

rivista di diritto privato

2 anno XXI - aprile/giugno 2016

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

Luigi Augusto Miserocchi

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio

Giuseppe Tucci

Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

rivista di diritto privato

Pubblicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

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

Telefono 080/62030890 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

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

Direttore: Giorgio De Nova

Condirettori: Mario Cicala, Enrico Gabrielli,
Luigi Augusto Miserocchi, Vincenzo Roppo,
Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

Comitato editoriale: Pietro Abbadessa, Fabio Addis,
Giuseppe Amadio, Franco Anelli, Ciro Caccavale,
Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Angelo Chianale,
Massimo Confortini, Giovanni D'Amico,
Francesco Delfini, Massimo Di Rienzo,
Enrico del Prato, Valerio Di Gravio, Fabrizio di Marzio,
Aldo Angelo Dolmetta, Andrea Fusaro, Gregorio Gitti,
Carlo Ibba, Giancarlo Laurini, Raffaele Lener,
Francesco Macario, Vincenzo Meli, Massimo Miola,
Mario Notari, Giacomo Oberto, Gustavo Olivieri,
Mauro Orlandi, Fabio Padovini, Paolo Pardolesi,
Andrea Pisani Massamormile, Giuseppe B. Portale,
Renato Rordorf, Luigi Salvato, Giuseppe Santoni,
Davide Sarti, Michele Sesta, Michele Tamponi,
Federico Tassinari, Marco Tatarano, Gian Roberto Villa,
Fabrizio Volpe, Massimo Zaccheo, Attilio Zimatore,
Andrea Zoppini

Redazione: Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione,
Marco Nicolai

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 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.

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 sog-
getti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per
l'invio di materiale amministrativo-contabile, com-
merciale 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 pre-
visti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Edi-
tore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

I contributi pubblicati nelle rubriche "Saggi e pareri",
"Profili e documenti", "Difese e decisioni" e "Problemi
delle professioni" sono assoggettati alla procedura di refe-
raggio anonimo (sistema del *blind peer review*).

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in
questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazio-
ne, 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 sottoposizio-
ne alla procedura di referaggio, il Direttore invia il contri-
buto ad uno o più esperti del tema trattato, designati dal
Direttore preferibilmente fra i componenti del Comitato
Scientifico.

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 pubblica-
zione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o in-
tegrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio
di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisio-
ne 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.

rivista di diritto privato

2016

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
Luigi Augusto Misericocchi
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 2/2016

Atti del Convegno “Le nullità e l’attuale dimensione dell’autonomia privata” organizzata per la presentazione degli Studi in onore di Giorgio De Nova “Prospettive e limiti dell’autonomia privata”, svoltosi presso l’Università di Milano il 16 novembre 2015.

Giorgio De Nova e la scuola lombarda del diritto civile

di Gregorio Gitti

167

Il ‘pathos della distanza’ (per Giorgio De Nova)

di Natalino Irti

173

Autonomia e diritto Intuizioni e *dicta* di un giovane-(subito) maestro che si è mutato in un maestro-(sempre) giovane

di Umberto Breccia

179

Il giudizio sulle nullità (anche inessenziali) e il Giudice “omniinspicente”: pensieri operazionali e verificabili (nuove prove di *truthtelling* processual-civilistico)

di Claudio Consolo

193

Giorgio De Nova e lo studio della nullità contrattuale

di Enrico Gabrielli

209

“Nulla e avvenuto”: le nullità nel diritto commerciale

di Paolo Spada

219

Qualche parola di ringraziamento

di Giorgio De Nova

235

Saggi e pareri

L’interpretazione del contratto alieno

di Aurelio Gentili

239

Il matrimonio tra internazionalizzazione dei diritti e circolazione dei modelli familiari*di Cristina Campiglio*

253

***Cause and Consideration* in Canadian Contract Law:
a Civil Lawyer's Perspective***di Francesco Delfini*

273

Difese e decisioni**L' "esauribilità" del *making available right* e le sue implicazioni sulla (il)legittimità delle "*link taxes*" europee***di Nicoleta de Mucci*

283

Atti del Convegno “Le nullità e l’attuale dimensione dell’autonomia privata” organizzata per la presentazione degli Studi in onore di Giorgio De Nova “Prospettive e limiti dell’autonomia privata”, svoltosi presso l’Università di Milano il 16 novembre 2015

Giorgio De Nova e la scuola lombarda del diritto civile*

di Gregorio Gitti

Per Giorgio De Nova e per noi allievi è un momento solenne: si tratta di riconoscere i percorsi che hanno attraversato finora la vita di un uomo, generoso e curioso nella ricerca e nell’insegnamento. Sembra a tutti noi di essere qui, oggi, letteralmente assiepati sui bordi di una lambda, in vista dell’incrociarsi, del mescolarsi dell’una e dell’altro in un arricchimento reciproco e continuo, di cui a Milano siamo testimoni da tempo.

Ma non solo generosità e curiosità sono i tratti distintivi dei maestri del diritto che a Milano hanno preceduto o condiviso il tragitto accademico di Giorgio De Nova; anche il carattere schivo sembra essere un tratto comune, prova ne sia che solo l’uscita di Cesare Grasseti dalla nostra Università fu salutata da un *Liber Amicorum*:¹ nessun altro dopo di lui.

Consapevoli di questa circostanza, come curatori di questa raccolta ci siamo posti in scia al precedente, pensando di lasciare libertà di tema agli amici coautori.

Poi l’amicizia, come già successe nel 2002 per il ricordo di Giovanni Cattaneo², si è trasformata in affetto e così gli autori sono saliti a 126 e le pagine si sono moltiplicate a 3376, distese in 4 volumi; la circostanza si è declinata in attenzione verso gli interessi coltivati dall’onorato e così i saggi si sono spontaneamente consolidati in una tematizzazione che ha meritato un sottotitolo alla silloge: *Prospettive e limiti dell’autonomia privata*³.

Ho discusso fino all’ultimo con gli altri curatori se mantenere l’attributo tradizionale dell’autonomia, e cioè “privata”, perché come tale presuppone una contrapposizione sempre meno rilevante; avrei preferito infatti usare l’aggettivo “contrattuale”, proprio per segnalare la *prospettiva* espansiva del contratto non solo nei settori privatistici a maggior presidio da parte della normazione imperativa, come il diritto di

* Relazione al Convegno “Le nullità e l’attuale dimensione dell’autonomia privata” per la presentazione degli Studi in onore di Giorgio De Nova, tenutosi presso l’Università di Milano il 16 novembre 2015.

¹ AA.VV., *Studi in onore di Cesare Grasseti* (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Milano), Milano, 1980.

² AA.VV., *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo* (Università degli Studi di Milano Facoltà di Giurisprudenza studi di Diritto Privato), Milano, 2002.

³ G. GITTI – F. DELFINI – D. MAFFEIS (a cura di), *Studi in onore di Giorgio De Nova – Prospettive e limiti dell’autonomia privata* (Università degli Studi di Milano Facoltà di Giurisprudenza studi di Diritto Privato e Storia del Diritto), Milano, 2015.

famiglia o il diritto societario, ma pure nell'ambito della politica economica e della finanza pubblica.

Se *per il diritto di famiglia* è sufficiente rinviare alla normativa europea (Reg. Roma III, dir. 2004/38 carta dei diritti fondamentali dell'UE), i cui vincoli contenutistici saranno finalmente attuati, secondo l'intendimento del Governo in carica, tra la fine di quest'anno e l'inizio del prossimo; *per il diritto societario* credo valga come prova il grido di dolore lanciato da Guido Rossi all'apertura del congresso veneziano della *Rivista delle Società*, del 13 novembre scorso all'isola di San Giorgio. Rossi, nel 60° compleanno della prestigiosa rivista da lui diretta e quindi identificando un punto di caduta di una traiettoria storica, ha parlato senza mezzi termini della contrattualizzazione del diritto societario⁴, addirittura qualificando tecnicamente in ogni statuto di società di capitali italiana un contratto atipico.

