuo di locazione nella misura legalmente imposta (triplo della rendita catastale), l'importo del canone dovuto ovvero dell'indennità di occupazione, su base annua, sarebbe rimasto fermo al triplo della rendita catastale dell'immobile. La tenuta della previsione dell'art. 13, comma 5, della l. n. 431/1998, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 59, l. n. 208/2015, non sembra tuttavia certa, anche se la Consulta¹¹³ ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale ordinario di Roma con due ordinanze, dell'art. 1, comma 59, della legge 28-12-2015, n. 208, nella parte in cui sostituisce l'art. 13, comma 5, della legge 9-12-1998, n. 431, in riferimento agli artt. 136 e 3 della Costituzione.

Tali dinamiche interpretative ripropongono i problemi, più sopra segnalati, frutto della legge finanziaria 2005, dal momento che l'art. 1, comma 346, l. 30-12-2004, n. 311 sembrerebbe essere l'unica norma che disciplina il regime patologico del contratto di locazione non registrato. La sua tenuta non è stata messa al bando né dalle censure di illegittimità sollevate dalle corti di merito, poi respinte dalla Corte costituzionale, né dalle norme sopravvenute che, laddove facevano espresso riferimento alla registrazione del contratto, sono state espunte dal sistema perché ritenute illegittime. Donde, la permanenza nel tessuto normativo della regola della invalidità del contratto di locazione ove non registrato.

6. Le notazioni che precedono segnano uno scenario nel quale la forza persuasiva dello strumento normativo per eccellenza dell'autonomia privata sembra doversi conformare alle finalità antielusive predicate dall'art. 1, comma 346, della l. 30-12-2004, n. 311. Al di là dell'indebita commistione tra il profilo tributario e quello civilistico, non si può fare a meno di segnalare la bizzarria di una negoziazione che nasce come perfettamente valida ed efficace, potendo tuttavia in un secondo tempo

¹¹² Precisa, infatti, la C. cost., 16.07.2015, n. 209, in *De Jure banca dati* che «viola il precetto costituzionale di cui all'art. 136 Cost. non solo una legge con la quale espressamente si dispone che una norma dichiarata illegittima conservi la sua efficacia, ma anche una legge che, per il modo con cui provvede a regolare le fattispecie verificatesi prima della sua entrata in vigore, persegue e raggiunge, anche se indirettamente, lo stesso risultato perseguito da una norma dichiarata costituzionalmente illegittima».

¹¹³ Secondo la C. cost., 13.04.2017, in *DeG*, 20.04.2017 la norma non replica alcuna forma di sanatoria *ex lege* dei contratti di locazione affetti da nullità per omessa registrazione, ma prevede, piuttosto, una prede-terminazione forfettaria del danno patito dal locatore e/o della misura dell'indennizzo dovuto dal conduttore in ragione dell'occupazione illegittima del bene locato, stante la nullità del contratto e, dunque, l'assenza di suoi effetti ab origine.

essere reputata nulla. Poiché l'invalidità è fatta discendere dalla mancata esecuzione della registrazione, tenuto conto che per provvedere ad essa la legge dispone un termine fisso a far tempo dalla stipulazione del contratto, appare chiaro come la validità possa venir meno soltanto una volta che si constati l'inutile decorso del detto termine. Come conciliare i caratteri di un atto che, originariamente valido ed efficace, potrebbe successivamente essere definito in chiave di nullità, soltanto il legislatore è in grado di indicare. Senza dubbio egli ha arricchito il nostro ordinamento giuridico di previsioni invalidanti, probabilmente trascurando il problema della loro coerenza sistematica ed assiologica con le categorie dogmatiche di volta in volta richiamate.

A dover ritenere insuperabile l'argomento testuale che predica la nullità della locazione non registrata significa prendere atto che si è dinanzi ad una ipotesi peculiare di nullità sospesa¹¹⁴; non concernente la struttura, né la funzione del contratto o il regolamento d'interessi; che si consolida in esito ad una condotta omissiva delle parti successiva alla stipula, integrante la violazione di un obbligo, posto a presidio delle ragioni del fisco. Probabilmente solo in chiave di nullità sospesa potrebbe assecondarsi l'idea che il contratto sia valido ed invalido per fasi temporali, come trapela dalla normativa analizzata. Si tratta pur sempre di un paradosso favorito da tali evenienze: validità del contratto di locazione non registrato fino al 30° giorno dalla stipula. In tale periodo intermedio la nullità resterebbe sospesa e potrebbe operare se dovesse permanere inosservato il dovere tributario, allo spirare del predetto termine.

A ciò si aggiunge che, a fronte di una parte della dottrina che ritiene bastevole il dato testuale della nullità per decretare gli effetti invalidanti del contratto altri Autori ritengono finanche sanabile la nullità, con l'adempimento tardivo delle formalità fiscali, e questa alternanza della validità-invalidità sembra favorire il paradosso cui si diceva innanzi.

¹¹⁴ Difatti, la «nullità» in parola non interviene al completarsi del ciclo formativo della fattispecie contrattuale: «momento in corrispondenza del quale è ancora incerto se il requisito di validità, rappresentato dall'esecuzione delle formalità, sarà o no integrato», così Buset, *Locazione non registrata e prestazione indebita di far godere*, in *Nuova giur. comm.*, 6, 2017, p. 862, nella nota di richiami n. 3. Da questa considerazione se ne trae la sua riconducibilità alla figura della nullità sospesa (o pendente), in luogo di quella – certamente più accreditata – della nullità sopravvenuta (o successiva), la quale implicherebbe semmai una sicura validità originaria del contratto seguita dalla caducazione (di uno) dei relativi requisiti. La dottrina nega fermamente l'ammissibilità della nullità sospesa (TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)*, cit., p. 591 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 5 s.; GENTILI, *Le invalidità*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, II, Torino, 2006, p. 1442 ss.; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo*, IV, 1, Milano, 2006, p. 29 ss.; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 703 ss. Solo recentemente la categoria della nullità sospesa è stata ripresa. In questo senso, è doveroso il richiamo a GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità* a cura di PAGLIANTINI, Torino, 2009, p. 71 s., anche se l'A. è giunto a tanto nell'intento di offrire autonoma dignità sistematica alla ben distante figura della nullità relativa di protezione, e con la schietta precisazione che essa affonda le proprie radici nel sistema tedesco (schwebende Unwirksamkeit o Nichtigkeit), ove sfumata è la separazione tra invalidità (Ungültigkeit) e inefficacia in senso ampio (Unwirksamkeit).

L'aggancio alla nullità sospesa non è, tuttavia, esaustivo per spiegare la natura del vizio decretato dall'art. 1, comma 346, della l. n. 341 del 2004, non solo perché tale fenomenologia è oggi respinta dalla dottrina prevalente¹¹⁵ ma anche perché non è scevra da contraddizioni.

Si allude al fatto che i timori sulla patologia della locazione non registrata potrebbero sopirsi attraverso la lettura sistematica e teleologica del reticolato normativo, peraltro in grado di preservare il regolamento di interessi dalle ricadute effettuali della nullità¹¹⁶.

È sufficiente far luce sulle vicende delle situazioni giuridiche soggettive del conduttore, del locatore e dell'Erario per rendersi conto di quanto appresso. In effetti la nullità non è compatibile con la tutela né degli interessi sostanziali dei contraenti né dell'Erario, dato che in chiave di nullità il contratto non risulterebbe produttivo di effetti e le prestazioni¹¹⁷ effettuate dalle parti sarebbero soggette alla restituzione. Si verterebbe nell'orbita dell'indebito oggettivo per essere state le prestazioni eseguite in assenza di un valido titolo: il conduttore, normalmente protetto dall'ordinamento in quanto individuato come contraente debole, avrebbe detenuto l'immobile *sine titulo* e il locatore sarebbe costretto a ricorrere in caso di inadempimento del conduttore, alla non agevole azione ordinaria di occupazione senza titolo, nel caso in cui volesse accertare il rapporto sottostante e pretendere l'indennità di occupazione¹¹⁸. Il locatore che avesse ricevuto indebitamente il canone della fallace locazione potrebbe essere condannato a restituire quanto incamerato a titolo di credito da locazione.

Sempre in questa ottica, l'Erario non sarebbe legittimato a pretendere i presunti periodi di imposta antecedenti a quello nel corso del quale è stata rilevata¹¹⁹ l'invalidità (anche se la legge dispone il contrario) dal momento che non sono stati denunciati nella dichiarazione dei redditi, né dovrebbe essere legittimato ad applicare le sanzioni previste dalle norme fiscali¹²⁰.

Certo non è agevole tentare di fare chiarezza sulla sostanza della forma invalidante. Probabilmente sarebbe stato sufficiente evocare la categoria dell'inefficacia, con l'indubbio vantaggio di non dare adito a non irrilevanti questioni di costruzione

¹¹⁵ TOMMASINI, *Nullità*, cit., 898; SCALISI, *Inefficacia*, cit., p. 339.

¹¹⁶ Il locatore non potrà avvalersi della procedura di sfratto per morosità onde farsi rilasciare l'immobile ((Trib. Firenze, 10.03.2008, in *Arch. locazioni*, 2008, 4, 388, nota di SCRIPPELLITI.

¹¹⁷ Si pensi alla corresponsione del canone locatizio, alla consegna del bene locato e via dicendo.

¹¹⁸ Il locatore potrà pretendere un contributo a titolo di indennità di occupazione da parte del detentore *sine titulo*, fra le tante Trib. Salerno, 17.10.2008, in <http://www.lexform.it/giurisprudenza/il-comune-contro-la-provincia-per-il-pagamento-dei-canoni-di-locazione-ma-manca-il-contratto-scritto/#more-702>.

¹¹⁹ La pretesa tributaria è valorizzata dall'art. 41-ter del D.p.R. 29-09-1973, n. 600, introdotto dal comma 342 della Finanziaria 2005, il quale introduce il concetto di locazione presunta, nel caso di omessa registrazione nel contratto di locazione di immobili, così GAGLIARDI, *La nuova ipotesi di nullità dei contratti di locazione*, cit. p. 95.

¹²⁰ Sostiene GAGLIARDI, cit., p. 91, che il «denaro percepito per effetto di un contratto nullo non rappresenterebbe un reddito da locazione, ma una somma indebitamente percepita».

teorica (si pensi alla dibattuta nozione di una nullità successiva). Per tali ragioni è sembrato preferibile, *de jure condendo*, considerare il contratto di locazione non registrato semplicemente inefficace, almeno fino a quando non venga adempiuto il dover fiscale. Soluzione questa che viene suggerita mediante la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1, comma 346, della l. n. 311 del 2004¹²¹, confidando nell'idea che la norma non si sottragga a tale soluzione¹²².

¹²¹ Fatta salva l'ipotesi in cui tale soluzione risulti esorbitante dai limiti dell'attività interpretativa Principio recentemente ribadito a proposito della possibilità di assegnare al figlio legittimo il cognome materno, Cass., sez. I, 22.09.2008, n. 23934, in *De Jure* online.

¹²² Dopotutto, nell'armamentario dell'interprete sono rinvenibili gli utensili per dissipare le questioni più complesse, persino attribuendo «alle espressioni legislative significati che trascendono non solo la portata propriamente lessicale ma anche quella tecnico-giuridica» così SENIGAGLIA, cit., p. 241 e ss.

Difese e decisioni

CORTE DI CASSAZIONE, sezione unite civili; sentenza 7 febbraio 2017, n. 16601; Pres. RORDORF, Est. D'ASCOLA, P.M. GIACALONE (Diff.) – Axo Sport S.P.A. (Avv. TEPEDINO, DE CRISTOFARO, FABRIS) c. Nosa Inc. (Avv. PETRUCCI, GIGLIOLI, TROVATO). *Conferma App. Venezia 3 gennaio 2014.*

Responsabilità civile – Funzione sanzionatoria - Delibazione di sentenze straniere ed esecuzione di atti di autorità straniera – Danni punitivi - Compatibilità con l'ordine pubblico italiano

Alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile.

Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto nordamericano dei risarcimenti punitivi purché la sentenza che li commina sia stata resa su basi normative che ne garantiscano la tipicità, la prevedibilità e la proporzionalità, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico (1).

La Corte (*omissis*).

Fatti di causa

La società NOSA Inc., con sede in Florida (USA), ha ottenuto dalla Corte di appello di Venezia che siano dichiarate efficaci ed esecutive, nell'ordinamento italiano, tre sentenze pronunciate negli Stati Uniti d'America, passate in giudicato:

la sentenza del 23 settembre 2008, esecutiva, della Circuit Court of the 17th Judicial Circuit for Broward Count (Florida), confermata in appello dal District Court of Appeal of the State of Florida, dell'11 agosto 2010, che aveva condannato la società italiana AXO Sport spa a pagare la complessiva somma di dollari USA 1.436.136,87, oltre interessi al tasso annuo dell'11%, a seguito di procedimento giudiziario svoltosi davanti a quell'autorità;

la sentenza del 14 gennaio 2009, con cui il medesimo giudice aveva liquidato dollari USA 106.500,00, a titolo di rifusione dei costi, delle spese lega i e degli interessi al tasso annuo dell'8%;

la sentenza del 13 ottobre 2010 che aveva liquidato, in relazione al giudizio di appello, l'ulteriore somma di dollari USA 9.000,00, a titolo di rifusione dei costi, delle spese legali e degli interessi al tasso annuo del 6%. Con tali pronunce, i giudici americani hanno accolto la domanda di garanzia promossa da NOSA, in relazione ad un indennizzo di un milione di euro transattivamente corrisposto ad un motociclista che aveva subito danni alla persona in un incidente avvenuto in una gara di motocross, per un asserito vizio del casco prodotto da AXO, distribuito da Helmet House e rivenduto da NOSA.

Nel giudizio promosso dal danneggiato anche nei confronti della società importatrice distributrice del casco (Helmet), NOSA aveva accettato la proposta transattiva del motociclista, e il giudice americano successivamente ha ritenuto che dovesse essere manlevata da AXO.

NOSA ha ottenuto dalla Corte di appello di Venezia (sentenza 3 gennaio 2014) il riconoscimento delle suddette pronunce, a norma dell'art. 64 della legge 31 maggio 1995 n.218, avendo la AXO accettato la giurisdizione straniera.

La AXO ha proposto ricorso per cassazione, affidato a tre motivi, cui si è opposta la NOSA.

Le parti hanno presentato memorie.

La causa è stata rimessa al Primo Presidente, per l'assegnazione alle Sezioni Unite, a seguito di ordinanza n. 9978/16 della Prima sezione, che ha sollecitato un ripensamento sul tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi.

Nuove memorie delle parti sono state depositate prima della discussione conclusiva.

...*omissis*...

Motivi della decisione

...*omissis*...

2.3) (*omissis*) Alla luce di queste considerazioni, le Sezioni Unite ritengono che il motivo di ricorso sia infondato.

La sentenza della Corte di appello ha chiarito puntualmente che il motociclista danneggiato aveva agito contro Nosa sul presupposto che le lesioni fossero derivate da un vizio del casco; che a seguito della transazione sulla base di un milione di dollari, Nosa aveva chiesto al produttore di "rifondere l'esborso effettuato"; che anche Axo era stata citata in giudizio dal motociclista e, dopo le transazioni di venditore e importatore del casco, aveva a sua volta "tacitato le pretese del danneggiato nei suoi confronti con il pagamento della somma di cinquantamila dollari".

La Corte ha correttamente rilevato che non forma oggetto della delibazione la verifica delle doglianze concernenti la asserita carenza di responsabilità con riferimento ai danni patiti dal motociclista.