Non è tutto: è perfino un fatto politico, prima ancora che giuridico, ma stranamente finora non è stato osservato, che il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) – sia di fronte alla crisi finanziaria di fine 2008, sia di fronte alla più recente crisi valutaria dell'Euro – abbia, nel primo caso, usato, nel secondo, contribuito ad usare il medesimo strumento normativo, vale a dire il contratto.

Nel decreto anticrisi di fine dicembre 2008, si prevedeva in prima battuta che il MEF definisse insieme all'Associazione Bancaria Italiana (ABI) le linee guida del regolamento di strumenti obbligazionari partecipativi (cioè di strumenti negoziali privatistici, disciplinati dal codice civile) mediante un contratto quadro e, in seconda battuta, che il Tesoro negoziasse direttamente il contratto di investimento con la singola banca interessata, rispettando l'ordito disegnato dalle linee guida; e cioè senza interferire nella gestione della banca, ma ottenendo da questa garanzia di alcuni obiettivi prioritari, giustificati dall'uso di denaro pubblico, nella politica del credito, a salvaguardia del relativo accesso di famiglie e piccole imprese.

Anche l'ultima e più recente crisi valutaria dell'Eurozona, innescata dal rischio di *default* finanziario del debito pubblico di alcuni stati sovrani, ha dimostrato che l'istituto del contratto può funzionare sulla scala superiore della definizione di politiche economico finanziarie tra Stati: così è stato a partire dalla riunione dell'ECO-FIN del 9 maggio 2010.

Il Consiglio Europeo ha infatti dato vita, su base temporanea, all'*European Financial Stabilisation Mechanism* (EFSM), poi sostituito, su base permanente a far tempo dall'8 ottobre 2012, dall'*European Stabilisation Mechanism* (ESM), al fine di prestare assistenza finanziaria ai paesi in difficoltà sia in modo diretto, mediante strumenti contrattuali di finanziamento a tasso fisso o variabile ovvero di acquisto di titoli sul mercato primario o secondario, sia in modo indiretto, mediante identici strumenti contrattuali volti a rifinanziare istituzioni bancarie anche di natura e pro-

⁴ G. Rossi, *Competizione regolamentare e contrattualizzazione del diritto societario* (Atti Convegno Internazionali di Studi, Rivista delle Società, 13-14 novembre 2015, Venezia), che ho letto grazie alla cortesia dell'Autore.

prietà privata: in ogni caso, sulla base di un memorandum di intesa da stipularsi con lo Stato richiedente che specifichi le condizioni generali di politica economica, alle quali è subordinata l’assistenza finanziaria, fissate dal Consiglio Europeo. Qualcosa di molto simile, insomma, per chi ha familiarità con il lessico della finanza, ad una sorta di *covenant* a carico dello Stato membro.

In realtà, queste esemplificazioni mostrano che la regola mancante, in un sistema legislativo e regolamentare oggi ipertrofico, è quella della effettività delle norme eteronome, ossia del loro riconoscimento sociale e della loro spontanea osservanza da parte dei cittadini, delle imprese, delle istituzioni finanziarie e perfino degli enti pubblici, ovviamente al di là del giardinetto sempre ben frequentato delle norme penali che presuppongono e perciò sanzionano la loro violazione. Sembra una questione filosofica-giuridica, in realtà è soprattutto politica.

È banale osservare che l’effettività delle regole è direttamente proporzionale alla loro giustizia e che, tra le norme giuridiche, quelle di natura contrattuale risultano, agli occhi delle parti che le hanno autonomamente condivise, come le più giuste e perciò normalmente consegnate alla loro spontanea applicazione.

Se, dunque, la prospettiva del contratto appare evolutiva ed espansiva anche in settori ove l’atto di autonomia era stato in passato ridotto a simulacro negoziale o battuto in breccia da presidi autoritativi irrinunciabili, il suo limite non può che essere, a maggior ragione oggi e sempre, la sola fattispecie, ossia il suo riflesso specchiato in modo generale ed astratto, nella legge, così come interpretata dai giuristi ed applicata dai giudici.

E Giorgio De Nova, che è maestro della fattispecie da lui declinata come tipo contrattuale, ne è sempre stato convinto, ancor più quando, davanti alla disciplina legale della subfornitura, ha parlato provocatoriamente di “perdita della fattispecie”⁵ ovvero quando, davanti alla strumentalizzazione globale del modello contrattuale della vendita di partecipazioni societarie di controllo, ha inventato la formula atropaica del contratto alieno⁶. De Nova è uno straordinario inventore di formule per trovare soluzioni applicative: si parli tradizionalmente di contratto atipico o di contratto senza legge, di contratto autosufficiente o di contratto alieno, sempre, una volta che si sia appiccato il fuoco della lite, si troverà la soluzione nel tipo contrattuale. Non importa se questo sia più o meno elastico⁷, e rispettivamente a più bassa o alta densità definitoria e regolatoria⁸, per applicarne in modo diretto pezzi di di-

⁵ G. DE NOVA, *I singoli contatti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in *I cinquant’anni del codice civile*, Atti del convegno di Milano 4-6 giugno 1991, I, Milano, 1993, pp. 217 ss.

⁶ C. FERRARI, *Il tipo elastico e il tipo super-elastico*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova, cit.*, pp. 1233 ss.

⁷ S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, p. 83.

⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, pp. 403-404.

sciplina⁹ ovvero per rinvenirne comunque una disciplina sulla base del principio di compatibilità¹⁰.

Qui a Milano si studia la fattispecie dopo aver appreso la lezione di Cesare Beccaria – che per un tedesco sarebbe come leggere Carl Schmitt a ritroso, a partire dalla *Tirannia dei valori* e, giù giù scendendo i gradini degli anni, fino alla cantina buia degli anni trenta del secolo scorso – e, quindi, dopo aver imparato che quella che ancora chiamiamo fattispecie è un imprescindibile riferimento interpretativo e che nella sua elasticità (un tempo si sarebbe detto grazie alla sua generalità ed astrattezza) riesce sempre a consegnare al giurista che l’interroga una chiave di lettura e una soluzione applicativa alla composita pratica degli affari. Certamente, servono giuristi e giudici allenati a farlo, e non solo a cercare le risposte nelle pieghe svolazzanti di regolatori perennemente in ritardo o negli atti di causa delle parti.

Serve uno sguardo di sistema e la fattispecie è ancora l’utilissima bussola per rintracciare la rotta nelle increspature anche del contratto alieno: in questo senso è esemplare il saggio di Pietro Trimarchi, pubblicato in questa raccolta, sulle garanzie contrattuali nella compravendita delle partecipazioni societarie di controllo¹¹. Risolvere problemi mal posti è compito della dottrina, che da tempo criticava l’applicabilità del termine annuale di prescrizione; nondimeno frequenti sentenze menzionavano, sia pure *obiter*, l’applicabilità dell’art. 1497, 2° comma, c.c., “*così determinando la generale convinzione di un costante orientamento della Cassazione in proposito*”. Trimarchi, invece, lavorando su *obiter dicta e rationes decidendi*, ha potuto dimostrare che prima della pronuncia n. 16963 del 2014 – che “*riduce a confidare che l’infelice capitolo giurisprudenziale sia chiuso*” (I par. 9) – solo due sentenze hanno veramente deciso l’applicabilità della prescrizione annuale; nelle altre sentenze comunemente citate in proposito l’affermazione dell’applicabilità dell’art. 1497, 2° comma, c.c., costituisce soltanto un *obiter dictum*. Conclude allora Trimarchi: “*Ora, la forza del decismum come precedente deriva dalla sua vicinanza al caso portato alla decisione e dal conseguente approfondimento della valutazione; non così l’obiter dictum, per il quale è forte il rischio di incorrere in affermazioni, delle quali non siano presente alla mente tutte le implicazioni. In un momento nel quale si sottolinea l’importanza del precedente di Cassazione al fine di orientare le parti in lite a ridurre il ricorso al giudice, sembra appropriato sottolineare correlativamente l’opportunità di procedere in modo molto sorvegliato nelle enunciazioni obiter: la vicenda giurisprudenziale qui discussa ne dà esemplare conferma.*”

Un vero e proprio monito rivolto ai giudici di Cassazione, nella consapevolezza professionale e meritocratica, prima ancora che definitiva, del diritto come attività

⁹ C. FERRARI, *op. ult. cit.*, pp. 1259-1262.

¹⁰ G. GITTI, *La “venuta” del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in Riv. dir. civ., 2008, pp. 491-513; C. FERRARI, *Il rapporto tra contenuto ed effetti del contratto nell’ottica della compatibilità*, Milano, 2015, *passim*.

¹¹ P. TRIMARCHI, *Le garanzie contrattuali nell’acquisto di partecipazioni sociali*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, cit., pp. 3033 ss.

sociale in cui la giurisprudenza forense e quella dottrinale svolgono un ruolo letteralmente decisivo, che non a caso Cesare Grassetti¹², maestro di Pietro Trimarchi, sulla scorta, a sua volta, del proprio maestro Giovanni Pacchioni¹³, qualificava come fonti del diritto.

È per questo motivo che, d’intesa con Giorgio De Nova, abbiamo scelto come tema del convegno il *Restatement* delle Sezioni Unite in materia di nullità contrattuale e della sua rilevabilità d’ufficio.

¹² C. GRASSETTI (a cura di), *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte del diritto*, Milano, 1985.

¹³ G. PACCHIONI, *Principi generali di diritto*, in Arch. Giur., 1924, p. 133 ss.

Il ‘pathos della distanza’ (per Giorgio De Nova)*

di Natalino Irti

1. È venuto in moda – non so se per schiva discrezione o mostra di serietà – di nascondere antiche cerimonie accademiche, e così la consegna di scritti gratulatori, dietro lo schermo di convegni scientifici. Di qui confuso intrecciarsi di temi, e ambiguità di toni, e sovrapporsi di piani. Il festeggiato vi riemerge a tratti, in parentesi di intimismo autobiografico o in elogi di rito.

Oggi questa moda è sconfitta proprio da Giorgio De Nova, che, indirizzando suoi studi al problema del tipo, sta dentro la ‘dimensione dell’autonomia privata’ e dentro la nullità. Il metodo ‘tipologico’, con suoi affinamenti e svolgimenti, con sue integrazioni e correzioni, serve a disegnare l’una ed a spiegare l’altra.

2. Muovo da notazioni di carattere generale, che tracciano la cornice, logica e storica, dell’opera di De Nova.

La prospettiva del tipo è essenziale in ogni concezione del diritto, e forse in qualsiasi teoria della scienza. Già usato nella filosofia greca, τύπος designa il modello, lo schema, l’insieme unitario di caratteristiche, destinato a ripetersi in un numero indefinito di esemplari. Si discorre perciò di tipi linguistici, biologici, psichiatrici, sociologici, criminali, femminili, e via seguitando. Il tipo non è universale e non è individuale, ma soltanto generale e astratto. Il tipo misura il fatto concreto, e lo converte in caso. Non c’è caso senza tipo; non c’è esempio senza modello.

Il diritto è per eccellenza la terra del tipo.

Ricordate il suggestivo romanzo, breve romanzo, di Thomas Mann, Das Gesetz, La legge, in cui Mosè, guidando il popolo d’Israele nell’esodo, è chiamato a decidere controversie e pronunciare sentenze? Allora egli non si affida all’estro, non soggiace al capriccio, ma rammenta i suoi studi giovanili nel collegio tebano, dove aveva appreso “il diritto, i rotoli delle leggi egiziane e il codice di Hammurabi, il re dell’Eufrate”. “Questo suo studio gli giovava ora nel motivare una sentenza nei molti casi che si presentavano ... In tutti questi casi e in cento altri Mosè trovava la sentenza, appoggiandosi ad Hammurabi, e distribuiva diritto e torto”.

Mosè richiama alla memoria quei modelli o tipi, e si appoggia ad essi, e li applica ai casi concreti. Il tipo è alla genesi storica e logica del diritto.

* Relazione al Convegno “Le nullità e l’attuale dimensione dell’autonomia privata” per la presentazione degli Studi in onore di Giorgio De Nova, tenutosi presso l’Università di Milano il 16 novembre 2015.

3. Questa tradizione millenaria è stata raccolta nei moderni Stati europei, o nella più parte di essi, dove diritto è, o era, tipizzazione: tipizzazione del legislatore nel disegnare il contenuto delle norme; tipizzazione del giudice nel qualificare il fatto concreto come caso e nel decidere la controversia. La tipizzazione si esprime soprattutto nel rapporto tra fattispecie astratta e fattispecie concreta, che è poi il rapporto tra ciò che anticipa e ciò che segue, tra il passato che non passa ed il presente che si fa passato.

Ma codesta anticipazione, codesto vedere prima, non riesce a distendersi su tutto il futuro né su tutta la vita. Ed ecco allora le antiche ed eleganti dispute su 'contratti innominati' o 'atipici' o 'misti'; e le proposte di 'assorbirli' in un unico tipo già previsto, o di 'combinare' due o più tipi, o di applicare l'analogia, o di trasferire la tipicità legale dai contratti alle clausole, 'pezzi di contratto' variamente congiungibili.

4. Nel 1974, oltre quarant'anni sono, Giorgio De Nova dà in istampa il libro su 'Il tipo contrattuale'. 1974: la stessa data recano altri titoli di netto rilievo: il denso saggio di Giuseppe Portale sui conferimenti 'atipici' nelle società per azioni; l'impegnativo e grave libro di Paolo Spada su 'La tipicità delle società'. Perché questa fioritura di studi intorno al problema della tipicità? perché allora, in Italia, un dibattito dottrinale, che già aveva animato la scienza tedesca? È che negli anni Settanta si consolida il risveglio del dopoguerra, si dà mano a riforme legislative, si consuma il distacco storico fra economia agricola ed economia industriale. Nuovi interessi, e disegni imprenditoriali, e forme di accordo si affacciano sulla scena e chiedono la risposta del diritto. Il negozio giuridico ha ormai esaurito l'antica funzione unificante, ed è, infine, degradato o innalzato a categoria storiografica.

C'è bisogno di altre strade; c'è ansia di metodi più agili e ariosi.

In quel 1974, la dottrina italiana soggiaceva, per larga parte, alla lezione di Emilio Betti. Nella classica trattazione del negozio giuridico, e poi nell'illuminante saggio dedicato a Leopold Wenger, il mio venerato maestro aveva bensì distinto tipicità legislativa e tipicità sociale, ma esigendo anche per la seconda una 'configurazione per tipi'. Insegnava Betti doversi questa operare "mediante rinvio a quelle che sono le concezioni dominanti nella coscienza sociale dell'epoca nei vari campi dell'economia della tecnica e della morale"; e finiva per accedere al criterio della combinazione, proposto dalla dottrina tedesca fin dai primi del secolo scorso.

Si apre così nel pensiero di Betti, e dei molti che lo condivisero e seguirono (fra i quali mi preme di rammentare un maestro caro a De Nova, Cesare Grassetti), uno di quei dualismi, non rari nella sua opera e pur fecondi di inattesi sviluppi: da un lato, tipicità legislativa; dall'altro, tipicità sociale. Un 'cosmo a strati', dove la tipicità sociale slarga ed espande la 'dimensione dell'autonomia privata', ma piegandola al controllo della 'coscienza sociale', e poi traendola al piano superiore del diritto mercé il criterio di combinazione. Insomma, uno scendere e un salire, un aprirsi e un

rinchiudersi, un ascoltare l’informe ‘coscienza sociale’ e un obbedire alla disciplina dei tipi legali.

5. A tali antinomie sfugge risolutamente il libro di De Nova, che può dirsi appieno monistico e normativo. Non c’è duplicità di piani, ma unico ed esclusivo piano; non c’è, per così dire, apertura verticale, ma apertura orizzontale.

Questi risultati sono raggiunti in base a un metodo tipologico, che De Nova accoglie e propone muovendo da due premesse, proprie alla dottrina tedesca, le quali, a dir vero, non mi paiono né necessarie né persuasive. L’una è nella distinzione, o contrapposizione, fra tipo e concetto: dove osserverei che anche il tipo, un qualsiasi tipo, è un concetto, ed esige di esser definito e determinato nel suo proprio contenuto. La Typuslehre è una teoria, ed ogni teoria, se vuol rimanere tale e non cadere in torbido irrazionalismo, ha bisogno di concetti. **La parola che nega il concetto è ancora concetto**. L’altra premessa è nella distinzione, o contrapposizione, fra metodo sussuntivo e metodo tipologico: e qui è agevole replicare che la sussunzione è essenziale a ogni metodo, il quale voglia discendere dal tipo al fatto concreto, ed elevare questo a ‘caso’ di quello. Anche il metodo tipologico si svolge, e non può non svolgersi, con ritmo triadico e sussuntivo.