Ha specificato che il fondamento della condanna a garantire Nosa risiede nelle scelte processuali di AXO, la quale non ha voluto partecipare, sostituendosi a NOSA, al giudizio di responsabilità intentato dal motociclista - si badi qui: per i danni derivatigli da difetti del casco - e si è giovata della transazione conclusa dal venditore. AXO ha infatti successivamente concluso una propria transazione diretta con il motociclista, per importo mitigato dalla soddisfazione dichiarata da quest'ultimo "anche alla luce degli esborsi già ricevuti".

Le censure addotte da parte ricorrente si concentrano nella asserita carenza di accertamento della responsabilità del garante e sulla tesi che la valutazione della

Corte statunitense sarebbe stata limitata a una stima “probabilistica dell’esito della sola causa intentata dal danneggiato nei confronti del garantito”.

Queste doglianze non evidenziano però alcuna lesione del principio fondamentale, prima ricordato, che regge la materia del riconoscimento di sentenze straniere, secondo il quale non ogni differenza rispetto all’ordinamento processuale italiano può configurare il divieto di circolazione, ma solo la lesione del diritto di difesa rispetto all’intero processo.

La responsabilità nei confronti del garantito non è sorta infatti in assenza di possibilità di difesa, ma dopo che era stata offerta alla parte la possibilità di intervenire in giudizio e sostenere la posizione del venditore del casco, che vantava nei suoi confronti la garanzia per i vizi del prodotto acquistato e rivenduto al motociclista.

Considerata la premessa della citazione, AXO avrebbe potuto difendere la propria posizione di produttore assumendo la difesa del rivenditore.

Non risultano, e neanche in questa sede sono state prospettate, ragioni difensive che siano state sacrificate per effetto del meccanismo del potential liability test, cioè del rifiuto di accettare la assunzione diretta della difesa.

Ed ancora, come ha notato la Corte di appello: nemmeno in presenza di anticipata comunicazione della proposta di transazione motociclista/Nosa, la odierna ricorrente aveva sollevato obiezioni, opponendosi.

Va poi osservato che un’opportunità difensiva piena e diretta di AXO era sorta in forza della citazione coevamente rivolta contro di lei dal motociclista, iniziativa giudiziaria anch’essa significativamente chiusasi con una transazione, cioè senza opporre difese tali da distinguere la posizione del produttore.

Anche in ragione di questa circostanza, che pur ha considerato un mero antefatto della pretesa di garanzia cui si riferiscono le sentenze da riconoscere, la Corte di appello ha escluso che vi sia stato un qualche significativo sacrificio delle facoltà difensive. Ha infatti opportunamente rilevato che, a differenza di quanto genericamente dedotto, parte AXO non era stata in grado di indicare quali altre domande del motociclista — diverse da quelle risarcitorie per l’infortunio nel sinistro - essa avesse transatto.

Ed ancora, a riguardo dell’assenza di sacrificio di posizioni difensive, mette conto richiamare un altro profilo, evidenziato dalla Corte di appello, che rafforza il giudizio di insieme sulla compatibilità, ai fini che interessano, del sistema processuale attuato: era stata la stessa AXO ad accettare che il processo con Nosa fosse deciso su un’unica questione, rappresentata dal valutare se al momento della stipula della transazione Nosa avesse ragionevole motivo per temere le domande del motociclista.

2.3.1) Resta ancora da rilevare che il meccanismo processuale qui denunciato era strutturato sia sulla base della opportunità difensiva piena offerta al garante: assumere la difesa del proprio cliente/rivenditore in una causa imperniata sulla responsabilità per difetti del bene venduto; opporsi alla transazione preventivamente comunicata; sia sulla valutazione probabilistica del giudice che ha ammesso il meccanismo processuale.

Ciò il giudice ha fatto sulla base dei presupposti appena descritti, trattandosi inequivocabilmente di regolare una chiamata in garanzia che, nel sistema processuale del paese in cui si è svolta la causa, è atteggiata diversamente dal sistema italiano, ma non impedisce la difesa sul fondo della responsabilità del chiamato.

Il sistema consente cioè che il produttore evocato in giudizio per rispondere delle conseguenze dannose di asseriti difetti di un proprio prodotto dimostri la assenza dei presupposti della propria responsabilità e, nel giudizio con il garantito, verifica complessivamente il comportamento processuale del garante, il quale ha un variegato armamentario difensivo.

E' stato fatto valere un meccanismo processuale che si fonda non certo su una responsabilità oggettiva, ma sull'onere del soggetto che è all'origine della catena causale del danno di "farsi avanti" se ha ragioni per contrastare la pretesa risarcitoria.

Qualora il garante abbia omesso di valersi delle opportunità difensive interne al sistema a quo, non gli è consentito nel giudizio di riconoscimento di far valere le differenze dei sistemi processuali, che non si siano risolte in compromissione irragionevole e sproporzionata del suo diritto di difesa.

3) Contro queste considerazioni si infrangono anche le doglianze esposte nel secondo motivo.

Parte ricorrente attacca due parti della sentenza già esaminate:

- a) quella in cui si afferma che AXO aveva "profittato, ai sensi dell'art. 1304 c.c., dell'accordo stipulato da NOSA Inc";
- b) quella in cui la Corte ha ritenuto che il processo statunitense fosse stato limitato alla sola questione del rischio di condanna di Nosa in favore del motociclista.

Quanto al profilo sub a), parte ricorrente nega di aver mai profittato dell'accordo concluso da Nosa e sostiene che la Corte di appello avrebbe errato nell'inquadrare gli accordi intercorsi tra le parti, perché avrebbe omesso di considerare che con le sue dichiarazioni il motociclista aveva rinunciato ad ogni pretesa contro AXO a fronte del pagamento di 50.000 USD e di altro "idoneo corrispettivo" ricevuto in precedenza. L'accettazione di soli cinquantamila dollari sarebbe maturata in un contesto che faceva presagire «prospettive alquanto nefaste» per l'attore, sicché, se la Corte di appello avesse correttamente inteso la vicenda, avrebbe dovuto escludere che AXO sport avesse profittato della transazione che in precedenza gli altri convenuti avevano concluso con il motociclista.

Secondo parte ricorrente ciò avrebbe dovuto condurre la Corte di appello a negare il riconoscimento, per non esservi stata alcuna «cognizione in ordine alla responsabilità di AXO Sport spa» e alcun accertamento circa la effettiva responsabilità del garante, che non si era avvalso della transazione di alcun condebitore.

La censura è sotto ogni profilo priva di fondamento.

In primo luogo va rilevato che in sentenza non v'è nessuna traccia di ulteriori versamenti che (ricorso pag. 34) sarebbero stati fatti da AXO al motociclista. Questo

riferimento, come rilevato in controricorso, sembra introdurre un'allegazione nuova in punto di fatto e quindi un tema di indagine non ammesso in sede di legittimità.

In memoria 2016 parte ricorrente non ha potuto replicare a questo rilievo, che è confortato dal puntuale accertamento della Corte di appello circa il fatto che la transazione diretta motociclista — AXO ebbe a riguardare proprio la domanda risarcitoria di danni e a completare la soddisfazione del danneggiato in considerazione degli «indennizzi pagati dal venditore e dall'importatore del casco».

E' dunque smentita nei presupposti di fatto la tesi, illustrata in memoria, secondo cui detta transazione costituisse non accettazione ma negazione della volontà di avvantaggiarsi della transazione «stipulata inter alios».

Di qui l'inattendibilità della ulteriore conseguenza, peraltro di per sé irraggiungibile per la marginalità dell'assunto di partenza, che il motivo di ricorso ha preso di mira: l'inammissibilità del riconoscimento di una sentenza resa (nel giudizio NOSA/AXO) senza che il garante abbia potuto contestare la fondatezza della domanda di garanzia per il solo fatto che il garante avesse «già autonomamente definito, in via transattiva, i propri rapporti con il danneggiato».

Resta infatti saldo il giudizio di assenza di lesione del diritto di difesa in relazione a un giudizio tra le parti che è stato articolato su premesse - il rifiuto di esercitare direttamente la difesa del rivenditore; l'accettazione di una propria transazione nel giudizio intrapreso dal danneggiato contro AXO sugli stessi presupposti risarcitori; la valutazione probabilistica del giudice americano nell'ammettere, traendone fondamento per la pronuncia di garanzia, il meccanismo processuale ora denunciato - che dimostrano l'esistenza di spazi difensivi non incompatibili con il nostro ordinamento processuale.

3.1) Privato di decisività contro queste considerazioni è anche il secondo profilo del motivo, con il quale si contesta che fosse stata AXO stessa ad accettare di restringere il processo con NOSA sull'unica questione attinente la opportunità della transazione stipulata da quest'ultima a fronte del rischio di una condanna per importi molto maggiori.

Parte ricorrente lamenta che sia stato omesso l'esame dell'affidavit dell'avv. Di Salvo, da cui è stata tratta questa considerazione della Corte di appello. Deduce che la pre trial stipulation era stata confermata dalla mera presa d'atto della regola del potential liability test, con la conseguenza che il diritto di difesa e al contraddittorio sarebbero stati conculcati tra il dover accettare la transazione altrui e il doversi accollare la difesa del garantito.

La tesi è vanificata da una prima considerazione: solo «ad abundantiam» la Corte di appello ha valorizzato la circostanza che il processo con NOSA era stato spontaneamente circoscritto all'esame della ragionevolezza della transazione di NOSA. Il rilievo non sarebbe quindi decisivo.

In ogni caso, come si è notato nei paragrafi precedenti, la possibilità di una diversa perimetrazione della materia del contendere è stata pregiudicata da AXO con le altre scelte processuali fatte, quali il rifiuto di assumere la difesa del rivenditore e la

stipula di una transazione diretta con il danneggiato. Queste scelte hanno autolimitato e addirittura impedito l'accertamento della insussistenza di responsabilità del produttore, che non ha neppure indicato cosa avrebbe potuto dedurre di nuovo, in cosa concretamente sarebbe consistita la perdita di chances difensive.

4) Il terzo motivo denuncia violazione dell'art. 64 L. 218/95 e vizio di motivazione e lamenta che la Corte veneziana non avrebbe ravvisato che la sentenza della Corte USA riguardava, senza specifica motivazione in ordine alla tipologia di danni indennizzati, un indennizzo corrisposto al danneggiato anche a titolo di danni punitivi, perché la proposta transattiva NOSA, accettata dal motociclista, fissava l'importo «a titolo di composizione integrale di tutte le pretese risarcitorie del sig. D., comprese quelle per punitive damages».

La Corte di appello ha respinto questo profilo delle difese di parte AXO, circa la contrarietà all'ordine pubblico della sentenza americana, sulla base di tre convergenti osservazioni.

Si possono così riassumere: a) La sentenza non ha specificato quali danni sono stati indennizzati perché ha recepito "l'importo della transazione con il danneggiato"; b) non è necessario individuare la tipologia di danni, perché comunque AXO si è avvantaggiata di tale transazione; c) non risulta in atti il riconoscimento di tale profilo risarcitorio, ed anzi l'accordo va inteso diversamente.

AXO, oltre a richiamare le difese già oggetto delle precedenti censure, sostiene che il testo della proposta transattiva imputava espressamente «il pagamento di cui alla transazione» a «risarcimento di danni punitivi» e che a Corte di appello non ne avrebbe tenuto conto.

In secondo luogo la violazione di legge e il vizio di motivazione vengono denunciati in riferimento alla carenza di motivazione della sentenza americana circa la tipologia dei danni liquidati. La tesi svolta è che tale carenza motivazionale sarebbe ostativa al riconoscimento, «in presenza di un quantum risarcitorio abnorme». A questo proposito la ricorrente invoca Cass.1781/12 e Cass. 1183/07, precedenti di cui dà conto l'ordinanza di rimessione 9978/16 nel chiedere un ripensamento delle Sezioni Unite in ordine alla compatibilità dell'istituto dei punitive damages con l'ordine pubblico italiano.

4.1) Il motivo risulta inammissibile, giacché è imperniato su un presupposto insussistente: la configurabilità, nella condanna addebitata al garante, di una liquidazione di «danni punitivi» in favore della vittima del sinistro.

Su questo punto, che il ricorso non riesce a scalfire, la valutazione della Corte di appello non è viziata da omesso esame di alcun fatto decisivo, nel senso voluto dalla riforma dell'art. 360 n. 5 c.p.c..

Occorre subito ricordare che secondo la giurisprudenza della Corte (SU 805:3/14) va esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione e viene in rilievo, ai fini del controllo sulla motivazione, soltanto l'omesso esame di

un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia cost tuito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo.

Nel caso di specie va escluso che vi sia stata la lamentata «totale obliterazione del fatto che la proposta transattiva» accettata da Nosa e posta a base della sentenza di condanna del garante riguardasse anche la pretese per punitive damages.

Nell'ultimo periodo di pag. 21, la Corte di appello ha chiaramente considerato la circostanza che si era discusso tra le parti di danni punitivi. Ha però ritenuto che l'accordo non implicasse la liquidazione di danni punitivi e il loro recepimento, ma «solo che NOSA inc. richiese una rinuncia anche a pretese per danni punitivi, in un'ottica di chiusura complessiva dei rapporti tra le parti». Questa inequivocabile motivazione, che rimanda a un'interpretazione della sentenza americana alla luce della transazione che sta alla base della liquidazione, non è quindi viziata dall'omissione ipotizzata nel motivo di ricorso. L'accordo transattivo è stato considerato e la maggiore o minore plausibilità delle conclusioni raggiunte in ordine alla sua portata non è sindacabile in questa sede (circa i limiti del controllo sull'apprezzamento del giudice di merito sul contenuto del provvedimento da delibare, indagine di fatto riservata al medesimo giudice cfr proprio Cass. 1183/07 e, ivi, i richiami a Cass. n. 1266/1972, n. 3709/1983, n. 3881/1969).

La censura è quindi inammissibile.

4.2) Anche il secondo profilo del motivo è inammissibile.

Esso afferma che la sentenza americana sarebbe veicolo di una liquidazione di danni punitivi, sul presupposto dell'abnormità del risarcimento accordato al danneggiato.

Questo presupposto, indispensabile premessa della tesi che propugna il divieto di riconoscimento nel nostro ordinamento, ex art. 64, dei c.d. danni punitivi, è tuttavia enunciato apoditticamente.

Va ricordato in proposito che, se è vero che in caso di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera, ai sensi dell'art. 67 della legge 31 maggio 1995, n. 218, l'indagine relativa alla sussistenza dei requisiti del riconoscimento deve essere compiuta dal giudice anche d'ufficio (Cass.136(52/04), tuttavia tale indagine incontra i limiti delle risultanze processuali, secondo i relativi oneri probatori delle parti.

Nel caso di specie, a fronte di grave pregiudizio alla persona (al calcolato silenzio del ricorso sul punto, ha fatto riscontro il dettagliato controricorso, che ha specificato i particolari delle lesioni craniche e dei postumi invalidanti subiti dall' nfortunato) la liquidazione, peraltro su base transattiva, di un importo di un milione di euro (o due, considerando la analoga transazione stipulata dall' nfortunato con Helmet, come sottolineato negli scritti di parte), non è definibile di per sé abnorme.

L'apprezzamento di fatto reso sotto questo profilo dalla Corte di appello non è sindacabile in questa sede, perché la Corte di appello ha valorizzato la considerazione della sentenza americana circa la ragionevolezza della transazione e ha osservato,

a chiusura, che ulteriore somma era stata aggiunta a quell'importo con la transazione diretta AXO-motociclista.

Se così è, non v'è margine in sede di legittimità per una nuova valutazione della pretesa abnormità degli effetti della sentenza americana nell'ordinamento italiano (questo è l'ambito del sindacato della Corte Suprema, che non può valutare la correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o della legge italiana: cfr. 9483/13, ma già, acutamente, Cass.10215/07).