L’alternativa al concetto e al sillogismo sussuntivo è – come súbito avvertì nel 1977 il fine Andrea Belvedere – soltanto il balenio, il brivido dell’intuizione, a cui talvolta De Nova sembra indulgere (là dove parla di ‘intuizione globale’ che coglie il ‘quadro complessivo’), ma dalla quale súbito si ritrae descrivendo il metodo tipologico come ricerca della disciplina del caso nuovo “in più discipline legali”. La tempra di autentico giurista non gli concede sviamenti nell’irrazionale. Il metodo tipologico assume così carattere concettuale e normativo, non intuizionistico e sociologico. Esso non può costituire un metodo da iniziati, che siano tenuti per iniziati e si rallegrino di tale epiteto.

Quella indigenza linguistica, che Seneca denominava ‘verborum paupertas’ e che ci costringe a versare nuove vedute in parole vecchie e consunte, induce – mi sembra – De Nova (come già sospinse Tullio Ascarelli nella sua ‘ricostruzione tipologica della realtà’) a usare la parola ‘tipo’ in originale accezione. Cioè, nel significato di uno schema categoriale o ambito caratteriale, duttile e flessibile, variabile e graduabile, che si sottrae all’aut - aut, al dilemma o questo o quello, e perciò consente di abbracciare e qualificare il caso non previsto dalla legge. Schema, forse non diverso dalle quattro figure (do ut des ecc.), sotto cui il diritto giustiniano raccoglieva e sistemava i ‘nova negotia’.

Ámbito caratteriale – ed è nota dominante nel pensiero di De Nova -, di carattere **oggettivo**, che perciò innalza il duro argine della razionalità (e – potrebbe pur dirsi – della razionalità sussuntiva) contro il minaccioso soggettivismo di clausole generali e valori, di sensibilità sociali e consimili stati d’animo. A ben vedere, il ‘tipo’ di De Nova è una sorta di ideale modello o, appunto, archétipo, ἀρχέ-τυπον, astratto esemplare o immagine originaria, che sta prima della legge ed anzi la ispira e

orienta. Così il tipo legale si atteggia ad applicazione del tipo normativo, ma non lo esaurisce e consuma. Il metodo tipologico non è un metodo casistico, ma piuttosto un metodo categoriale, che scruta dentro e oltre le singole discipline: metodo, giuridico e normativo, sì, ma non legale.

6. De Nova si guarda bene dalle aberrazioni tipologiche, a cui giunse la dottrina tedesca – in specie, la dottrina del diritto penale –, che, abbandonata la prospettiva della fattispecie, contrappose il tipo di autore (*Tätertyp*) al tipo di azione, cioè il tipo naturalistico al tipo normativo. Il giudizio penale non cadeva più sull'individuo in quanto agisce, ma in quanto è, e così si configurarono, fra i tipi d'autore, il 'nemico del popolo' o il 'nemico della comunità', e simili. In De Nova la teoria tipologica non nega la teoria della fattispecie, ma anzi la comprende in sé e ne utilizza i risultati più preziosi e duraturi. Si spiega così che, nelle pagine degli anni 80 e 90, De Nova ci appaia come un giurista di fisionomia liberale, uno spirito europeo, della vecchia e colta Europa, che guarda con apprensione l'infittirsi di norme imperative, l'espandersi delle nullità, il sacrificio dell'autonomia privata.

Nessuna nostalgia giusnaturalistica, si badi. Quando discorriamo di 'dimensione dell'autonomia privata', sempre si affaccia il perenne fantasma del diritto naturale, quasi che l'autonomia privata stia prima e fuori della legge, e questa non possa né limitarla né restringerla. L'autonomia privata non è, almeno per il giurista, un mare aperto senza confini e senza liti, ma piuttosto un lago chiuso tra rive alte e rupestri. Essa è quale, d'epoca in epoca, viene conformata e autorizzata dalla legge (ordinaria o costituzionale che sia). De Nova ne è ben consapevole, e non cede a rimpianti e lamentazioni.

Il saggio del 1994 su 'Il contratto ha forza di legge' (è negli Scritti gratulatori per il maestro torinese, Rodolfo Sacco) offre la prova più limpida e sicura di quest'ultimo indirizzo, quasi di un'altra 'maniera' di De Nova, la 'maniera', o stile di pensiero, della piena maturità. L'art. 1372 cod. civ., ["Il contratto ha forza di legge tra le parti" ...], che assai spesso viene tenuto per retorico ed enfatico, gli riemerge dagli anni studenteschi di Pavia e gli risuona dentro come "antica ... voce che rivendica il primato dell'autonomia". Il contratto è davvero la legge delle parti: una legge, minacciata da norme imperative, che assegnano diritti, e sostituiscono clausole, e configurano contenuti, e irrogano nullità. Già sei anni prima, nella relazione veneziana del 1988, era affiorata una nota di stupita amarezza: "Quest'ultimo – dice De Nova, con riguardo allo stringersi tutt'intorno di vaghe norme imperative – pare a me il mutamento su cui più occorre riflettere. Perché non si tratta di manifestare nostalgie per una disciplina dei contratti ordinata per tipi. Si tratta di denunciare un preoccupante fenomeno. Quello della perdita della fattispecie, e ciò nel delicato e cruciale settore dei limiti dell'autonomia contrattuale". La perdita della fattispecie, della fattispecie concreta, è la stessa perdita del contratto, che ha forza di legge fra le parti; è la perdita della scelta individuale, stroncata da norme imperative di controllo e protezione. Le norme imperative prendono il luogo delle fattispecie, cioè degli accordi

conclusi dalle parti: l’autorità restringe e soffoca la libertà. **La nullità è l’arma, invisibile e automatica, del dominio legislativo.** La legge ricaccia nel nulla un fatto concreto, che ha provato a uscire dal nulla. Il tentativo è fallito. Le norme imperative sono ‘nientificatrici’, produttrici del niente.

Tra la visuale del tipo normativo e la visuale della fattispecie non c’è rottura, ma continuità, poiché il tipo normativo, da un lato, è sempre ricavato, per concetti o per intuizione, dalle fattispecie legali, e, dall’altro, serve a convertire l’atipico in tipico, ossia a ridurlo sotto la disciplina delle fattispecie legali (a ridurlo – è bene avvertire – fino al limite dell’assoluto atipico, che un dato ordinamento rifiuta di ricevere e bolla di nullità). Le due ‘maniere’, degli anni Settanta e degli anni Novanta, della fresca giovinezza e della saggia maturità, si svolgono l’una nell’altra, e si congiungono in unità di pensiero, e danno tono a una scuola di allievi valorosi, segnati da fedeltà al maestro e al metodo (e qui menziono i nomi ‘simbolici’ di Gitti, Delfini, Maffei).

De Nova, nel cui animo l’espansione delle norme imperative desta preoccupata e dolente amarezza, pur la registra e descrive con scrupolo di analisi e strenua probità di studioso. La sua pagina è tesa nel capire; il suo periodare è sempre secco e stringente. Un modello di prosa scientifica, in cui la sobrietà delle parole testimonia l’onestà del pensiero. Questa oggettività, questo che Nietzsche chiamerebbe il ‘pathos della distanza’, il guardare la realtà con occhio lucido e illacrimante, il dire le cose come sono e non come vorremmo che fossero, e tuttavia dolersene e soffrirne, è la cifra più alta e nobile del giurista, che oggi onoriamo in festosa e grata amicizia.

Autonomia e diritto

Intuizioni e *dicta* di un giovane-(subito) maestro che si è mutato in un maestro-(sempre) giovane*

di Umberto Breccia

SOMMARIO: 1. Non detto. – 2. Colloquio. Personalità. Serietà ludica. – 3. Stile di un pensiero del diritto. – 4. Centralità tematiche, aperture del metodo e puntualizzazioni esemplari. Proiezioni applicative e potenziali sviluppi. – 5. Tempi e spazi. – 6. Perdite. Ricerche.

1. Non detto

1.1. *Intensità personale di un sentimento di gratitudine per l’iniziativa odierna*

Carissimo Giorgio, carissimi tutti, grazie.

Giorgio De Nova mi è molto caro da una vita, pur nel rarefarsi dei sempre amichevoli incontri.

A lui devo, inoltre, insegnamenti unici.

L’occasione che i docenti milanesi mi hanno offerto – nell’atto stesso di rendergli un doveroso omaggio – è dunque, per me, due volte preziosa: dà una forza intima al saluto rituale.

1.2. *Un accenno al titolo e al sottotitolo di quel che vorrei esprimere. Autonomia e diritto: polarità costante degli scritti di Giorgio de Nova. Giuristi del dire e del non dire: Giorgio De Nova e la forza del “non detto”*

Il mio intervento ha un titolo e un sottotitolo.

Il titolo si ferma – come si conviene al discorso introduttivo e panoramico che mi accingo a fare – al “filo rosso” dell’opera di Giorgio De Nova, quale è stato da lui stesso definito, ossia all’autonomia nel suo rapporto con il diritto. La fitta rete di sviluppi e di approfondimenti è già da trovare – infatti e soprattutto – nei volumi che gli sono stati dedicati; e sarà arricchita dagli interventi su taluni dei tanti temi che invitano a un approfondimento.

Il sottotitolo, a sua volta, prova a ritrarre, con tratti essenziali, il giurista Giorgio De Nova.

* Relazione al Convegno “Le nullità e l’attuale dimensione dell’autonomia privata” per la presentazione degli Studi in onore di Giorgio De Nova, tenutosi presso l’Università di Milano il 16 novembre 2015.

Ci sono giuristi che sono maestri del dire e ci sono giuristi che sono maestri del non dire.

Giorgio De Nova è maestro dell’equilibrio fra il dire e il non dire, già per il fatto che sa dare voce vera al “non detto”.

Egli può vantare in tal senso un primato che condivide con pochissimi.

La sua è, secondo la celebre “lezione” di Italo Calvino, una leggerezza pensosa: che sconfigge ogni pesantezza senza idee¹.

Un altro primato raro di Giorgio De Nova sta nell’essersi segnalato fin da giovane per la qualità dei suoi scritti; e nell’aver confermato la freschezza della sua vocazione ben oltre gli anni dell’esordio².

In breve: un “giovane-(subito) maestro” che si è ben presto mutato in un “maestro-(sempre) giovane”.

Si deve pur aggiungere: “un giovane *diversamente* maestro e un maestro *diversamente* giovane”, in ogni fase del suo complessivo lavoro³.

2. Colloquio. Personalità. Serietà ludica

2.1. Continuità di un discorso e di un ascolto

Sono fra coloro, e sono tanti, che hanno dedicato un ascolto e una lettura costante, nell’arco di quasi mezzo secolo ormai, al discorso di giurista di Giorgio De Nova (e che hanno fatto tutto questo sempre – ancorché spesso da lontano – ma tante volte anche dal vivo: a voce – come in questa giornata – oltre che nella meditazione e nella consultazione delle pagine)⁴.

Non è stato difficile.

C’è, nel suo dire, un’apertura ricca e disponibile al confronto: un colloquio esplicito o implicito, mai interrotto.

2.2. Identità autonoma delle idee e delle loro modalità espressive: indipendenza; diretta forma – “vera” – del pensiero

Giorgio De Nova esprime idee nette, chiare eppure prive di elusioni semplicistiche, attente al tessuto vario delle regole immerse nel flusso dei fatti.

¹ I. CALVINO, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Garzanti, Milano, 1988.

² Il riferimento basilare è – s’intende – a G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974.

³ A quanto pare, dobbiamo l’invenzione dell’uso dell’avverbio “diversamente”, fra i primi, a un giurista-filosofo: Luigi Lombardi Vallauri.

⁴ Mi permetto di ricordare che la mia attenzione di lettore, due decenni or sono, ha trovato modo di esprimersi pubblicamente, in occasione della stampa di U. BRECCIA, *“Il Contratto” di Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova*, in *Diritto privato 1995, I. Il trasferimento di proprietà*, numero unico a cura di G. Furguele, Cedam, Padova, 1995, pp. 385 – 435. Non ho avuto motivo di cambiare le mie idee sulle pagine di sintesi che a quel tempo dedicai al contributo di Giorgio De Nova (*ivi*, pp. 430 – 431).

Vi corrispondono modalità espressive che fissano i tratti di una personalità autonoma: nel parlar “schietto” e asciutto; nella padronanza, pur discreta, dell’arte liberatoria di un riso esplorativo.

Per quanto mi riguarda, devo resistere – a questo punto – alla tentazione di completare il ritratto sommario con l’indulgere a una sorta di vezzo che è forte in molti vecchi.

Alludo all’attrazione per il frammento biografico e per l’aneddoto: che restano indelebili in noi, è vero, e che, come tali, ci aiutano a vivere “quel che resta del giorno”; ma che spesso è bene non evadano dal confine muto di una memoria privata: già di per sé fin troppo condizionata dall’affetto.

Mi sia consentita una sola eccezione ludica: il ricordo di Giorgio De Nova quale formidabile giocatore di *ping-pong*, nella villa ospitale di Giovanna Visintini sul Lago di Garda.

2.3. Un giurista “giocatore”: non “giocoliere” né “giocherellone”

La parola “gioco” – sta anche qui, forse, la ragione dell’eccezione che mi concedo – non manca nei pur sobri scritti di Giorgio De Nova⁵.

Si tratta di un termine che, notoriamente, va preso sul serio.

L’impressione di un ossimoro è smentita dall’essenza stessa dei migliori e dei più efficaci “ludi”⁶.

Vi sono compresi anche quelli del pensiero e dell’azione; fino a trovare applicazioni emblematiche – come sappiamo – nella filosofia contemporanea del linguaggio⁷; e nel confronto, quand’anche non sempre consonante, con la teoria generale⁸.

3. Stile di un pensiero del diritto

3.1. Stili dei sistemi giuridici come criterio di comparazione

Un modo che consente di offrire un efficace contributo al tema di quest’incontro e alla persona alla quale l’incontro è stato dedicato sta nel rifarsi al paradigma dello stile giuridico, secondo un celebre insegnamento che dobbiamo soprattutto agli studiosi del diritto comparato.

⁵ Una pagina che riassume in maniera quasi emblematica la “serietà ludica” dell’a. è già nella *Premessa* a G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, Padova, 2012, pp. IX – X.

⁶ Per un rapido segnale del gusto di comunicare divertendo chi ascolta e chi legge si pensi al breve saggio: G. DE NOVA, *Le top ten del titolo sui contratti in generale*, in *Contratti*, 2004, p. 977 ss.

⁷ Chi ha approfondito il pensiero di Wittgenstein ci rammenta che il riferimento alla nozione di “gioco” risale al *Brown Book* (1934 – 1935): D. MARCONI, *Wittgenstein e la filosofia*, introduzione a L. WITTGENSTEIN, *Filosofia*, Donzelli, Roma, 1996, p. XXVII, nota 34.

⁸ Non si può omettere, sebbene sia un testo notissimo, almeno un cenno al saggio di F. OST-M. van de KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, P.U.F., Paris, 1992.

Si tratta di un canone che – come ha acutamente notato Aurelio Gentili⁹ – ha sempre un forte segno identitario e che, come tale, aderisce pienamente alla ricostruzione della spiccata personalità di Giorgio De Nova.

I singoli sistemi del diritto – in tal caso il pensiero va immediatamente al celebre manuale di Zweigert e di Kötz – hanno un’impronta di stile che è compatibile con aggregazioni più vaste, secondo la nota immagine delle “famiglie”.

Un apporto in tal senso determinante è dato, in termini ancor più particolari, da tutti i cultori del diritto in ogni ramo: studiosi, giudici, esperti “operatori” professionali di settore (avvocati, notai, funzionari privati e pubblici, e via di seguito)¹⁰.