Non vi è questo spazio soprattutto perché lo si propugna in relazione all'asserita liquidazione di danni punitivi, dedotta in assenza di una puntuale evidenziazione, in ricorso, delle circostanze che legittimerebbero tale affermazione, relative alla articolazione (tra danni patrimoniali, morali ed eventualmente punitivi) delle richieste delle parti, al loro fondamento giuridico nel sistema a quo, all'incedere delle contestazioni insorte sul punto nel giudizio americano, etc..

Né giova a parte ricorrente dedurre che in carenza di indicazione, nella sentenza, di regole e/o criteri di liquidazione del danno si dovrebbe presumere una natura parzialmente sanzionatoria del quantum transatto.

Questa via, che si inerpica nuovamente sulla strada impercorribile del vizio di motivazione, è contraddetta dalle stesse ammissioni (pag. 13 di memoria 2016) circa il fatto che nell'affidavit Di Salvo, oltre alle spese mediche sostenute per 335.000 USD, la sola perdita della capacità di guadagno era stata stimata dai due a tre milioni di dollari.

Pertanto a poco vale addurre che inizialmente il difensore del motociclista aveva testimoniato avanti la giuria della Florida che il valore della domanda oscillava dai 10 ai 30 milioni di dollari. Proprio questa prospettiva, che avrebbe potuto essere grossolanamente sanzionatoria e abnorme, risulta abbandonata dal ridimensionamento della transazione ben sotto i limiti della sola componente patrimoniale del risarcimento richiesto.

Ne discende che non v'è alcun modo per ipotizzare il carattere "punitivo" della condanna pronunciata, carattere che comunque non si può presumere sol perché manchi nella sentenza, o meglio nella transazione recepita dal giudice americano, una chiara distinzione delle componenti del danno.

Il motivo in questo senso ripropone una lettura "radicale" dei precedenti specifici citati, i quali erano però fondati (cfr in particolare Cass. 1781/12) sul riscontro dell' "insufficienza argomentativa", canone ormai non utilizzabile e che costringe quindi chi si opponga al riconoscimento a individuare inequivocabilmente eventuali profili normativi falsamente applicati dal provvedimento di delibazione.

5) L'esito dei tre motivi svolti da parte ricorrente conduce al rigetto del ricorso. L'inammissibilità dell'ultimo motivo dà tuttavia alle Sezioni Unite la facoltà di pronunciarsi sulla questione in esso dibattuta, potendosi interpretare l'articolo 363 co. 3 c.p.c. nel senso che la enunciazione del principio di diritto è consentita anche in rela-

zione a inammissibilità di un singolo motivo di ricorso che involga una questione di particolare importanza, ancorchè il ricorso debba nel SUO complesso essere rigettato.

Nella specie le condizioni che giustificano l'enunciazione del principio di diritto si desumono dall'esteso dibattito dottrinale che da tempo sollecita un intervento giurisprudenziale sul tema e dalla stessa ordinanza di rimessione, stimolata dalla sagacia espositiva delle parti.

5.1) Nel 2007 la Cassazione ha fondato il rifiuto di riconoscimento di una pronuncia in materia, sancendo l'estraneità al risarcimento del danno dell'idea di 'Punizione e di sanzione, nonché l'indifferenza della "condotta del danneggiante". Ha affermato il carattere monofunzionale della responsabilità civile, avente la sola funzione di "restaurare la sfera patrimoniale" del soggetto leso.

Immediatamente censurata dalla dottrina maggioritaria, che ha criticato il contrasto tra queste proposizioni e il dinamico percorso dalla nozione di responsabilità civile nei lustri anteriori, la sentenza 1183/07 ha trovato conferma qualche anno dopo.

In Cass. 1781/2012 l'esclusione del carattere sanzionatorio della responsabilità civile è stata più esplicitamente riferito ai limiti della «verifica di compatibilità con l'ordinamento italiano della condanna estera al risarcimento dei danni da responsabilità contrattuale».

Le Sezioni Unite ritengono che questa analisi sia superata e non possa più costituire, in questi termini, idoneo filtro per la valutazione di cui si discute.

Già da qualche anno le Sezioni Unite (cfr. SU 9100/2015 in tema di responsabilità degli amministratori) hanno messo in luce che la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più «incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, come una volta si riteneva, giacché negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato lato sensu sanzionatorio al risarcimento».

Le Sezioni Unite hanno tuttavia precisato che questo connotato sanzionatorio non è ammissibile al di fuori dei casi nei quali una «qualche norma di legge chiaramente lo preveda, ostandovi il principio desumibile dall'art. 25 Cost., comma 2, nonché dall'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.»

Se si completa quest'avvertenza con il richiamo, altrettanto pertinente, all'art.23 Cost., si può comprendere perché mai, perfino nello stesso ambito temporale, ritornino (l'esempio più significativo: SU n. 15350/15) dinieghi circa la funzione sanzionatoria e di deterrenza della responsabilità civile. Essi risalgono, quando non si tratta di meri arricchimenti argomentativi, alla esigenza di smentire sollecitazioni tese ad ampliare la gamma risarcitoria in ipotesi prive di adeguata copertura normativa.

Non possono valere tuttavia a sopprimere quanto è emerso dalla traiettoria che l'istituto della responsabilità civile ha percorso in questi decenni.

In sintesi estrema può dirsi che accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterren-

za) è emersa una natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva.

5.2) Indispensabile riscontro di questa descrizione è il panorama normativo che si è venuto componendo. Esso da un lato denota l'urgenza che avverte il legislatore di ricorrere all'armamentario della responsabilità civile per dare risposta a bisogni emergenti, dall'altro dimostra, con la sua vivacità, quanto sia inappagante un insegnamento che voglia espungere dal sistema, confinandole in uno spazio indeterminato e asfittico, figure non riducibili alla "categoria".

A incaricarsi di formare questo elenco, per definizione mai completo, sono state, oltre agli studi dell'Ufficio del Massimario, l'ordinanza di rimessione n.9978/16 e la sentenza n.7613/15, chiamata a vagliare la compatibilità con l'ordine pubblico italiano delle misure di astreintes previste in altri ordinamenti (nel a specie in quello belga).

Quest'ultima ha recensito: « in tema di brevetto e marchio, il R.D. 29 giugno 1127, n. 1939, art. 86, e R.D. 21 giugno 1942, n. 929, art. 66, abrogati dal ID.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, che ha dettato a tal fine le misure dell'art. 124, comma 2, e art. 131, comma 2; il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 140, comma 7, c.d. codice del consumo, dove si tiene conto della "gravità del fatto"; secondo alcuni, l'art. 709 ter c.p.c., nn. 2 e 3, introdotto dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, per le inadempienze agli obblighi di affidamento della prole; l'art. 614 bis c.p.c., introdotto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 49, il quale contempla il potere del giudice di fissare una somma pecuniaria per ogni violazione ulteriore o ritardo nell'esecuzione del provvedimento, "tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile"; il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 114, redatto sulla falsariga della norma appena ricordata, che attribuisce analogo potere al giudice amministrativo dell'ottemperanza.»

Ha considerato «le ipotesi in cui è la legge che direttamente commina una determinata pena per il trasgressore: come - accanto alle disposizioni penali degli artt. 388 e 650 c.p. - l'art. 18, comma 14, dello statuto dei lavoratori, ove, a fronte dell'accertamento dell'illegittimità di un licenziamento di particolare gravità, la mancata reintegrazione è scoraggiata da una sanzione aggiuntiva; la L. 27 luglio 1978, n. 392, art. 31, comma 2, per il quale il locatore pagherà una somma in caso di recesso per una ragione poi non riscontrata; l'art. 709 ter c.p.c., n. 4, che attribuisce al giudice il potere di infliggere una sanzione pecuniaria aggiuntiva per le violazioni sull'affidamento della prole; o ancora il D.L. 22 settembre 2006, n. 259, art. 4, convertito in L. 20 novembre 2006, n. 281, in tema di pubblicazione di intercettazioni illegali».

L'ordinanza 9978/16 ha menzionato tra gli altri:

- gli artt. 158 della legge 22 aprile 1941, n. 633 e, soprattutto, 125 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (proprietà industriale), pur con i limiti posti dal cons. 26 della direttiva CE (cd. Enforcement) 29 aprile 2004, n. 48 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), attuata dal d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (v.

art. 158) e la venatura non punitiva ma solo sanzionatoria riconosciuta da Cass. n. 8730 del 2011;

- l’art. 187 undecies, comma 2, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (in tema di inte-mediazione finanziaria);
- “il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (artt. 3-5), che ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell’onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva”.

Entrambe le pronunce annettono precipuo rilievo alla L. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 12, che prevede una somma aggiuntiva a titolo riparatorio nella diffamazione a mezzo stampa e al novellato art. 96, comma 3, c.p.c., che consente la condanna della parte soccombente al pagamento di una “somma equitativamente determinata”, in funzione sanzionatoria dell’abuso del processo (nel processo amministrativo l’art. 26, comma 2, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

Mette conto citare anche l’art. 28 del d.lgs n. 150/2011 sulle controversie in materia di discriminazione, che dà facoltà al giudice di condannare il convenuto al risarcimento del danno tenendo conto del fatto che l’atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

E ancora, si vedano l’art. 18 comma secondo dello Statuto dei lavoratori, che prevede che in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto; l’art. 28 co.2 del d.lgs n.81/2015 in materia di tutela del lavoratore assunto a tempo determinato e la anteriore norma di cui all’art. 32, so , 60 e 70 comma, I. n. 183 del 2010, che prevede, nei casi di conversione in contratto a tempo indeterminato per illegittimità dell’apposizione del termine, una forfettizzazione del risarcimento.

L’elenco di “prestazioni sanzionatorie”, dalla materia condominiale (art. 70 disp. Att. C.c.) alla disciplina della subfornitura (art. 3 co. 3 L. 192/98), al ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali (artt. 2 e 5 d.lgs n. 231/02) è ancora lungo. Non è qui il caso di esaminare le singole ipotesi per dirimere il contrasto tra chi le vuol sottrarre ad ogni abbraccio con la responsabilità civile e chi ne trae, come le Sezioni Unite ritengono, il complessivo segno della moll:eplicità di funzioni che contraddistinguono il problematico istituto.

5.3) Giova segnalare, piuttosto, che nella stessa giurisprudenza costituzionale si trDvano agganci meritevoli di considerazione.

Corte Cost. n.303 del 2011, riferendosi alla normativa in materia laburistica da ultimo citata (I. n. 183 del 2010), ha avuto modo di chiarire che trattasi di una novella «diretta ad introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa ed omogenea applicazione», avente «l’effetto di approssimare l’indennità in discorso

al danno potenzialmente sofferto a decorrere dalla messa in mora del datore di lavoro sino alla sentenza», senza ammettere la detrazione dell'aliunde perceptum e così facendo assumere all'indennità onnicomprensiva «una chiara valenza sanzionatoria».

Corte Cost. n.152 del 2016, investita di questione relativa all'art. 96 c.p.c. ha sancito la natura «non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflattive» di questa disposizione e dell'abrogato art. 385 c.p.c.

Vi è dunque un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività (cfr. Corte Cost.238/2014 e Cass. n. 21255/13) della tutela che in molti casi, della cui analisi la dottrina si è fatta carico, resterebbe sacrificata nell'angustia monofunzionale. Infine va segnalato che della possibilità per il legislatore nazionale di configurare “danni punitivi” come misura di contrasto della violazione del diritto eurounitario parla Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072.

Ciò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati.

Ogni imposizione di prestazione personale esige una “intermediazione legislativa”, in forza del principio di cui all'art. 23 Cost. (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario.

6) Questo inquadramento del tema illumina la questione della compatibilità con l'ordine pubblico di sentenze di condanna per punitive damages.

La descrizione dell'ordine pubblico internazionale, “come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria” (cfr. ord. 9978/16 pag. 21), può far pensare a una “riduzione della portata del principio di ordine pubblico”.

Ciò che va registrato è senz'altro che la nozione di “ordine pubblico”, che costituisce un limite all'applicazione della legge straniera, ha subito profonda evoluzione. Da “complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici” (così Cass. 1680/84) è divenuto il distillato del “sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicché occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione europea dall'art. 6 TUE (Cass. 1302/13)”.

La dottrina ha spiegato che l'effetto principale recato dal recepimento e dall'interiorizzazione del diritto sovranazionale non è la riduzione del controllo avverso l'ingresso di norme o sentenze straniere che possono "minare la coerenza interna" dell'ordinamento giuridico.

Come si è anticipato sub § 2.2, a questa storica funzione dell'ordine pubblico si è affiancata, con l'emergere e il consolidarsi dell'Unione Europea, una funzione di esso promozionale dei valori tutelati, che mira ad armonizzare il rispetto di questi valori, essenziali per la vita e la crescita dell'Unione. E' stato pertanto convincentemente detto che il rapporto tra l'ordine pubblico dell'Unione e quello di fonte nazionale non è di sostituzione, ma di autonomia e coesistenza.

Le 'Sezioni Unite ne traggono riprova dall'art. 67 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale afferma che «l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri».

Pertanto a fungere da parametro decisivo non basta il confronto tra le reazioni delle corti dei singoli Stati alle novità provenienti da uno Stato terzo, o da un altro stato dell'Unione; né lo è un'enunciazione possibilista come quella, proprio in tema di danni non risarcitori, contenuta nel Considerando n. 32 del reg. CE 11 luglio 2007 n. 864.

La sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale.

Se con riguardo all'ordine pubblico processuale, ferma la salvaguardia dell'effettività dei diritti fondamentali di difesa, il setaccio si è fatto più largo per rendere più agevole la circolazione dei prodotti giuridici internazionali, con riguardo all'ordine pubblico sostanziale non può dirsi altrettanto.

Gli esiti armonizzanti, mediati dalle Carte sovranazionali, potranno agevolare sovente effetti innovativi, ma Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro "fiato corto", ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca.

Non vi potrà essere perciò arretramento del controllo sui principi essenziali dell'«a "lex fori" in materie, come per esempio quella del lavoro (v. significativamente Cass. 10070/13) che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica.

Nel contempo non ci si potrà attestare ogni volta dietro la ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri e istituti italiani. Non avrebbe utilità chiedersi se la ratio della funzione deterrente della responsabilità civile nel nostro sistema sia identica a quella che genera i punitive damages.

L'interrogativo è solo il seguente: se l'istituto che busa alla porta sia in aperta contraddizione con l'intreccio di valori e norme che rilevano ai fini della deliberazione.

7) Le considerazioni svolte fanno da guida alle conclusioni che si intendono raggiungere in materia di riconoscimento di sentenze che condannino a risarcire punitive damages.

Schematicamente si può dire che, superato l'ostacolo connesso alla natura della condanna risarcitoria, l'esame va portato sui presupposti che questa condanna deve avere per poter essere importata nel nostro ordinamento senza confliggere con i valori che presidiano la materia, valori riconducibili agli artt. da 23 a 25 della Costituzione.

Così come (cfr § 5.2) si è detto che ogni prestazione patrimoniale di carattere sanzionatorio o deterrente non può essere imposta dal giudice italiano senza espressa previsione normativa, similmente dovrà essere richiesto per ogni pronuncia straniera.

Ciò significa che nell'ordinamento straniero (non per forza in quello italiano, che deve solo verificare la compatibilità della pronuncia resa all'estero) deve esservi un ancoraggio normativo per una ipotesi di condanna a risarcimenti punitivi.

Il principio di legalità postula che una condanna straniera a "risarcimenti punitivi" provenga da fonte normativa riconoscibile, cioè che il giudice a quo abbia pronunciato sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità. Deve esservi insomma una legge, o simile fonte, che abbia regolato la materia "secondo principi e soluzioni" di quel paese, con effetti che risultino non contrastanti con l'ordinamento italiano.

Ne discende che dovrà esservi precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità) e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilità).

Resta poi nella singolarità di ogni ordinamento, a seconda dell'attenzione portata alla figura dell'autore dell'illecito o a quella del danneggiato, la declinazione dei risarcimenti punitivi e il loro ancoraggio a profili sanzionatori o più strettamente compensatori, che risponderà verosimilmente anche alle differenze risalenti alla natura colposa o dolosa dell'illecito.

Presidio basilare per la analisi di compatibilità si desume in ogni caso dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione relativo ai "Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene".

La sua applicazione comporta, è stato notato anche in dottrina, che il controllo delle Corti di appello sia portato a verificare la proporzionalità tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata, per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione.

La proporzionalità del risarcimento, in ogni sua articolazione, è, a prescindere da questo disposto normativo, uno dei cardini della materia della responsabilità civile.

7.1) E' d'uopo a questo punto dar conto della circostanza che nell'ordinamento nordamericano, dal quale provengono le condanne per le quali la giurisprudenza

degli Stati europei si affatica, vi è stata una rapida evoluzione, che ha ormai scacciato la prospettiva dei danni cosiddetti grossly excessive.

Se nel 1996 già la Corte Suprema (caso BMW Supreme Court [Usa], 20-05-1996.) aveva ripudiato, con due sole opinioni dissenzienti, questa configurazione dell'istituto, dodici anni dopo il percorso si era quasi ultimato.

Nel mentre gran parte degli Stati disciplinavano normativamente l'istituto, sottraendolo a verdetti imprevedibili delle giurie (pur costituite, in origine, per garantire al danneggiante il giudizio dei suoi pari), la Supreme Court (20-02-2007, caso Philip Morris) sanciva che nel diritto statunitense lede la due process clause, di cui al XIV emendamento della Costituzione, la concessione di danni punitivi basati sul valore del diritto di credito vantato da tutti coloro che non hanno instaurato la lite.

E la sentenza EXXON (U.S. Supreme Court, 25 giugno 2008) è giunta a stabilire anche un rapporto massimo di 1 a 1 tra importo della somma riconosciuta a titolo compensativo e liquidazione punitiva.

A guisa di esempio può essere utile uno sguardo all'attuale legge della Florida (Florida Statute), stato da cui provengono le sentenze di cui si tratta, ove sono stati introdotti limiti al fenomeno della responsabilità multipla. Limiti costituiti dal divieto del ne bis in idem, dall'introduzione di massimali alternativi a seconda del tipo di responsabilità che si configura, dalla necessità di seguire un complesso rito con una verifica iniziale della responsabilità ed una fase successiva relativa agli eventuali punitive damages (un miniprocesso, significativo per quanto riguarda il nostro sistema in quanto rafforzamento della garanzia sul procedimento ex art. 24 Cost.).

Non è dunque puramente teorica la possibilità che viene schiusa con la revisione giurisprudenziale che le Sezioni Unite stanno adottando. Il caso di specie, che neppure comporta pronuncia a risarcimenti punitivi, non offre il destro per ulteriori approfondimenti, che la casistica potrà incaricarsi di vagliare. Ciò che conta ribadire è che la riconoscibilità del risarcimento punitivo è sempre da commisurare agli effetti che la pronuncia del giudice straniero può avere in Italia, con tutta l'ampiezza di verifica che si deve praticare nel recepimento, con le pronunce straniere, di un istituto sconosciuto, ma in via generale non incompatibile con il sistema.

8) E' quindi possibile enunciare il seguente principio di diritto: Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico.

La responsabilità civile 3.0 e l'insostenibile leggerezza del suo DNA polifunzionale

di Paolo Pardolesi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alla ricerca del DNA polifunzionale perduto. – 3. E, finalmente, la riscoperta dell'ovvio. – 4. Nuove consapevolezza.

1. Con la sentenza in epigrafe le Sezioni Unite, pronunciandosi (*ex art. 363, comma 3, c.p.c.*) sul tema della riconoscibilità in Italia di tre sentenze nordamericane di condanna ai *punitive damages*, statuiscono che la funzione sanzionatoria ad essi sottesa non può essere più considerata ontologicamente incompatibile con l'ordine pubblico (*ex art. 64, lett. g, della legge n. 218 del 1995*), ma va sottoposta a una verifica, caso per caso, concernente i requisiti delle 'tipicità', della 'prevedibilità' e, infine, della 'proporzionalità'¹. Più nello specifico. Il ricorso proposto dalla parte soccombente dinanzi alla corte di merito viene rigettato in quanto, da un lato, il giudice di secondo grado aveva concluso per la ragionevolezza della somma di cui alla transazione (che, secondo la ricorrente, comportava danni punitivi) e, dall'altro, non vi erano margini in sede di legittimità per porre in essere "una nuova valutazione della pretesa abnormità degli effetti della sentenza americana nell'ordinamento italiano". Ma le Sezioni Unite colgono l'occasione per definire in maniera chiara, compiuta e precisa come nelle pieghe della responsabilità civile, "accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) [sia] emersa una natura polifunzionale (...), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella punitivo-sanzionatoria"².

La sentenza in commento segna, dunque, il capitolo conclusivo di una 'saga' dai contorni troppo spesso altalenanti e controintuitivi, cristallizzando un drastico cambiamento del modo di inquadrare la responsabilità civile: non solo come icona della valenza rimediale compensativa, bensì come espressione di una natura variegata, nelle pieghe della quale trova effettivo diritto di cittadinanza l'inclinazione punitivo/sanzionatoria.

* Professore associato di Diritto privato comparato Università degli Studi di Bari Aldo Moro

¹ "Ciò che conta ribadire è che la riconoscibilità del risarcimento punitivo è sempre da commisurare agli effetti che la pronuncia del giudice straniero può avere in Italia, con tutta l'ampiezza di verifica che si deve praticare nel recepimento, con le pronunce straniere, di un istituto sconosciuto, ma in via generale non incompatibile con il sistema": Cass. 16601/2017 in epigrafe. Sui tre requisiti in oggetto v. quanto rimarcato da N. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, in *Foro it.*, 2017, I, 2639.

² Cass. 16601/2017 cit.

2. Il primo tassello di questa ‘vicenda’ prende le mosse dalla netta decisione (assunta nel 2007 e fortemente criticata dalla dottrina)³ con cui il giudice di legittimità – contravvenendo, si direbbe, alla volontà del legislatore di aprire a soluzioni remediali di chiara vocazione punitiva/sanzionatoria – aveva negato la delibazione di una sentenza (nella quale veniva disposto un risarcimento per danni puntivi di un milione di dollari nei confronti del produttore italiano del casco protettivo che nel momento della collisione, per un difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura, si era staccato dal capo della vittima) pronunciata dalla Corte distrettuale della contea di Jefferson. Più in chiaro: il rifiuto dell’*exequatur* concerneva il palese contrasto con l’ordine pubblico del risarcimento *punitive* in oggetto (posto che tradizionalmente i principi regolatori del nostro sistema civilistico in tema di responsabilità civile da illecito extracontrattuale configurano il risarcimento dovuto al danneggiante quale riparazione del pregiudizio arrecato alla vittima dell’illecito)⁴.

Ciò nonostante, un inatteso (quanto, almeno per certi versi, inconsapevole) cambio di rotta rispetto alla lettura univoca della responsabilità civile in chiave esclusivamente compensativa si è delineato con due decisioni ravvicinate nel tempo, concernenti rispettivamente un caso di illecito sfruttamento del diritto d’immagine⁵ e un’ipotesi di violazione del diritto d’autore⁶.

Nella prima controversia, la Corte di cassazione statuì che, prospettandosi un danno da illecito sfruttamento dell’immagine di un giovane e sconosciuto ballerino (posto in essere a scopo di lucro dalla scuola di ballo presso cui era stato allievo per alcuni anni), il risarcimento avrebbe potuto essere stabilito “con riferimento agli utili presumibilmente conseguiti dall’autore dell’illecito”⁷. Quanto dire che, facendo tesoro delle modifiche introdotte dall’art. 5 del decreto *enforcement* all’art. 158 l.a., la Corte di legittimità optava per l’applicazione dello strumento della retroversione

³ Cass. 19 gennaio 2007 n. 1183, *Foro it.*, 2007, I, 1460 (con nota fortemente critica di PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*). Per un’analisi d’insieme del vigoroso dibattito intorno ai *punitive damages* mi permetto di rinviare riassuntivamente al mio *I punitive damages nell’ordinamento italiano*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. PARDOLESI, Bari, 2011, 59 ss.

⁴ “[N]el vigente ordinamento l’idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell’obbligato, ma occorre altresì la prova dell’esistenza della sofferenza determinata dall’illecito, mediante l’allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi *in re ipsa*”: Cass. 1183/2007 cit., 1460.

⁵ Cass. 11 maggio 2010, n. 11353, in *Foro it.*, 2011, I, 540 (con nota di P. PARDOLESI, *Abusivo sfruttamento d’immagine e danni punitivi*).

⁶ Cass. 15 aprile 2011 n. 8730, in *Foro it.*, 2011, I, 3073 (con nota di P. PARDOLESI, *Violazione del diritto d’autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*).

⁷ Cass. 11353/2010 cit., 540.

degli utili in un'accezione parasanzionatoria, in grado di ricalcare le orme dello strumento 'quasi punitive' dei *disgorgement damages*⁸.

Tale orientamento (favorevole, nello specifico, all'applicabilità della retroversione degli utili per contrastare le criticità sottese alle cd. ipotesi di arricchimento da fatto illecito e, più in generale, ad un 'recupero' in senso polifunzionale della nostra responsabilità civile) è stato confermato, a distanza di pochi mesi, dal Supremo collegio in una decisione assunta in tema di quantificazione del danno da violazione del diritto d'autore⁹. Nello specifico, perseguendo l'obiettivo "di evitare che l'utilizzatore abusivo si possa avvantaggiare del suo comportamento illecito, trattenendone gli utili invece e in luogo di chi avrebbe avuto il legittimo diritto di appropriazione", la Cassazione ha prospettato il superamento della 'monotonica' lettura rimediale in chiave compensativa, "piegando l'istituto del risarcimento dei danni ad una funzione in parte sanzionatoria, (...), più che ripristinatoria di effettive perdite patrimoniali"¹⁰.

E' parso, dunque, che le cennate pronunce potessero fungere da apripista per l'accreditarci di una ri-lettura 'aggiornata' della nostra responsabilità civile. Tuttavia le attese sono andate deluse: adito per vagliare l'*exequatur* di una sentenza pronunciata dalla Corte Suprema del Massachusetts (nella quale veniva statuito un risarcimento di cinque milioni di dollari, con tanto di avallo della Corte di appello di Torino, nei confronti di una società italiana produttrice di un macchinario difettoso per i danni arrecati ad un lavoratore), il giudice di legittimità ha cassato drasticamente la soluzione sabauda¹¹. Attraverso una motivazione a dir poco 'discutibile'¹², la corte — riaffermando il principio in forza del quale la responsabilità civile risponde unicamente a finalità riparatorie — escludeva in radice la praticabilità di qualsivoglia sfumatura punitivo/deterrente (ancorché di carattere meramente presuntivo),

⁸ Prova ne sia il fatto che, di là dalle tradizionali tecniche di quantificazione (quali il prezzo del consenso, la *dilution* dell'immagine e i danni morali), la Corte di Cassazione ha statuito che alla vittima della condotta illecita, poteva essere offerta l'opportunità di ottenere un risarcimento idoneo ad assicurare, per un verso, una semplificazione delle criticità connesse alla determinazione del ristoro e, per l'altro, il superamento dei rischi sottesi all'idea tradizionale in forza della quale l'autore dell'illecito è obbligato esclusivamente a compensare la vittima per il danno.

⁹ Nello specifico, la controversia in oggetto consisteva nell'abusiva diffusione di una serie televisiva posta in essere dalle società convenute a scapito della parte attrice che ne aveva acquistato i diritti di utilizzazione economica esclusiva sull'intero territorio nazionale (v. Cass. 8730/2011 cit., 3073).

¹⁰ Cass. 8730/2011 cit., 3073.

¹¹ Cass. 17 febbraio 2012 n. 1781, in *Corriere giur.*, 2012, 1068 (con nota di P. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il trinagolo no!*).

¹² In particolare, a sollevare non poche perplessità è l'idea che, di là dalla mancanza di qualunque riferimento alla figura dei danni punitivi, la concessione di una somma così elevata tradisca in ogni caso un'inclinazione punitiva estranea all'ordinamento giuridico italiano (senza trascurare, inoltre, che l'assenza di ogni indicazione circa i criteri adottati per raggiungere il risarcimento concesso nella decisione nordamericana impediva di verificare se la sentenza desse, o non, ingresso a voci di danno non ammesse dal sistema italiano). Per un'incisiva ricognizione dei profili critici della sentenza in oggetto v. PONZANELLI, *La Cassazione bloccata da un risarcimento non riparatorio*, in *Danno e resp.*, 2012, 609, 613.

denunciandone l'inconciliabilità con l'ordine pubblico (in quanto, per guardare unicamente alla posizione del danneggiante e non possedere alcuna relazione con il danno effettivo patito dal danneggiato, tali finalità non rientrano assolutamente nei suoi compiti).

Nel segno di uno sviluppo sussultorio, è però passato poco tempo perché si realizzasse un efficace cambio di rotta (viatico imprescindibile, ma non ancora definitivo, per il successivo pronunciamento delle Sezioni Unite). Con una brillante decisione di un paio d'anni fa, la Suprema corte – pronunciandosi in termini favorevoli circa l'esecutività di un'*astreinte* disposta dal giudice belga¹³ (per il ritardo accumulato dall'opponente nell'adempiere l'obbligo di consegnare determinati titoli azionari al soggetto nominato sequestratario)¹⁴ – ha dato impulso ad un evidente ripensamento in merito all'inammissibilità in Italia dei risarcimenti ultracompensativi (e, più in generale, sulla natura polifunzionale ascrivibile alla nostra responsabilità civile): “pur restando la funzione risarcitoria quella immediata e diretta cui l'istituto è teso”, occorre rimarcare “l'evoluzione della tecnica di tutela della responsabilità civile verso una funzione anche sanzionatoria e deterrente, sulla base dei vari indici normativi (quali, ad esempio, il D. Lgs 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125, sulla violazione di un diritto di proprietà industriale, o la L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158, come sostituito dal D. Lgs. n. 140 del 2006, che determinano il danno anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto), specialmente a fronte di un *animus nocendi*”¹⁵. Quanto dire che, di là dalle difficoltà connesse alla metabolizzazione di un *punishment rationale* (proprio dei sistemi di *common law*), i giudici di legittimità ne rilevano l'efficacia funzionale osservando come il riconoscimento di una inclinazione sanzionatoria sia imprescindibile in tutte le ipotesi in cui l'*under-detection* dei danni comporti una responsabilità attesa inefficiente perché non in grado di indurre un *optimal care*. Prendeva così forma un modo diverso di valutare gli strumenti rimediali punitivo/sanzionatori (piuttosto che al cd. *punishment rationale*, l'accento si pone sulla forza dell'*economic deterrence*) che, per conseguire una implementazione definitiva nella nostra realtà giuridica, non poteva prescindere da un intervento definitivo (soprattutto a livello sistematico) da parte delle Sezioni Unite.