3.2. *Stile del giurista-pensante*

Quel che dev’essere meglio ponderato (e che dev’essere sottoposto a un’efficace rivalutazione) – pur nell’inevitabile selezione dell’uditorio – è lo stile del giurista-pensante: che, quale che sia il ruolo praticato, rifletta sul diritto.

Già disponiamo, a dire il vero, di alcune sintesi mirabili che ormai giungono a lambire la metà del ventesimo secolo, nelle più svariate direzioni.

Forse è tempo di completare l’affresco, del quale siamo complessivamente debitori a mani diverse (il riferimento, s’intende, è a Natalino Irti che è qui con noi¹¹, ma anche a chi, come Paolo Grossi, non è fra noi)¹².

3.3. *Idee e modi espressivi di Giorgio De Nova “giurista-pensante”*

Il quadro ormai si estende fino a includere quei protagonisti che, al pari di Giorgio De Nova, hanno intrapreso gli studi dopo la seconda metà del secolo scorso. Molti sono ancora attivi, nel primo ventennio di questo secolo, ben oltre il termine del vincolante impegno d’insegnamento universitario.

Ebbene, di Giorgio De Nova si può senza dubbio parlare – senza forzature encomiastiche, che siano sollecitate da vincoli di amichevoli sentimenti personali o da prossimità accademiche – come di uno scrittore di diritto che ha lasciato un’orma molto incisiva nella storia del pensiero giuridico fra il ventesimo e il ventunesimo secolo: con riguardo al diritto privato che si studia, che s’insegna e che si applica in Italia.

⁹ A. GENTILI, *A proposito di: G. De NOVA, “Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno”*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 20133 ss.

¹⁰ K. ZWIEGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato* (trad. it.), I, *Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1992; II, *Istituti*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2011.

¹¹ N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, in *Contratto impresa*, 2011, p. 1295 ss.; N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 89-106; N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2002; N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990.

¹² Fra i tanti e notissimi suoi contributi, si rileggano, per esempio, gli scritti di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Giuffrè, Milano, 2000; P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Giuffrè, Milano, 2002.

Si tratta di un segno che trae la sua forza da una padronanza culturale e pragmatica di rara vocazione internazionale.

Possiamo ben dire che tutti i saggi sui tanti argomenti nei quali si ripartono sia il grande tema dei quattro volumi collettivi che sono stati a lui dedicati sia il titolo e gli interventi dell’incontro odierno presuppongano almeno una premessa introduttiva sulle idee – e sul modo di dirle – che hanno dato e che stanno dando un volto unico a Giorgio De Nova “giurista-pensante”. E “giurista-che-fa-pensare”.

4. Centralità tematiche, aperture del metodo e puntualizzazioni esemplari. Proiezioni applicative e potenziali sviluppi

4.1. Un grande tema: “contratti”

Al centro sono fin dall’origine – e continuano a essere – i contratti.

Il volume, che è stato pubblicato nel 2012 – l’anno nel quale Giorgio De Nova ha riedito una selezione dei saggi di una vita, con un’iniziativa di cui dobbiamo essergli grati – è molto istruttivo fin dal titolo, nel quale trova un’espressione di per sé eloquente la vocazione del giurista per la puntuale adesione alla peculiarità del fenomeno analizzato e all’esigenza di un confronto della singolarità fattuale con un tessuto plausibile di regole osservabili e pertinenti.

Le qualificazioni dei due poli delle ricerche sul campo – l’“atipicità” contrattuale (alle origini) e l’“alienità” contrattuale (nella temperie attuale: che è contraddistinta, notoriamente, dall’avvento di una contrattazione la quale sempre più spesso travalica i confini nazionali) – fissano almeno due costanti di una riflessione giuridica che si tramanda pur nell’evidenza dei cambiamenti¹³.

La prima costante è la necessità di porre in discussione la deduzione della regola – nei conflitti che diano evidenza a lacune o a perplessità del giudizio – da una pre-determinazione meta-normativa: con l’aggravante del primato di un concettualismo schematico e volatile il quale conduca a esiti devianti o elusivi nel confronto con l’effettivo problema da risolvere.

Il primato spetta, invece, alla tipologia reale, comprensivamente percepibile già nell’osservazione delle prassi contrattuali, pur innovative.

¹³ G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., pp. 1 – 688. Si consulti, in particolare, il saggio *sub 2, I due modelli: contratto di civil law e contratto di common law*, *ivi*, n. 2, pp. 31 – 43 (si tratta del saggio che fu pubblicato con il titolo “The law of wich governs this agreement is the law of the republic of Italy”: *il contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 7 ss. e che riprodusse una relazione tenuta a Capri il 19 aprile 2006 al Convegno SISDiC “I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte Costituzionale”). Di grande interesse è la lettura di uno scritto che, nella linea del pensiero di Giorgio De Nova, ha dato un notevole apporto all’approfondimento dei contratti derivati finanziari: D. MAFFEIS, *Homo oeconomicus, homo ludens: l’incontrastabile ascesa della variante aliena di un tipo marginale, la scommessa legalmente autorizzata (art. 1935 c.c.)*, in *Contratto impresa*, 2014, p. 835 ss. Si veda, inoltre, F. DELFINI, *Causa ed autonomia privata nella giurisprudenza di legittimità e di merito: dai contratti di viaggio ai derivati sul rischio di credito*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, n. 6.

Tale è l’altra linea costante: che è strettamente intrecciata alla prima.

L’atipico dev’essere rispettato proprio nella sua consistenza fattuale e non dev’essere assorbito in un concetto che ne annienti il peculiare rilievo giuridico.

Nei primi anni settanta – dopo il soggiorno in Germania e con la pubblicazione della prima monografia – Giorgio De Nova è, senza esagerazioni e per riconoscimento anche di coloro che espressero critiche o riserve, un “giovane-(subito)maestro”.

Si tratta di una centralità tematica la quale è stata arricchita, nel corso di quasi mezzo secolo ormai, da una ricca serie di variazioni che al tempo stesso hanno guidato molte sistemazioni giuridiche e che hanno suggerito non poche regole argomentate ai giudici e agli altri operatori del diritto civile contemporaneo (con riguardo a conflitti inediti, e di grande rilievo, nell’intera area di quei “nuovi contratti” della cui divulgazione critica Giorgio De Nova è stato, senza dubbio alcuno, il più informato e il più sensibile fra i protagonisti).

I ponderosi volumi che, nella data odierna, Giorgio De Nova ha ricevuto in dono rispettano la centralità tematica dei contratti, già nel titolo, poiché – come proprio egli stesso ha osservato senza mezzi termini – le prospettive e i limiti dell’autonomia nel diritto privato sono l’ampia cornice di una ricerca senza tempo che ha nei contratti il suo fulcro.

Non sorprende il numero dei contributi e delle pagine complessive: alla viva e forte testimonianza di simpatia – che è comune a generazioni intere di colleghi e di allievi – si unisce la ricca tessitura delle riflessioni che hanno tratto, e che sempre traggono, tanti vivissimi spunti dalle pagine di Giorgio De Nova.

In questa linea è certamente incluso anche il titolo del convegno a lui dedicato.

Con scelta opportuna, gli organizzatori non hanno ommesso, infatti, di richiamarsi al quadro complessivo dell’autonomia, sebbene abbiano dato rilievo a una pur vasta materia – la materia delle nullità – che, per un verso, concentra le analisi in una direzione qualificata e che, per un altro, dà rilievo all’eteronomia, ossia alla polarità opposta la quale segue come un’ombra l’autonomia (e spesso dell’ombra ha tutte le insidiose oscurità)¹⁴.

Sono state proprio le “nullità” a rivelare, fin dalle origini, le idee personali e i modi espressivi, a loro volta inconfondibili, di Giorgio De Nova.