3. Tale intervento non si è fatto attendere troppo. La sapiente sentenza in commento segna una novità di non poco momento, avallando un approccio *case by case*

¹³ Per un'analisi concernente le misure coercitive previste dalla legge processuale belga v. orientativamente STORME, *L'astreinte nel diritto belga: sei anni di applicazione*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1986, 602 ss.; VITALI, *L'introduzione delle astreintes in Belgio*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 272 ss.; A. MONDINI, *Attuazione degli obblighi infungibili*, Milano, 2014, 30 ss.

¹⁴ La sentenza in epigrafe (Cass. 15 aprile 2015 n. 7613) è stata commentata da MONDINI, *Astreintes, ordine pubblico interno e danno punitivo*, in *Foro it.*, 2015, I, 3960; CORSI, *Il sì della suprema corte all'astreinte straniera*, in *Danno e resp.*, 1155; SCIARRATTA, *Astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile*, in www.dirittocivilecontemporaneo.com.

¹⁵ Cass. 7613/2015 cit.

delle corti di merito: sicché, la riconoscibilità/esequibilità in Italia delle sentenze straniere di condanna a strumenti sanzionatori spetterà alla corte d'appello adita, che dovrà verificare, per un verso, che si tratti di una condanna ai danni punitivi e, per l'altro, che siano rispettati i requisiti *supra* cennati a cui è subordinata la compatibilità con l'ordine pubblico¹⁶. Nemmeno a dirlo, per conseguire questo risultato le Sezioni unite devono cortocircuitare l'impostazione che, nell'anelito di affrancare l'area dell'illecito civile dalla responsabilità penale, tutto riconduce alla matrice compensativa: “[n]el vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile”¹⁷.

Il passaggio appare addirittura ‘epocale’. In un colpo solo le Sezioni Unite cancellano un ‘*must*’ concernente la tradizione comparatistica: la ‘strutturale’ contrapposizione – per ciò che concerne il differente approccio alla quantificazione del danno – tra le soluzioni rimediali domestiche (in cui a farla da padrone era esclusivamente la natura compensatoria) e quelle adottate in *common law* (dove, campeggiando il principio in forza del quale a nessuno dovrebbe essere concessa la possibilità di trar-

¹⁶ “Non è (...) ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei danni punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico”: Cass. 16601/2017 cit. In questa prospettiva D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 2639 ss., osserva come, “con riferimento al requisito della proporzionalità, spetterà alla Corte d'appello il delicato compito di determinare, volta per volta, e secondo le peculiarità del caso concreto, se l'entità dei danni punitivi liquidati dalla sentenza straniera è proporzionale alla riprovevolezza del comportamento dell'agente e, per altro verso, se la somma liquidata a titolo sanzionatorio è proporzionata rispetto a quella liquidata a titolo compensativo, in ragione delle finalità preventive cui è orientata. Queste valutazioni, ad oggi, dovranno essere compiute dalle Corti d'appello in autonomia, posto che nessuna significativa guida nomofilattica è stata offerta dalle Sezioni Unite. Le corti territoriali decideranno con provvedimenti censurabili in cassazione entro gli angusti limiti dell'art. 360, n. 4, c.p.c., in caso di mancata considerazione, da parte del giudice di merito, delle doglianze di una delle parti circa la sproporzione tra il tipo di condotta e la somma liquidata, ovvero tra la somma liquidata a titolo compensativo e quella irrogata a titolo punitivo”. Sulla scorta di tali considerazioni la stessa voce dottrinale rileva come “[l]a pronuncia delle Sezioni Unite è destinata ad avere significative ricadute anche in riferimento alla interpretazione della clausola dell'ordine pubblico internazionalprivatistico di cui ai regolamenti Roma I o Roma II ovvero all'art. 16 della legge n. 218 del 1995. Infatti, se non è «ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei danni punitivi», allora non soltanto la sentenza americana che contenga una pronuncia di tal fatta potrà essere riconosciuta ed eseguita in Italia ma, a rigor di logica, anche il giudice italiano, se chiamato a decidere una controversia risarcitoria pendente in Italia, il cui merito sia disciplinato dalla legge sostanziale americana, potrà applicare tale legge e liquidare *punitive damages*, a condizione che – in base ad una sua valutazione del caso concreto – tale legge soddisfi i requisiti della tipicità, prevedibilità e proporzionalità. Una erronea valutazione (solo se) dovuta alla mancata ponderazione della integrazione dei tre requisiti, sembra, sarà suscettibile di essere censurata in sede di legittimità per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, in quanto inclusiva della erronea applicazione o interpretazione della legge sostanziale straniera”.

¹⁷ Cass. 16601/2017 cit.

re giovamento dal compimento di una condotta illecita, l'impiego di strumenti rimediali cui sia attribuibile una rilevante natura punitivo/sanzionatoria è divenuto irrinunciabile).

A tale proposito, in alcuni precedenti lavori, chi scrive si era ritrovato, in sintonia con un combattivo manipolo di voci dottrinarie, ad evidenziare l'opportunità di un re-inquadramento della natura funzionale della nostra responsabilità civile¹⁸. A ben vedere, infatti, l'analisi comparativa condotta a ridosso dell'esperienza giuridica domestica aveva indotto alla constatazione (obbligata) che le problematiche individuabili nelle pieghe della quantificazione del danno non si prestassero ad essere cristallizzate in una scarna disposizione normativa¹⁹. Non a caso, pur riconoscendo la sineddoche propria nell'approccio normativo *civilian*²⁰, non era possibile ignorarne l'inidoneità a fronteggiare il ventaglio di ipotesi in cui il rinvio alle voci di danno emergente e lucro cessante non risultava in grado di assicurare alla vittima della condotta illecita (sia esso in ambito contrattuale o extra-contrattuale) un effettivo ristoro per il danno subito. Del resto, rimanendo ancorati alla tradizionale impostazione normativa, secondo cui l'autore dell'illecito è obbligato a risarcire la vittima nei limiti del danno patito, si prospettava malinconicamente la necessità di dover tollerare l'accrescere demoralizzante di situazioni in cui il danno c'è ma non si riesce a quantificare²¹.

In quest'ordine di idee, pertanto, assai prezioso risultava proprio il confronto con l'esperienza di *common law* in cui il tema del risarcimento si è sempre mosso a ridosso di una realtà giuridica elastica/dinamica di per sé finalizzata ad assicurare alla vittima dell'inadempimento la miglior forma di ristoro in relazione alle peculiarità

¹⁸ In tal senso si rinvia a P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*, in *Danno e resp.*, 2007, n. 11, 1125; nonché, *Abusivo sfruttamento d'immagine e danni punitivi* cit., 540; ID., *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio* cit., 3073; ID., *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile* cit., 1068; ID., *responsabilità civile: il trinagolo no!*; *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2013, n. 4, 409; nonché, *DNA polifunzionale della responsabilità civile: recenti apporti della Cassazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 471.

¹⁹ Per un approfondimento di tali profili si rinvia a P. PARDOLESI, *Riflessioni in tema di retroversione degli utili*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, n.2, 261.

²⁰ Mi sia consentito il rinvio sul punto ai seguenti lavori: P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005; nonché, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 717.

²¹ In questa tipologia di controversie, la palma spetta, con ogni probabilità, al celebre caso Meroni (Cass. 26 gennaio 1971 n. 174, *Foro it.*, 1971, I, 342, e. 29 maggio 1978 n.1459, *id.*, 1979, I, 827), che ovviamente attiene al versante della responsabilità extracontrattuale, ma è sintomatico di un più generale disagio. In quella sofferta vicenda si materilizzò un duplice risultato: per un verso (sotto il profilo dell'*an*), si affermò e consolidò la possibilità di dare ingesso, nel novero degli interessi tutelati ex art. 2043 c.c., alla tutela aquiliana del credito, mentre, per ciò che concerne il *quantum*, si sortì un totale fallimento. Facendo riferimento alla impostazione tradizionale in tema del danno positivo, il Supremo collegio non riuscì a liquidare alcun tipo di risarcimento: in primo luogo, perché —rispetto all'anno in cui giocava Meroni— gli abbonamenti erano aumentati e, in seconda battuta, poiché il Torino, sostituendo un giocatore famoso (e costoso) quale Meroni con il più modesto Facchin, aveva finito per conseguire addirittura un vantaggio in termini di risparmio sull'ingaggio.

caratterizzanti il singolo caso di specie (prova ne siano gli strumenti rimediali quali i *punitive* e i *disgorgement damages*). Proprio la propensione di quell'esperienza ad arricchire il novero di tecniche utili ad apprezzare la consistenza del pregiudizio costituiva un'imprescindibile sollecitazione a ridefinire che cosa dovesse intendersi per risarcimento del danno o, meglio ancora, quali prospettive funzionali esso debba perseguire. Sì che, in più di una occasione, si era rilevata l'opportunità di convogliare l'attenzione sui percorsi logici (in parte già conosciuti dai formanti dottrinale e giurisprudenziale) in forza dei quali le corti avrebbero potuto provvedere alla liquidazione del danno con sfumature variegata a seconda delle particolarità prospettate da ogni singola controversia²².

La pronuncia in epigrafe svela la ferma volontà delle Sezioni unite di superare il limite tralattivamente rieditato (in più di una occasione) in vista di una finalità esclusivamente compensativa: in breve, si opta risolutamente per l'accoglimento di una deriva punitiva/sanzionatoria, assicurando la coerenza sistematica attraverso un perentorio cambiamento del modo di 'pensare' la materia della responsabilità civile nel senso di scandirne l'indole polifunzionale, da sempre radicata nel suo DNA ma, nell'ultimo mezzo secolo, sacrificata in nome del mantra della compensazione.

4. A mo' di conclusione, vien fatto di chiedersi se si sia davvero in presenza di una nuova era della responsabilità civile, nella quale possano operare strumenti rimediali punitivi/sanzionatori in grado di assurgere al ruolo di efficace *legal response*: al pari di quelli operanti nei sistemi di *common law*. Le premesse sembrano promettenti. Ma c'è ancora tanto da fare...

²² V., *supra*, nota 18.

NOTA A ORDINANZA

Le obbligazioni derivanti dalla *mora credendi* del datore di lavoro

di Alberto Azara*

CORTE DI CASSAZIONE - sez. L - Cass., ord., 25.5.2016, n. 10771

Massima: «Nel caso di nullità del contratto di cessione del ramo di azienda, l'obbligazione del cedente che non proceda al ripristino del rapporto di lavoro deve essere qualificata come risarcimento del danno, con la conseguente detraibilità dell'*aliunde perceptum*. In particolare, in assenza di una espressa previsione, l'omesso svolgimento della prestazione lavorativa dà luogo ad una scissione tra sinallagma genetico (che ha riguardo al rapporto di corrispettività tra le reciproche obbligazioni dedotte in contratto) e sinallagma funzionale (che lega invece le prestazioni intese come adempimento delle obbligazioni dedotte), la quale implica un duplice effetto: l'esclusione del diritto alla retribuzione-corrispettivo; la costituzione in capo al datore di lavoro che ne è responsabile dell'obbligo di risarcire i danni, eventualmente commisurati alle mancate retribuzioni, con conseguente detraibilità dell'*aliunde perceptum*».

1. Il caso. – La società Alfa cede un ramo di azienda alla società Beta. Nel ramo di azienda è compreso anche il contratto di lavoro subordinato stipulato tra Alfa e Tizio.

Con sentenza del 15 marzo 2007, il Tribunale di Roma dichiara nullo il contratto di cessione del ramo di azienda e condanna la società cedente a ripristinare il rapporto di lavoro. Successivamente alla pubblicazione della sentenza dichiarativa della nullità, Tizio costituisce in mora (*ex art. 1217 c.c.*) il proprio creditore-datore di lavoro (Alfa), intimandogli di ricevere la prestazione lavorativa. Alfa, senza un legittimo motivo, si rifiuta di ripristinare il dipendente nel posto di lavoro. Nelle more Tizio continua “di fatto” a lavorare presso il cessionario Beta e a ricevere il pagamento dello stipendio nella misura corrispondente allo stipendio che avrebbe diritto di ricevere dalla società Alfa.

Tizio agisce in giudizio per chiedere la condanna della società Alfa al pagamento della retribuzione dal giorno della costituzione in mora.

* Dottore di ricerca in diritto privato.

2. *La soluzione offerta dalla Corte di Cassazione.* – Richiamando la pronuncia Cass., 17.7.2008, n. 19740, la Suprema Corte qualifica come risarcitoria l'obbligazione del cedente che, nonostante la costituzione in mora *ex art.* 1217 c.c., non proceda al ripristino del rapporto di lavoro. Codesta qualifica – secondo i giudici di legittimità – implica la detrazione dell'*aliunde perceptum*, ossia la necessità di sottrarre le somme che il lavoratore ha conseguito svolgendo una diversa attività lucrativa presso il cessionario Beta.

La natura risarcitoria dell'obbligazione gravante sul datore di lavoro «risulterebbe influenzata, in maniera decisiva», dalle modifiche introdotte dall'art. 1, l. 11-5-1990, n. 108, all'art. 18, l. 20-5-1970, n. 300. Tale norma prevede che costituiscono risarcimento del danno ingiusto subito dal lavoratore per l'illegittimo licenziamento le somme corrisposte in esecuzione della sentenza che dispone la reintegrazione.

Si osserva che il contratto di lavoro subordinato è un negozio a prestazioni corrispettive, sicché l'erogazione del trattamento economico in mancanza di attività lavorativa costituirebbe una eccezione che deve essere espressamente contemplata dalla legge o dal contratto (come ad esempio avviene nei casi di riposo settimanale *ex art.* 2108 c.c. e delle ferie annuali *ex art.* 2109 c.c.). Ne discende che, in assenza di una espressa previsione, l'omesso svolgimento della prestazione lavorativa «dà luogo ad una scissione tra sinallagma genetico (che ha riguardo al rapporto di corresponsività tra le reciproche obbligazioni dedotte in contratto) e sinallagma funzionale (che lega invece le prestazioni intese come adempimento delle obbligazioni dedotte)».

Questa scissione determinerebbe un duplice effetto: l'esclusione del «diritto alla retribuzione-corrispettivo»; la costituzione in capo al datore di lavoro che ne è responsabile dello «obbligo di risarcire i danni, eventualmente commisurati alle mancate retribuzioni».

La Corte nota come tali principi siano stati applicati in casi analoghi, e segnatamente: alla dichiarazione di nullità del licenziamento in forma orale; alla dichiarazione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro subordinato quando sia stata accertata giudizialmente la continuità del rapporto; alla dichiarazione di nullità della clausola contenuta nel contratto collettivo che prevede l'automatica cessazione del rapporto di lavoro al raggiungimento della massima anzianità contributiva quando sia stata accertata la continuità del rapporto; agli “intervalli non lavorati” nel caso di successione di contratti a tempo determinato convertiti *ope iudicis* in un unico rapporto a tempo indeterminato a seguito della accertata illegittimità del termine.

Nel caso in esame il lavoratore ha continuato a prestare (seppur di fatto) l'attività lavorativa alle dipendenze della cessionaria, sicché Tizio avrebbe dovuto dimostrare che la somma percepita da Beta è inferiore rispetto alla somma che avrebbe avuto diritto di ricevere dal cedente-Alfa.

La soluzione offerta risulta conforme all'attuale indirizzo della giurisprudenza di legittimità, inaugurato dalla Sezione Lavoro della Corte di Cassazione e confermato

dalla Sesta Sezione Civile – Sottosezione Lavoro¹. Essa, tuttavia, non sembra sottrarsi a gravi rilievi critici, messi in luce da una parte delle Corti di merito².

3. La dottrina che esclude l'applicazione degli artt. 1206 e ss. c.c. al rapporto di lavoro. Rilievi critici. – L'esame dell'ordinanza annotata impone lo svolgimento di una notazione preliminare circa l'applicabilità al rapporto di lavoro delle norme dettate dal codice civile in tema di *mora credendi*.

La tesi negativa è stata risolutamente sostenuta da Giovanni Cattaneo.

Secondo questo Autore, la mora del creditore presuppone che la prestazione rimanga possibile e l'obbligazione continui ad esistere³. Non è, infatti, immaginabile l'offerta di una prestazione insuscettibile di esecuzione. Quando il creditore della prestazione di lavoro non offre la necessaria cooperazione per consentire l'adempimento del lavoratore si avrebbe una impossibilità istantanea della prestazione. Tale impossibilità – secondo la dottrina in esame – costituirebbe una conseguenza immediata della condotta omissiva del datore di lavoro, non già un evento che sopravvenga dopo la costituzione in mora⁴. Non ci troveremmo dinanzi ad una ipotesi di *mora accipiendi*, giacché la mora postula l'esistenza dell'obbligazione; diversamente, nel caso in esame, l'obbligazione si estinguerebbe (di solito parzialmente) nel momento stesso in cui la mancata cooperazione del creditore ne impedisce l'adempimento. In altri termini, nel contratto di lavoro (e più in generale nei contratti ad esecuzione continuata) la prestazione dovuta andrebbe considerata con riferimento alle *frazioni di tempo* in cui essa deve essere eseguita. Allo scadere di ciascuna di queste frazioni l'obbligazione si estinguerebbe per l'impossibilità della prestazione (ossia per la parte che doveva essere eseguita in quella frazione): nei giorni successivi il lavoratore potrà compiere identiche attività, ma non potrà più svolgere quelle attività che avrebbe dovuto eseguire nel tempo prefissato. Su questa linea, l'adempimento tardivo sarebbe escluso, poiché le *operae praeteritae* sono *operae peritae* e non più recupe-

¹ Nella giurisprudenza di legittimità condividono la soluzione offerta dall'ordinanza in esame: Cass., 26.8.2015, n. 17185, *CED*, 2015; Cass., 16.9.2014, n. 19490, in *CED*, 2014; Cass., 14.7.2014, n. 16095, in *CED*, 2014.

² La linea della Corte di Cassazione non è seguita da una parte della giurisprudenza di merito, la quale reputa che il credito vantato dai lavoratori nei confronti del datore di lavoro in mora abbia natura retributiva. Si esprimono in questo senso: App. Roma, 21.9.2015, n. 4335, inedita; App. Roma, 3.2.2015, n. 7152, inedita; App. Roma, 4.2.2014, n. 278, inedita; App. Roma, 18.11.2014, n. 8776, inedita; App. Roma, 19.11.2013, n. 9869, inedita; App. Roma, 14.6.2013, n. 3676, inedita; App. Roma, 4.6.2013, n. 1122, inedita; Trib. Roma, 10.10.2014, n. 9392, inedita; Trib. Roma, 6.12.2013, n. 13656, inedita; Trib. Roma, 6.12.2013, n. 13660, inedita; Trib. Roma, 31.3.2011, n. 6067, inedita; Trib. Roma, 25.3.2010, n. 5453, inedita.

³ CATTANEO, *Della mora del creditore, artt. 1206-1217*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, 73 ss., osserva che il rapporto di lavoro, sia esso a tempo determinato o indeterminato, è configurato in modo tale da escludere che la prestazione del lavoratore, qualora sia mancata in tutto o in parte per qualsiasi causa, possa essere eseguita in un momento successivo. V. anche CATTANEO, *Mora del creditore*, in *Dig. civ.*, vol. XI, 1994, 439 e 440.

⁴ CATTANEO, *Della mora del creditore, cit.*, 75.

rabili⁵. Donde l'impossibilità di immaginare una costituzione in mora del creditore, la quale postula l'offerta di una prestazione *ancora (possibile e) dovuta*⁶.

Questa tesi ha ricevuto penetranti e persuasivi rilievi critici.

In primo luogo, si è segnalato che l'omessa cooperazione del creditore assurge ad elemento patologico che proietta il proprio influsso su tutto il rapporto di lavoro considerato non già come sequenza di atti esecutivi, ma come rapporto unitario, sia pure ad esecuzione continuata, nel quale il tempo assolve l'unico compito di determinare la quantità e non l'identità della prestazione⁷. «Oltre a bruciare le *operae inesequite*», il contegno del datore di lavoro «incombe su quelle che devono essere compiute e si riflette su esse, pienamente giustificando un'intimazione da parte del debitore»⁸.

In secondo luogo, si rileva che la mancata cooperazione del datore di lavoro non determina immediatamente e contemporaneamente l'impossibilità della prestazione e, dunque, non impedisce una valida offerta della stessa. «Il perimento delle *operae praeteritae* – osserva la dottrina – è vicenda che si avvera non assieme alla mancata cooperazione, ma in conseguenza di essa (in un momento che è successivo sia dal punto di vista logico che temporale)»⁹. L'atto di cooperazione si colloca temporalmente in un momento antecedente all'esecuzione della prestazione lavorativa: ad esempio la mancata accensione di un forno, che per produrre richiede un certo periodo (poniamo due ore) di attività, costituisce già atto di mancata cooperazione nei riguardi di quei lavoratori la cui prestazione dipende dal funzionamento di quel forno¹⁰. Ne deriva che è ben possibile pensare a un'offerta *ex art.* 1217 c.c. successiva all'ingiustificato rifiuto del datore di lavoro e antecedente alla vicenda estintiva dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

In questa prospettiva, la mora del creditore va considerata come norma generale di ripartizione delle conseguenze negative del mancato adempimento tempestivo della prestazione per fatto imputabile al creditore. Codesta ripartizione dei rischi – favorevole al debitore – trova in quell'istituto «la sua sede naturale» e deve essere applicata, per tale ragione, anche al rapporto di lavoro¹¹.

⁵ In tal senso già MENGONI, *Note sulla impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953, 277 e ss.

⁶ Cfr. D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, 80, il quale richiama alla nota n. 10 il pensiero di Luigi Mengoni (MENGONI, *op. cit.*, 278 e 282: «Le *operae* cessano di essere beni, cioè si consumano, cum transierit tempus, quando non siano prestate a tempo debito. La prestazione della giornata lavorativa dovuta per il 1° aprile, che il lavoratore non ha potuto o voluto prestare, perisce, diventa, in questo senso, *opera praeterita*»); cfr. anche GHEZZI, *Mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1985, 132.

⁷ GHERA – LISO, *Mora del creditore (dir. lav.)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 978.

⁸ GHERA – LISO, *op. cit.*, 978, rilevano che la mancata cooperazione del creditore, «oltre a bruciare le *operae inesequite*, incombe su quelle che ancora devono essere compiute e si riflette su di esse, pienamente giustificando una intimazione da parte del debitore».

⁹ GHERA – LISO, *op. cit.*, 979.

¹⁰ GHERA – LISO, *op. cit.*, 979.

¹¹ GHERA – LISO, *op. cit.*, 979.

Sotto diverso profilo, la dottrina osserva che il tempo di esecuzione delle *operae* ha un rilievo assai importante perché è strettamente legato alla soddisfazione delle esigenze organizzative dell'impresa; e, tuttavia, non è possibile escludere *tout court* una rilevanza dell'adempimento tardivo¹². Le prestazioni non svolte tempestivamente possono essere eseguite in un successivo momento senza che venga meno l'interesse del creditore (art. 1174 c.c.). Questa linea trova conferma nell'istituto del recupero che normalmente è disciplinato in tutti i contratti collettivi dell'industria. Il recupero si risolve nell'esecuzione delle prestazioni lavorative non eseguite tempestivamente, le quali, quindi, non possono considerarsi definitivamente *operae peritae*. In semplici parole, l'interesse del creditore a ricevere l'attività lavorativa si mostra flessibile e svincolato da rigidi schemi temporali¹³, sicché il rifiuto ingiustificato non rende *definitivamente* impossibile la prestazione del dipendente, la quale, entro certi limiti, può essere svolta in un secondo momento. Di qui la possibilità di una valida costituzione in mora con la conseguente applicazione della disciplina prevista dal codice civile agli artt. 1206 e ss.

Questa linea merita di essere condivisa.

A ben vedere, anche nelle obbligazioni di durata o periodiche è possibile immaginare che la prestazione rifiutata sia divenuta solo temporaneamente impossibile.

Decisivo appare l'interesse del creditore, che l'art. 1174 c.c. immette nella struttura dell'obbligazione¹⁴.

La prestazione non consiste semplicemente nel contegno del debitore, ma nella combinazione di "conteggio" e "interesse"; sicché tale contegno deve valutarsi anche avendo riguardo all'interesse del soggetto attivo del rapporto obbligatorio¹⁵. Così, a mo' d'esempio, l'art. 1455 c.c. dispone che la gravità dell'inadempimento deve essere valutata alla luce dell'interesse del creditore; l'art. 1464 c.c. assegna al creditore il diritto di recesso per impossibilità parziale della prestazione «qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale»; l'art. 1457 c.c. fissa un intimo legame tra interesse del creditore ed essenzialità del termine¹⁶. L'obbligazione – ammonisce la dottrina – nel suo complesso non è solo regola di comportamento, ma regola di comportamento in funzione del raggiungimento di un risultato¹⁷; non mera condotta, ma contegno volto alla realizzazione di un determinato scopo. Per questa via, si delinea una inscindibile endiadi "comportamento-risultato": la qualifica di doverosità è priva di senso al di fuori del risultato atteso dal creditore.

¹² SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992, 182-183, ha svolto una delle indagini più approfondite sul tema. L'A. ha ribadito la propria tesi in SPEZIALE, *La mora del creditore nelle interpretazioni dei giuslavoristi*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2014, 693.

¹³ SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 702, osserva che questa caratteristica del tempo di lavoro è oggi espressamente codificata dalla disciplina in tema di orario prevista dal d.lgs. 66/2003.

¹⁴ M. ORLANDI, *La responsabilità solidale*, Milano, 1993, 43 e ss..

¹⁵ M. ORLANDI, *op. cit.*, 44, afferma che l'interesse del creditore è elemento essenziale della prestazione.

¹⁶ Questi esempi sono recati da M. ORLANDI, *op. cit.*, 43-44.

¹⁷ DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, artt. 1173-1176*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1985, 111.

Codesta relazione necessaria tra comportamento dovuto e interesse della controparte emerge anche dalla disciplina dell'art. 1256, 2° co., c.c., il quale prevede che l'impossibilità temporanea della prestazione determina l'estinzione dell'obbligazione se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non abbia più interesse a conseguirla. La norma in esame non disciplina due fattispecie distinte, poiché le due situazioni soggettive di cui consta il rapporto non possono individuarsi se non l'una in funzione dell'altra¹⁸. Seguendo questa logica è possibile giustificare un recupero sia pure tardivo di quelle prestazioni divenute impossibili nel momento in cui avrebbero dovuto essere adempiute. Ragionando diversamente dovremmo concludere che le obbligazioni di durata o periodiche si caratterizzano per l'essenzialità del termine nell'interesse del creditore¹⁹. Ma tale conclusione non appare convincente. Essa discende dall'erronea concezione atomistica dell'obbligazione di durata, la quale oscura l'unitarietà dell'interesse creditorio sottostante: i singoli atti esecutivi sono strumentali al soddisfacimento di *un unico interesse di natura durevole* che rende unica l'obbligazione ancorché avente ad oggetto più prestazioni²⁰.

Alla luce di questi brevi rilievi, la prestazione rifiutata senza un giustificato motivo dal creditore-datore di lavoro potrebbe considerarsi solo *temporaneamente* impossibile avendo riguardo alla valutazione richiesta dall'art. 1256 c.c. Conseguentemente, non vi sarebbero ostacoli per immaginare una costituzione in mora del creditore-datore di lavoro *ex art. 1206 e ss. c.c.*

4. Gli effetti della mora credendi. – Chiarita la possibilità di applicare al rapporto di lavoro la disciplina della *mora accipiendi*, riesce agevole svolgere una analisi critica dell'ordinanza in esame, la quale si snoda nei seguenti passaggi logici: *i)* esclusione del diritto alla retribuzione; *ii)* riqualificazione della domanda di adempimento in domanda di risarcimento del danno; *iii)* detrazione dell'*aliunde perceptum*.

Muoviamo dal primo profilo.

Nel caso in esame, Tizio ha formulato una domanda di adempimento, ossia ha chiesto la condanna di Alfa, costituita in mora *ex art. 1217 c.c.*, ad eseguire la prestazione retributiva dedotta nel contratto di lavoro. La domanda si spiega alla luce dell'accertata nullità del contratto di cessione del ramo di azienda che comprendeva anche il rapporto di lavoro tra la società cedente e Tizio. Poiché il negozio di cessione del ramo di azienda non ha prodotto effetti, il lavoratore ha conservato nei confronti del cedente tutti i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto di lavoro subordinato. Di qui l'intimazione di ricevere la prestazione lavorativa e la richiesta giudiziale volta ad ottenere il pagamento dello stipendio.

¹⁸ Così, testualmente, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, 501.

¹⁹ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 507.

²⁰ OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1943, I, 21.

Secondo la Corte, «l'obbligazione del cedente che [nonostante la costituzione in mora ex art. 1217 c.c.] non proceda al ripristino del rapporto di lavoro deve essere qualificata come risarcimento del danno».

In linea critica giova osservare che dalla mora del creditore deriva duplice conseguenza: da un lato, l'obbligo di eseguire la prestazione anche qualora la controprestazione sia divenuta impossibile per causa non imputabile al debitore (art. 1207, 1° co., c.c.); dall'altro, l'obbligo di risarcire i danni derivati dalla mora del creditore (art. 1207, 2° co., c.c.).

L'art. 1207, 1° co., c.c. pone a carico del creditore in mora l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Il significato della disposizione è chiaro: ove la prestazione diventi impossibile per causa non imputabile al debitore, quest'ultimo è liberato dalla sua obbligazione ex art. 1256 c.c.; ma il creditore moroso, se il credito discende da un contratto a prestazioni corrispettive, non può invocare l'art. 1463 c.c. e considerarsi a sua volta liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione²¹. Egli deve egualmente adempiere al proprio obbligo derivante dal contratto. Simmetricamente, «il debitore, pur liberato dall'obbligo della sua prestazione, mantiene in pieno il diritto a quanto a lui dovuto»²².

L'art. 1207, 2° co., c.c. si occupa dell'obbligazione risarcitoria, riconoscendo in capo al debitore il diritto al risarcimento dei pregiudizi subiti a causa della mancata cooperazione del creditore al momento della costituzione in mora.

Una interpretazione restrittiva dell'art. 1207 c.c. ha indotto taluni ad escluderne l'applicazione al rapporto di lavoro.

Si rileva come l'impossibilità della prestazione contemplata dalla norma in esame derivi da una *vis maior* o dal *factum principis*, ossia da un evento futuro e incerto non ricollegabile alla sfera di controllo delle parti contraenti. Nel rapporto di lavoro, invece, l'impossibilità non è un evento occasionale, ma un effetto indefettibile e costante della mora²³.

La replica appare agevole.