4.2. *Aperture del metodo e puntualizzazioni esemplari*

Le idee personali possono condensarsi – ove siano considerate nell’insieme (com’è palesemente necessario in quest’occasione) – nel tratto costante di un’attenzione

¹⁴ “Mi piace pensare che vi sia un filo rosso ... unificante”. Credo che sia “il dialogo costante tra due precetti: quello dell’autonomia privata e quello della legge”: G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., *Premessa*, p. X. Molti giuristi hanno saputo proseguire, con intelligenza, sulla via di quel confronto, nella piena consapevolezza della “lungimiranza” di molte idee di Giorgio De Nova. Si consulti, esemplarmente, F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, n. 3.

critica nei confronti delle questioni sulle quali gli insegnamenti tradizionali tendevano a non soffermarsi: tanto sulla base dei postulati concettuali automaticamente ripetuti quanto a causa delle opacità delle rotture nella trama consueta delle fonti, nonché a causa di una più o meno inconsapevole rimozione dei problemi: pur fattualmente indissociabili da quelle fratture.

4.3. Le nullità

Nel quadro di una molteplicità mobile, quale primaria evidenza della giuridicità contemporanea, le considerazioni di Giorgio De Nova sul comma secondo dell’art. 1341 c.c. – di cui allora non ci si accorse o di cui ci si accorse soprattutto per respingerle – hanno lasciato senza dubbio un’orma forte e persistente, che è ben attestata dalla più meditata letteratura giuridica degli ultimi tempi.

Più in generale, si può affermare che la disciplina delle nullità parziali, a quel tempo, era una sorta di argomento-tabù; oppure era un argomento studiato allo scopo di dare un risalto sistematico al dirigismo contrattuale: non senza l’eco di un quasi inevitabile ripudio di segno ideologicamente opposto.

Ancor più eluso era, inoltre, il tema delle nullità, oltre che parziali, implicitamente relative, specialmente se il codice civile usava una nomenclatura evasiva (lì dove, per l’appunto, si pronunciava in termini di “inefficacia”).

Giorgio De Nova, con il conforto delle chiare aperture suggerite dalla letteratura giuridica tedesca, indicò la ragione giustificativa di una scelta ermeneutica che – nel comparto delle condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte – rispettava meglio il senso di una pur marginale e residuale autonomia di entrambi i contraenti, purché la nullità formale parziale della clausola vessatoria non sottoscritta si unisse alla legittimazione del solo contraente non predisponente e il contratto permanesse utilmente in vita anche senza la clausola vessatoria, contro la volontà opposta del predisponente.

Poteva al tempo stesso rendersi necessaria, in tal caso, un’integrazione che nulla aveva della cogenza della sostituzione di segno dirigistico ma che presupponeva una rivalutazione della legalità dispositiva, in quanto normazione tendenzialmente commisurata a modelli tramandati nel tempo e che, come tali, non erano unilateralmente dettati.

Era davvero molto discutibile che potessero addursi ragioni sistematiche tali da favorire l’assenza di qualsivoglia scrupolo nello sbarazzarsi di una legalità scomoda (ancorché pattiziamente derogabile).

Non è il caso d’indugiare una volta di più ai confini di una storia che è fin troppo nota, se non per rammentare che la stessa ha avuto sviluppi – non meno studiati

attentamente – in termini ben più vasti e ben più attuali, già a partire da un quadro delle fonti che è radicalmente mutato¹⁵.

4.4. Puntualizzazioni applicative. Sviluppi esemplari

La ripetizione di qualcosa che a tutti è familiare ha, dunque, almeno un senso: dev’essere vagliata alla stregua di un *test* che consenta di ricostruire una serie di altre, non meno note, aperture e sviluppi non esauriti, di cui Giorgio De Nova ha un primato indiscutibile e che, a questo punto, si possono soltanto enunciare in maniera sommaria e incompleta.

C’è, a ben vedere, un filo conduttore che comunque unisce la riflessione di segno tipologico (nonché l’analisi sulle articolazioni che inducono a discutere le rigidità codicistiche e dogmatiche della categoria della “nullità contrattuale”) all’approfondimento di alcune dicotomie acriticamente tramandate e spesso sorvolate.

Il pensiero va immediatamente, fra l’altro:

al rimeditato ruolo dei profili transtipici a confronto con quelli tipici e con quelli atipici¹⁶;

al nesso fra il diritto contrattuale che suole dirsi “comune” e il diritto dei singoli contratti¹⁷;

alla distinzione fra le nullità virtuali e le nullità testuali¹⁸;

¹⁵ G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 480 ss. (ora anche in G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., n. 14, *La disciplina della nullità*, n. 49, pp. 609 – 619; *ivi*, il n. 34, dal titolo *Le condizioni generali di contratto*, pp. 413 – 465, riproduce utilmente le pagine già edite in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, 3ª ed., Utet, Torino, p. 361 ss.). Questa linea di pensiero ha avuto notevoli sviluppi fino ai giorni nostri in un contesto molto diverso e di ben più forte complessità. Per un riferimento puntuale, a puro titolo d’esempio, si rinvia qui a una nota di A. D’ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”: nullità parziale necessaria della clausola abusive e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, p. 16 ss. Altra, e ben vagliata documentazione, si trae dalla monografia di F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno. Clausole tipizzate a prassi del mercato. Autonomia privata e intervento del giudice*, Jovene, Napoli, 2015, pp. 448 – 456, note 307 ss. Cfr., inoltre, il volume collettivo a cura di G. D’AMICO e S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 220 ss.

¹⁶ Ci si può limitare a una segnalazione riassuntiva di un’intera linea di pensiero che ha titolo numerosi e largamente noti: G. DE NOVA, *Tipicità e atipicità nei contratti*, nel volume collettivo dal titolo *Tipicità e atipicità dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 29 ss. (ora in G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., n. 5, *L’autonomia contrattuale: tipicità e atipicità*, n. 17. *Tipicità e atipicità nei contratti*, pp. 157 – 166).

¹⁷ G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto impresa*, 1988, p. 327 ss. (Relazione al Congresso di Venezia, 23-26 giugno 1988, su “La civilistica italiana dagli anno ’50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative”), ora in G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., n. 8, *Contratto e contratti*, n. 28, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, pp. 313 – 338.

¹⁸ G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss. (ora in G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., n. 7, *L’autonomia contrattuale: i limiti e n. 23, Il contratto contrario a norme imperative*, pp. 257 – 276).

all’analisi della normatività generale e speciale nel rapporto con la normatività per gruppi contrattuali intermedi e con la normatività eccezionale;

al rilievo, a cui si è qui già alluso, del diritto dispositivo nel quadro di un ripensamento fine e pragmatico del ruolo contemporaneo del diritto cogente (con una particolare menzione – del tutto conforme alla prassi transnazionale – dei “contratti alieni”) e con spunti rinnovati nelle aree delle norme-fattispecie nel confronto rimeditato con le norme-clausole e nel ritrovamento delle “norme materiali”¹⁹, in un contesto che non esita a muovere dall’attenzione primaria agli effetti e ai rimedi.

Un’idea di quel che è implicito in quelle, e in altre contigue, aree – che in questa sede potevano essere solamente indicate, nell’intento di fissare almeno una prima serie di alcune possibili “teste di capitolo” – già possono prendere a darla i volumi odierni a lui dedicati: i quali a loro volta sono una parziale testimonianza dell’intero arco, ormai semiscolare, di una linea inconfondibile di selezione personalissima nella ricerca di temi e di problemi.

Giorgio De Nova è stato l’animatore di un’area molto qualificata di ripensamenti su taluni temi cruciali che erano tante volte tramandati senza un adeguato e innovativo piglio critico: una sorta di *forum* di alto livello, che è stato una palestra eccellente per intere generazioni di giuristi.

4.5. Riepilogo della modalità espressiva del pensiero

Il tratto raro delle idee e del modo di esprimerle restano, infine, l’asciuttezza e la chiarezza.

Si tratta, come si è anticipato fin dall’esordio, di un sobrio fraseggio – spesso icastico e, a tratti, ironico – che, per amor del vero giuridico, è a contatto diretto con la questione da risolvere e con una competenza esperta: mai vaniloquente.

È un *dicere jus secco*, nuovo, amico – secondo quel che si è pur premesso – del “non detto” (nella sicurezza che quest’ultimo atteggiamento non tenda a eludere un approfondimento doveroso, ma lo mantenga entro confini sensati).