L'art. 1207, 1° co., c.c. intende accollare al creditore il rischio di tutti gli eventi (non imputabili al debitore) che, nel corso della mora, incidono negativamente sulla prestazione del debitore soggetto passivo. L'impossibilità non imputabile al debitore è posta a carico del creditore, poiché costituisce realizzazione di un rischio al quale la prestazione non sarebbe stata esposta se egli non fosse incorso nella *mora accipiendi*²⁴. Ricostruita in questi termini la *ratio* della norma, non si comprende per

²¹ G. VISINTINI, *Mora del creditore*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1984 (rist. 1988), 136, spiega il c.d. passaggio del rischio, osservando che l'art. 1207, 1° co., c.c. modifica la disciplina prevista dall'art. 1463 c.c., la quale prevede che il debitore liberato per impossibilità sopravvenuta della prestazione, in base ai principi generali di cui agli artt. 1218 e 1256 c.c., non può chiedere la controprestazione al suo creditore. Viceversa se il creditore è in mora rimane obbligato e deve eseguire la controprestazione.

²² RAVAZZONI, *Mora del creditore*, in *Nss. D.I.*, X, Torino, 1964, 903.

²³ G.F. MANCINI, *Reintegrazione nel posto di lavoro, sub art. 18*, in GHEZZI – MANCINI – MONTUSCHI – ROMAGNOLI, *Statuto dei lavoratori – Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, 270.

²⁴ CATTANEO, *Mora del creditore, cit.*, 438.

quale motivo l'art. 1207, 1° co., c.c. non possa trovare applicazione anche quando l'impossibilità derivi dal comportamento del creditore. La ripartizione del rischio svantaggiosa per il soggetto attivo e rilevante quando l'impossibilità è fortuita (ossia non imputabile alle parti) deve reputarsi, *a fortiori*, applicabile quando l'impossibilità è ragionata dal comportamento del creditore moroso. Qui non solo il creditore crea un rischio, ma addirittura pone in essere un contegno che incide negativamente sulla controprestazione. Donde la necessità di tutelare l'interesse del debitore a ricevere la prestazione retributiva.

Seguendo questa logica non deve stupire che l'obbligazione retributiva sia esigibile in assenza di un rapporto di corrispettività.

Si osserva che quando la "crisi" del rapporto discende dal fatto colposo di una delle parti, «la *lex contractus* riprende il sopravvento sull'esigenza della rispondenza bi-univoca delle due prestazioni (dovute)»²⁵.

In altre e più semplici parole, l'ingiustificato rifiuto di ricevere la prestazione determina l'irrelevanza del carattere sinallagmatico del rapporto. Dinanzi al comportamento *contra ius* del creditore moroso, il legislatore esige l'adempimento dell'obbligazione gravante sul creditore anche qualora la controprestazione rifiutata «senza un legittimo motivo» non sia più suscettibile di essere eseguita siccome divenuta impossibile per causa non imputabile al debitore²⁶.

Nel caso in esame appare evidente come Tizio non abbia potuto eseguire la propria prestazione lavorativa durante il periodo di tempo in cui Alfa ha opposto l'illegittimo rifiuto. Avendo riguardo al tempo inesorabilmente trascorso e all'impossibilità di un recupero²⁷, la prestazione è diventata definitivamente impossibile per causa non imputabile al debitore (lavoratore); e, tuttavia, ai sensi dell'art. 1207, 1° co., c.c., tale circostanza non esonera il datore di lavoro (ossia il creditore in mora) dall'obbligo di eseguire la prestazione retributiva. Qui – come chiaramente osserva la giurisprudenza di legittimità, ma senza trarne gli ineludibili corollari – «l'equiparazione della mera utilizzabilità delle energie lavorative del prestatore alla loro effettiva utilizzazione consegue, oltre che alla ricostituzione del rapporto e al ripristino della *lex contractus*, all'accertamento giudiziale dell'illegittimità del comportamento

²⁵ DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 282.

²⁶ La disciplina recata dall'art. 1207, 1° co., c.c. è applicata dalla dottrina nei casi di recesso *ante tempus* del datore di lavoro dal contratto di lavoro a tempo determinato. Si osserva che il recesso non determina l'estinzione del rapporto a meno che esso "non celi un accordo risolutorio e, sotto un diverso profilo, a meno che il contraente fedele non reagisca all'illecito comportamento dell'altra parte col chiedere egli la risoluzione, il rapporto procede con contenuto ridotto fino alla scadenza del termine prestabilito" (così G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1962, I, 235). Ne discende che, ove il datore di lavoro sia stato costituito in mora, «[spetta] al lavoratore la piena retribuzione sino all'originaria scadenza del rapporto senza decurtazioni di sorta» (così MENGHINI, *Il lavoro a termine. Linee interpretative e prospettive di riforma: gli anni 80*, Milano, 1980, 472-473). Sulla deducibilità anche in questo caso dell'*aliunde perceptum* v. in giurisprudenza Cass., 13.9.1997, n. 9122, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 1707.

²⁷ V. § 3.

datoriale, e cioè dell'imputabilità al datore di lavoro della mancata prestazione lavorativa»²⁸.

L'omessa prestazione dell'attività lavorativa non rileva, poiché l'impossibilità sopravvenuta della prestazione è a «carico del creditore» (art. 1207, 1° co., c.c.) costituito in mora: la retribuzione è dovuta in quanto il datore di lavoro deve sopportare gli effetti negativi derivanti dal proprio comportamento ingiustificato²⁹. Prendendo in prestito le parole della dottrina diremmo che «l'equilibrio e la corrispondenza tra i reciproci arricchimenti che lo scambio è volto a realizzare (cosiddetto sinallagma funzionale) vengono presi in considerazione dalla legge, ai fini di una loro tutela, solo in presenza di determinate situazioni, tra le quali certamente non rientra la mora del creditore»³⁰.

Né vale eccepire che la soluzione del caso «risulterebbe influenzata» dal contenuto dell'art. 18, l. 20-5-1970, n. 300. Invero, l'applicazione della disciplina generale delle obbligazioni (artt. 1206 e ss. c.c. e spec. l'art. 1207, 1° co., c.c.) trova conferma proprio nel testo dell'art. 18, l. 20-5-1970, n. 300, così come modificato dall'art. 1, l. 11-5-1990, n. 108. Questa norma, qualificando in termini risarcitori l'obbligazione pecuniaria del datore di lavoro (nel caso di licenziamento illegittimo), assume carattere eccezionale rispetto al diritto comune delle obbligazioni.

Il ragionamento analogico per le ipotesi diverse dal licenziamento illegittimo è radicalmente escluso, poiché, ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c.c., le norme eccezionali non trovano applicazione oltre i casi e i tempi in esse considerati. Sicché proprio dall'art. 18, l. 20-5-1970, n. 300, così come modificato dall'art. 1, l. 11-5-1990, n. 108, «si ricava *a contrario* che, in mancanza di norme derogatorie rispetto al diritto comune delle obbligazioni, è quest'ultimo il regime giuridico da applicare»³¹. Su questa linea, al di fuori dell'ipotesi di illegittimo licenziamento, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto che il diritto alla retribuzione spetta soltanto se la prestazione di lavoro viene effettivamente eseguita, facendo, però, espressamente salvo il caso in cui il datore di lavoro versi in una situazione di *mora accipiendi* nei confronti del dipendente³².

²⁸ Così Cass., 3.3.2006, n. 4677, in *Giust. civ.*, 2006, 11, I, 2338, la quale, tuttavia, procede alla detrazione dell'*aliunde perceptum*.

²⁹ SPEZIALE, *op. cit.*, 305.

³⁰ GHERA – LISO, *op. cit.*, 998.

³¹ In questi termini si esprime App. Roma, 21.9.2015, n. 4335, inedita. In una diversa prospettiva v. Cass., 26.5.2003 n. 8352, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 5, la quale rileva che l'art. 18 l. 20-5-1970, n. 300 assume a presupposto l'esistenza di un negozio di recesso, sicché, in assenza di una lacuna, non può essere applicata in via analogica alla fattispecie della cessazione del rapporto per scadenza del termine illegittimamente apposto. Nel caso in esame la Corte ha osservato che non esiste una lacuna, poiché la fattispecie della cessazione del rapporto per scadenza del termine illegittimamente apposto trova il suo criterio di giudizio nelle regole dettate per i contratti a prestazioni corrispettive.

³² Cass., 23.7.2008, n. 20316, in *Giust. civ.*, 2009, 12, I, 2723, la quale, tuttavia, ha rigettato la richiesta retributiva osservando che, nel caso concreto, il datore di lavoro non aveva conosciuto (né avrebbe potuto conoscere) la messa a disposizione da parte del lavoratore delle energie lavorative.

Tra obbligazione retributiva e attività del lavoratore vi è un nesso di corrispettività, ma codesto nesso cade e svanisce dal momento in cui il datore di lavoro è stato costituito in mora *ex artt.* 1206 e 1217 c.c.

Viene qui in rilievo il fondamentale principio di autoresponsabilità: il datore di lavoro ha scelto «senza un giusto motivo» di non ripristinare il dipendente nel posto di lavoro, sicché egli è tenuto a sopportare tutte le conseguenze onerose derivanti dal proprio contegno.

5. La “riqualificazione” della domanda. – Si è già notato come la Corte di Cassazione abbia riqualificato la domanda di adempimento formulata dal lavoratore in domanda di risarcimento del danno. Codesta riqualificazione appare inammissibile, giacché l’azione di risarcimento dei danni si fonda su elementi di fatto diversi da quelli che sostengono la pretesa di adempimento³³.

Mentre il fatto costitutivo dell’obbligo risarcitorio sono le spese e le perdite di guadagno ricollegabili ad un determinato comportamento (la mancata cooperazione del creditore moroso), il fatto costitutivo dell’obbligazione retributiva è il contratto (unitamente all’atto di costituzione in mora).

La diversa natura e funzione tra le due azioni emerge chiaramente anche dal tenore letterale dell’art. 1453 c.c., il quale dispone che, nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l’altro può a sua scelta chiedere l’adempimento, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno. Alla parte non inadempiente è data la facoltà di cumulare l’azione di adempimento con l’azione di risarcimento del danno, giacché le due domande si fondano su presupposti diversi e sono volte a conseguire risultati non omogenei³⁴. Sotto questa luce, la riqualificazione della domanda di adempimento in domanda risarcitoria sembrerebbe preclusa. Essa implica un inammissibile mutamento della *causa petendi*, che rende l’ordinanza viziata per ultrapetizione.

6. La detrazione dell’aliunde perceptum. – Riconosciuto al lavoratore il diritto di pretendere l’adempimento dell’obbligazione retributiva, occorre riflettere sulla possibilità di detrarre dalle somme dovute il c.d. *aliunde perceptum*.

Qui affiora nuovamente la netta differenza tra obbligazione retributiva e obbligazione risarcitoria.

³³ App. Roma, 30.11.2009, in *Leggi d’Italia*, la quale precisa che «le domande di risarcimento dei danni da responsabilità aquiliana *ex art.* 2043 c.c. e da responsabilità contrattuale si fondano su elementi di fatto diversi da quelli che sostengono le pretese di adempimento, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo, in relazione non solo all’accertamento della responsabilità ma anche alla determinazione dei danni. Pertanto, incorre in vizio di ultrapetizione il giudice di appello che operi d’ufficio la riqualificazione della domanda risarcitoria proposta in primo grado».

³⁴ La netta differenza emerge anche con riguardo alla rilevanza dell’*aliunde perceptum* (sul punto v. il successivo § 6).

L'obbligo di risarcire i danni – giova ribadire – trova il proprio titolo in spese o perdite di guadagno subite dal debitore a causa del comportamento tenuto dal creditore moroso (v. art. 1206 c.c.: «il creditore senza motivo legittimo...non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere la prestazione»), sicché esso dipende dall'esistenza di un effettivo pregiudizio.

L'obbligazione retributiva trova il proprio titolo nel contratto di lavoro (e nell'atto di costituzione in mora) e prescinde totalmente dall'esistenza di un danno patito dal debitore-lavoratore o di un vantaggio conseguito dallo stesso in forza dell'ingiustificato rifiuto opposto dal creditore-datore di lavoro. Su questa linea, l'esigenza di tenere in considerazione il lucro conseguito a causa dell'altrui fatto dannoso non appare meritevole di tutela ove si consideri la detrazione dell'*aliunde perceptum* necessaria al fine di consentire la c.d. "*compensatio lucri cum damno*"³⁵. Tale principio, infatti, ha riguardo alla sola domanda di risarcimento del danno.

La sua sfera di applicazione si desume dallo stesso *nomen iuris*: la compensazione avviene tra il lucro e il danno, non già tra il lucro e la somma di denaro oggetto dell'obbligazione contrattuale gravante sul datore di lavoro³⁶. Sicché il risarcimento potrà essere escluso mercé *compensatio*, ma l'obbligo retributivo derivante dalla fonte contrattuale resterà intatto³⁷.

³⁵ Peraltro, si potrebbe seriamente mettere in discussione la tesi che pensa l'*aliunde perceptum* come una applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno* (v. Cass., 15.1.1989, n. 5645, in *Foro it.* 1991, I, 885). Tale principio, infatti, presuppone che il danno e il vantaggio trovino origine nel *medesimo fatto*. Qui, invece, il pregiudizio deriva dall'ingiustificato rifiuto del creditore, mentre il vantaggio discende da un fatto diverso: il corrispettivo ricevuto da un altro soggetto. Tuttavia, si rileva che la giurisprudenza ordinaria ha allargato le maglie del principio superando il limite dell'omogeneità della natura giuridica delle poste compensabili e dei titoli di pregiudizio e vantaggio (M. FERRARI, *I nuovi confini della "compensatio lucri cum damno"*, in *Contratto e impresa*, 2014, 1188). L'indagine trova ampio approfondimento nel lavoro monografico di M. FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, Milano, 2008, *passim*.

³⁶ GHERA – LISO, *op. cit.*, 1001-1002, rilevano che la detrazione dell'*aliunde perceptum* potrebbe giustificarsi solo ove si reputasse che il lavoratore altrove determini una obiettiva diminuzione di utilità per il datore di lavoro, ossia una sottrazione di un certo bene al creditore. In questa prospettiva, il lavoratore altrove costituirebbe un atto interruttivo (*rectius*: sospensivo) della situazione di mora, e cioè un comportamento non conciliabile con l'osservanza dell'onere cui è tenuto il debitore (=l'offerta). La tesi è fermamente respinta dagli Autori, i quali svolgono una duplice notazione: da una parte, osservano che il lavorare altrove nel periodo di mora non comporta di per sé alcuna diminuzione di utilità in capo al creditore; dall'altra, segnalano che l'intimazione a ricevere la prestazione di lavoro (a norma dell'art. 1217 c.c.) non deve consistere in un atteggiamento di continua offerta della prestazione lavorativa.

³⁷ L. DI PAOLA, *La Corte Costituzionale, il contratto a tempo determinato e la singolare specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2012, 268, con riguardo alla situazione giuridica del lavoratore nel caso di conversione del contratto a tempo determinato, svolge una lucida analisi, osservando che la Suprema Corte è pervenuta «a considerare posta risarcitoria quella che, in realtà, è linearmente controprestazione». Su questa linea, l'A. segnala che «la denominazione della posta spettante al lavoratore con il termine risarcimento anziché retribuzione ha consentito di applicare, per ragioni equitative, il principio della detraibilità dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum*, inconciliabile con quello di irriducibilità della retribuzione» (L. DI PAOLA, *op. cit.*, 269).

Taluni – pur riconoscendo al debitore il diritto al corrispettivo – giustificano la sottrazione dell'*aliunde* guadagnato rilevando che, in caso contrario, il debitore conseguirebbe un profitto maggiore di quello derivante dalla normale esecuzione del contratto. Questo risultato dovrebbe reputarsi “ingiusto” o comunque contrario al principio di equità o al canone della buona fede³⁸.

La tesi suscita riserve e perplessità.

L'obbligo di comportarsi secondo buona fede impone a ciascuna parte di salvaguardare l'interesse dell'altra nei limiti in cui ciò non implichi un apprezzabile sacrificio³⁹. Riesce agevole notare come il lavorare in favore di un altro soggetto non tocchi i reciproci obblighi contrattuali. Si tratta di una vicenda meramente *esterna* al rapporto di lavoro temporaneamente ineseguito⁴⁰, che non rende eccessivamente gravosa la prestazione contrattuale della controparte. Un rilievo appare decisivo: anche se durante la mora il dipendente non avesse percepito un guadagno, il datore di lavoro avrebbe ugualmente perso l'utilità derivante dalla prestazione lavorativa. Ne discende che il lavorare altrove non incide sull'obbligo retributivo, né aggrava l'originaria situazione giuridica del datore di lavoro.

La strada non appare praticabile per un'ulteriore ragione.

S'insegna che a differenza di altre norme, la clausola di buona fede non impone un comportamento prestabilito. Essa è piuttosto un enunciato generale che richiede comportamenti diversi, positivi od omissivi, in relazione alle concrete circostanze di attuazione del rapporto⁴¹.

Nel caso in esame, come specificazione del generale obbligo di buona fede, l'*aliunde perceptum* determinerebbe la vicenda costitutiva dell'obbligo di non chiedere al datore di lavoro la differenza tra la retribuzione e le somme guadagnate *aliunde*, rifluendo, per questa via, tra gli «altri atti o fatti idonei a produr[re obbligazioni] in conformità dell'ordinamento giuridico» (art. 1173 c.c.). Tuttavia, l'obbligo di non

³⁸ CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., 107, in linea generale osserva che il debitore, proprio in conseguenza dell'impossibilità sopravvenuta, ha subito un sacrificio economico minore di quello che l'esecuzione della prestazione avrebbe richiesto da parte sua. Secondo l'A. questo elemento deve essere tenuto in considerazione, sicché il creditore in mora dovrà pagare soltanto la differenza fra il corrispettivo pattuito e i vantaggi (risparmi più guadagni) che il debitore ha ottenuto per effetto dell'impossibilità di prestare. Su questa linea, con riguardo soltanto a ciò che il debitore abbia risparmiato, v. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, 279. LUMINOSO, in Luminoso – Carnevali – Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, artt. 1453-1454, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, p. 154, osserva che «si è in presenza di una fattispecie nella quale il contraente (liberato) conserva il diritto all'adempimento in natura, salva la necessità di conteggiare in favore dell'altro contraente (in *mora accipiendi*) i guadagni e i risparmi lucrati (dal primo) in conseguenza della liberazione». Condivide questa impostazione anche G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995, 340 e ss., argomentando dagli artt. 436, 401, 1° co., 406, 2° co., c. nav. Cfr. anche BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, 522, il quale osserva che «ripugna alla buona fede, alla coscienza morale il cumulo della mercede intera con altri guadagni».

³⁹ Cass., 20.4.1994, n. 3775, in *Foro amm.*, 1997, 414.

⁴⁰ SPEZIALE, *op. cit.*, 323.

⁴¹ C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, 3, Milano, 2000, 502.

chiedere la retribuzione si sovrapporrebbe (almeno parzialmente) al diritto di pretendere, creando una inconciliabile duplicazione di rapporti: ciò che nel primo costituiva diritto di esigere, nel secondo si risolverebbe in obbligo del creditore-lavoratore di non esigere.

Il fenomeno si osserva più agevolmente nella prospettiva del creditore moroso.

Il guadagno conseguito dal lavoratore porrebbe il datore di lavoro dinanzi ad una duplice qualifica: dover adempiere in ragione dell'originario vincolo; avere il diritto di non adempiere in ragione del guadagno percepito altrove dal proprio dipendente. Si tratta di una *contradictio in terminis*, poiché alla verità di una affermazione corrisponde la falsità dell'altra⁴². Postulando due qualifiche tra loro incompatibili, le due formulazioni si escludono a vicenda: la medesima prestazione non può essere dedotta, in pari tempo, quale obbligo positivo di dover fare o dare, e quale facoltà negativa di non fare o non dare, secondo un dualismo – logicamente prim'ancora che giuridicamente – contraddittorio.

Per uscire dall'*impasse* dovremmo immaginare un criterio di prevalenza delle qualifiche di segno opposto, e perciò il venir meno della prima (obbligo di dare) a favore della seconda (diritto di non dare). Tuttavia, questa logica giunge a snaturare la regola di buona fede, la quale sempre si traduce e risolve nella specificazione degli obblighi previsti dal negozio ovvero nella costituzione di obblighi positivi o negativi ulteriori, giammai nella vicenda estintiva delle obbligazioni contrattuali.

Né riesce persuasiva l'idea di un potere equitativo esercitabile (su istanza di parte o, addirittura, *ex officio*) dal giudice, il quale – mediante una sentenza costitutiva – potrebbe ridurre la somma dovuta a titolo di retribuzione. Qui l'equità non assolverebbe ad una funzione meramente integrativa del contenuto negoziale. Siamo fuori dal campo di applicazione dell'art. 1374 c.c., il quale pensa l'intervento del giudice in posizione contigua alla libera determinazione delle parti: dove finisce la sfera autonoma inizia l'ambito riservato all'integrazione giudiziale.

Il potere del giudice troverebbe fondamento in un criterio di equità correttiva: all'autorità giudiziaria sarebbe conferita la indiscriminata facoltà di modificare gli obblighi contrattuali, che non risultano conformi al principio di proporzionalità. In questa logica, il giudizio sull'equilibrio dello scambio non sarebbe ipotesi eccezionale, bensì principio generale che consentirebbe il libero intervento modificativo della fonte eteronoma⁴³.

⁴² BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 212, il quale osserva: «Se definiamo norme incompatibili quelle che non possono essere entrambe vere, rapporti di incompatibilità normativa si verificano in questi tre casi: 1. tra norma che *comanda* di fare alcunché e una norma che *proibisce* di farlo (contrarietà); 2. tra una norma che *comanda* di fare e una che *permette* di non fare (*contraddittorietà*); 3. tra una norma che *proibisce* di fare e una che *permette* di non fare (*contraddittorietà*)» (corsivi nel testo). In nostro caso pare collocabile *sub* 2, configurandosi una coesistenza tra comando di fare e permesso di non fare.

⁴³ Su questa linea, ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, Torino, 1999, 906; A. RICCIO, *È, dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contratto e impresa*, 2000, 101 ss.; MERUZZI, *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contratto e impresa*, 2000, 54, secondo cui «è così definitivamente superata l'opinione che ravvisa

In linea critica, osserviamo come l'art. 2908 c.c. stabilisca che «l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici con effetti tra le parti» soltanto «nei casi previsti dalla legge». In assenza di una espressa disposizione normativa, non è riconosciuto al giudice il potere di dirigere gli effetti in senso diverso da quello stabilito dalle parti⁴⁴. Il riconoscimento generale dell'autonomia privata viene da una norma legislativa (art. 1322 c.c.): ovvero, da norma che, nel rigido sistema delle fonti di produzione disegnato dalla Costituzione, occupa posizione primaria. Sicché ogni invasione della sfera autonoma deve necessariamente trovare sostegno in una disposizione di pari rango. In altri termini, affinché una fonte eteronoma di secondo grado possa modificare il contenuto del contratto, occorre una delega del legislatore ordinario.

Nel caso in esame, chiarita l'inapplicabilità della regola di buona fede e del generale principio di solidarietà (art. 2 Cost.), appare evidente come il potere correttivo risulti radicalmente precluso. Esso non trova fondamento in una norma di rango primario che giustifichi la *reductio ad equitatem*. Senza codesto appoggio normativo l'atto eteronomo si rivela inefficiente, ossia incapace di incidere sulla libera determinazione dei privati.

7. *I profili di incostituzionalità della linea ermeneutica condivisa dalla Corte di Cassazione.* – Si è già notato che, secondo la Suprema Corte, la natura risarcitoria dell'obbligazione gravante sul datore di lavoro «risulterebbe influenzata, in maniera decisiva», dalle modifiche introdotte dall'art. 1, l. 11-5-1990, n. 108, all'art. 18, l. 20-5-1970, n. 300. Tale norma sarebbe, dunque, applicabile anche a casi diversi dal licenziamento illegittimo, giungendo financo a restringere la sfera di applicazione degli artt. 1206 e ss. c.c..

Sotto questo riguardo, affiora un problema di costituzionalità della disciplina.

In primo luogo, viene in rilievo l'art. 3 Cost. il quale stabilisce il principio fondamentale dell'uguaglianza. Avendo riguardo alla disciplina della *mora credendi*, l'interpretazione della Cassazione determina una ingiustificata disparità di trattamento tra la situazione giuridica del debitore tenuto ad eseguire una prestazione lavorativa (in esecuzione di un contratto di lavoro subordinato) e la situazione giuridica di ogni altro debitore (parte di un contratto sinallagmatico).

Giova ribadire che dalla mora del creditore discendono due fondamentali conseguenze: *i*) il c.d. passaggio del rischio, ossia l'obbligo di eseguire la prestazione anche

nell'art. 1384 c.c. una norma che incide in via del tutto eccezionale nel campo dell'autonomia privata. Essa è infatti espressione di un principio regolare dell'intero sistema delle sanzioni private, in quanto tale suscettibile di interpretazione sia estensiva che analogica. Il meccanismo della riduzione *ex officio* sarà quindi applicabile con riferimento a tutte le ipotesi in cui la pattuizione svolga una funzione direttamente o indirettamente sanzionatoria, indipendentemente dal livello di difformità rispetto alla struttura della clausola penale». Cfr. anche CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005, 187; VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, *passim*.

⁴⁴ Su questa linea SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, cit., 322.

qualora la controprestazione sia divenuta impossibile per causa non imputabile al debitore (art. 1207, 1° co., c.c.); *ii*) l'obbligo di risarcire i danni derivati dalla mora (art. 1207, 2° co., c.c.).

Reputando che l'obbligazione del datore di lavoro in mora sia sempre e solo di natura risarcitoria, la giurisprudenza di legittimità giunge ad escludere l'effetto (vantaggioso per il debitore) stabilito dall'art. 1207, 1° co., c.c., ossia il c.d. passaggio del rischio; esclusione che, secondo la Corte, opererebbe anche per i casi (quali la dichiarazione di nullità della cessione del ramo di azienda) non contemplati dall'art. 18, l. 20-5-1970, n. 300.

In semplici parole, mentre il comune debitore di un creditore in mora beneficia sia del passaggio del rischio (art. 1207, 1° co., c.c.), sia del diritto al risarcimento del danno (art. 1207, 2° co., c.c.); il debitore-lavoratore beneficia esclusivamente del diritto al risarcimento del danno (art. art. 1207, 2° co., c.c.), senza che tale disparità di trattamento trovi idonea giustificazione.

Non è dato, infatti, scorgere un «valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche»⁴⁵, che consenta un trattamento differenziato delle due fattispecie. Sotto questa luce, la disciplina della mora – così come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità – urta contro il divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali (art. 3 Cost.).

La questione di costituzionalità appare ancor più grave, ove si ponga mente agli articoli della Carta Costituzionale, volti a tutelare la posizione giuridica del lavoratore, e segnatamente: l'art. 4, secondo il quale «[l]a Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto»; l'art. 35, il quale stabilisce che «[l]a Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni».

Non si spiega per quale motivo, nei confronti del creditore in mora, il debitore-lavoratore, pur essendo un soggetto privilegiato secondo la nostra Costituzione, sia titolare di una situazione giuridica peggiore rispetto alla situazione giuridica goduta dagli altri debitori. Nel caso di *mora credendi*, il primo beneficia di un solo effetto vantaggioso (diritto al risarcimento del danno); il secondo, invece, gode di un duplice effetto favorevole: il diritto al risarcimento del danno e il passaggio del rischio (art. art. 1207, 1° e 2° co., c.c.).

Un esempio pare utile per poter guadagnare l'intelligenza del fenomeno.

Immaginiamo che il vettore A costituisca in mora il mittente B, il quale si rifiuta, senza un giustificato motivo, di consegnare le cose da trasportare.

Nelle more, il vettore A utilizza lo spazio vuoto per trasportare le cose di C, il quale corrisponde il prezzo del trasporto ad A.

Secondo la disciplina della *mora credendi* il vettore A ha diritto alla controprestazione contrattuale del mittente B, nonostante egli abbia ricevuto un guadagno (da C) in ragione della presenza di uno spazio vuoto: il diritto al corrispettivo *ex art.*

⁴⁵ Corte cost., 13.11.2014, n. 254.

1207, 1° co., c.c. nei confronti di B non può essere compensato con l'*aliunde perceptum* (il prezzo ricevuto da C), proprio perché l'obbligazione di B non ha natura risarcitoria. In altri termini, B con il suo comportamento assume su di sé il rischio che la prestazione di A diventi impossibile per una causa non imputabile ad A. Ne discende che B sarà tenuto al pagamento del prezzo nonostante non abbia goduto della prestazione (c.d. *perpetuatio obligationis*) e nonostante A abbia percepito il pagamento da un altro soggetto (C).

Tale disciplina non troverebbe, invece, applicazione (secondo la linea ermeneutica della ordinanza annotata) al debitore-lavoratore. Quest'ultimo – senza alcuna giustificazione – avrebbe diritto esclusivamente al risarcimento del danno, essendogli preclusa la possibilità di pretendere l'adempimento dell'obbligazione contrattuale. Di qui la violazione dell'art. 3 Cost., il quale consente un trattamento differenziato tra le due fattispecie solo ove vi sia una ragione obbiettiva, idonea a spiegare la differenza tra le due discipline. Ragione che nel caso in esame sembra radicalmente assente.

Sotto diverso ed ulteriore profilo, la soluzione offerta dalla ordinanza parrebbe incompatibile con l'art. 24 Cost., il quale riconosce a tutti il potere di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi e qualifica «la difesa» come un «diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento».

Giova riflettere come l'interpretazione accolta dalla Suprema Corte potrebbe indurre il datore di lavoro a non adempiere l'obbligo di ripristinare il dipendente nel posto di lavoro, quando egli è consapevole che il dipendente percepisce la retribuzione da un altro soggetto. Per questa via, la tutela offerta dal provvedimento giudiziario sarebbe annullata dall'immunità che il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione garantisce al datore di lavoro.

La giurisprudenza di merito ha colto con estrema lucidità le conseguenze derivanti dal mancato riconoscimento del diritto alla retribuzione, osservando che l'interpretazione condivisa dai giudici di legittimità non potrebbe eludere il rischio che «il cedente resti inottemperante *ad libitum* (specialmente qualora vi siano precisi accordi in tal senso intercorsi con il cessionario) non solo dopo la sentenza dichiarativa della nullità (o inefficacia) della cessione, con ordine di ripristino dei rapporti di lavoro con i dipendenti illegittimamente ceduti, ma addirittura dopo il passaggio in giudicato»⁴⁶.

La soluzione prospettata, secondo la Corte di Appello di Roma, «è l'unica conforme alla Costituzione», poiché determina «una coazione – sia pure soltanto indiretta – verso il cedente per indurlo ad ottemperare alla sentenza» e, così, «assicura[...] alla parte vittoriosa tutte le utilità che la tutela giurisdizionale può offrire, in ossequio all'art. 24 Cost. e al principio di "effettività", evincibile dal precetto costituzionale».

⁴⁶ Su questa linea v. App. Roma, 21.9.2015, n. 4335, inedita, e App. Roma, 3.2.2015, n. 7152, inedita.

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2018	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2018	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/5214220, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175



ISBN 978-88-6611-667-7



9 788866 116677

€ 38,00