La prima conseguenza si manifesta in una spiccata attitudine al ragionamento lucido e pertinente: nel quale la padronanza della teoria è sempre indissociabile dal controllo competente in sede applicativa.

5. Tempi e spazi

Il pensiero giuridico di Giorgio De Nova trae una gran parte della sua forza dalla familiarità con i tempi e con gli spazi del diritto.

¹⁹ G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 39, dà nuovo risalto – sulla scia di KOHLER, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in *Jherings Jahrbücher*, 1878 (96), p. 144 – a quelle norme “la cui portata (...) non va ristretta alla singola fattispecie considerata, ma che prendono di mira un dato risultato economico, e che dunque sono potenzialmente idonee a fermare al confine anche contratti alieni”.

5.1. Accelerazioni temporali

Fu celebre l’editoriale di una rivista giuridica – da lui stesso sottoscritto – che aveva al centro proprio la sensazione di un tempo che ormai precipita fin quasi a perdersi²⁰.

Giorgio De Nova giurista, in verità, ha saputo fronteggiare una contingenza d’impressionante celerità.

Sentiamo che la parte migliore del tempo vissuto non è andata perduta; egli ci aiuta a capire un tempo che si ribella, in apparenza, alla ponderazione: la quale è inscindibile dalla calma dello sguardo competente; e che sempre deve fare i conti con la sapienza del giurista: il quale non può disfarsi d’un tratto della documentazione di un pensiero tramandato, proprio quando si accinga a una critica pur radicale.

Novello Ulisse-giurista, egli non soggiace – senza bisogno di farsi legare all’albero della nave del diritto – al canto funebre delle sirene moderne e all’inno entusiasta delle sirene post-moderne.

5.2. Dilatazioni spaziali

Anche gli spazi, notoriamente, si sono fatti, e quasi contestualmente, non solamente europei ma perfino mondiali²¹.

La padronanza della comparazione, in termini cognitivi e in termini metodici, ha reso meno traumatico il confronto con un assetto delle fonti che ha dovuto essere ricomposto quasi pezzo per pezzo con un’esperta navigazione fra Corti diverse e diversamente autorevoli.

5.3. Rafforzamento delle argomentazioni in vista di applicazioni plausibili

Già nelle pagine – anteriori al diritto europeo dei consumatori – sulla prima legislazione tedesca in materia di condizioni generali di contratto e sul ruolo del diritto dispositivo, fu possibile notare che la conoscenza acquisita da Giorgio De Nova, e offerta alla meditazione dei lettori, aveva una proiezione argomentativa che si apriva alle applicazioni plausibili: non era dettata soltanto da un doveroso scrupolo informativo e da finalità descrittive o impressionistiche²².

Può essere definito, nel suo genere, un tema emblematico – per la rara sintesi nel saper aderire al contesto pratico e al sostrato del pensiero giuridico, ben oltre i con-

²⁰ G. DE NOVA, *Non c’è tempo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 563 ss. Cfr. L. NIVARRA, *Gli anni Settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 95.

²¹ Di Giorgio De Nova si può parlare, con ottime ragioni, alla stregua di un giurista equipaggiato, come pochi, nell’esplorazione di quel territorio vasto e impervio che Maria Rosaria Ferrarese ha evocato sotto un celebre titolo: *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma - Bari, 2006. Si veda anche M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

²² G. DE NOVA, *La legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 107 ss. (ora in G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., pp. 359 – 411).

sueti confini tempo-spaziali – quell’argomento che, in molti luoghi, egli ha icasticamente riassunto nell’enunciato “il contratto alieno”: una formula-modello che è quasi l’essenza della capacità di chi ben sappia trovare il diritto altrimenti sfuggente e sia esperto nel fissarne un tratto peculiare²³.

6. Perdite. Ricerche

6.1. Perdita della fattispecie

A tutti è noto che Giorgio De Nova, fra i primissimi, ha coniato da oltre vent’anni ormai, la locuzione – della quale tanto si discute attualmente, con apporti molto significativi²⁴ – “perdita della fattispecie”²⁵.

Quanti e quali temi e problemi del diritto siano inclusi in quella formula è non meno risaputo.

Si deve aggiungere qualcosa – senza pretesa alcuna di concludere il discorso – soltanto sul concetto di “perdita”: allorché sia associato al concetto stesso di “diritto”; e non soltanto a quello di fattispecie.

Sappiamo che una perdita sta fra lo smarrimento e la fine di un qualcosa.

La fine, nel caso di quel qualcosa che è chiamato diritto²⁶, vorrebbe essere confutata, almeno in parte, dal nostro stesso esser qui convenuti: per una cerimonia che presuppone – e che pur sempre esamina con partecipe quanto con memore attenzione – un modo completo di vivere il diritto.

6.2. Senso di smarrimento

Più fedele al nostro sentire contemporaneo è l’impressione di uno smarrimento: che i giuristi hanno tante volte narrato, fino a fare della “crisi” una sorta di condizione ricorrente o perfino continua²⁷.

Perduto o meno che sia, il diritto va ogni volta “trovato” e “ritrovato” (*inventio*; *Rechtsfindung*; *Rechtsfortbildung*), pur nella coscienza dei tempi difficili: e di nuovo scoperto con un’impresa comune e indipendente, la quale presuppone una modalità autonoma della conoscenza.

²³ G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., *passim*.

²⁴ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 10011 ss.; N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 10987 ss.; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, pp. 36-44. Significativo è il confronto con le pagine di A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla “fattispecie”*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 10747 ss.

²⁵ G. DE NOVA, *I singoli contratti. Dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in *I cinquant’anni del Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 217 ss. (relazione letta il 5 giugno 1992 al Convegno di Milano su “I cinquant’anni del codice civile”), ora in G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., pp. 320 – 338 e, *ivi*, p. 338.

²⁶ Nel 2008 fu promosso da Pietro Rossi, a Torino, un convegno dal titolo *Fine del diritto?*. Cfr. N. IRTI, *Fine del diritto?*, in *L’uso giuridico della natura?*, Roma-Bari, 2013, p. 93 ss.

²⁷ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. VIII.

Sulla via del ritorno al diritto, Giorgio De Nova incontra, fra gli altri, Ernst Rabel e gli scritti che furono ideati dal famoso giurista fin dal 1929 e poi furono ripresi nel 1936 e nel 1957.

Credo che sia utile riprodurre ancora una volta alcuni passi della scelta che Giorgio De Nova ha proposto.

“È una inversione porre i diritti nazionali alla base di un nuovo diritto mondiale; il diritto di oggi non vive nei diritti nazionali; ma nel sistema non giuridicamente costruito dei contratti della prassi! E ancor prima, ma in maniera anche conseguente: “il commercio internazionale ha elaborato una immensa rete di clausole, schemi contrattuali e condizioni generali di contratto. Ha con ciò costruito un proprio ordinamento”²⁸.

Permane l’esigenza – osserva in termini netti Giorgio De Nova nella sintonia con quel pensiero – di “affrontare le materie sottratte all’autonomia delle parti, dettare insomma norme *imperative* uniformi”²⁹.

6.3. Suggestioni di ricerca. Debiti di gratitudine

Giorgio De Nova, in ottima e memore compagnia, continua dunque a guidarci magistralmente nella ricerca.

I suoi apporti al “sapere” giuridico rispettano l’inconfondibile vocazione “ordinante” del diritto; sono un contributo indispensabile alla decantazione normativa di una trama ai limiti del disordine: quanto mai “impura”, mobile e multiforme³⁰.

Il ringraziamento è, dunque, palesemente doveroso: egli ci ha aiutato e ci aiuta, come pochi, a non mortificare l’intelligenza del diritto, pur nella cornice di una complessa, cangiante, inafferrabile stagione: che tanto spesso è stata infatti descritta nei termini di un esaurimento della modernità³¹.

²⁸ E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, 1. Band, Berlin, 1957, pp. 37 e 36. I passi sono richiamati da G. DE NOVA, *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e di clausole vietate: a proposito di armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 463 ss. (relazione tenuta il 26 maggio 2007 a Pisa, al convegno “Diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore”, ora in G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., 7. L’autonomia contrattuale e i limiti, 27, pp. 305 – 320, da cui sono tratte le citazioni: p. 306, note 1 e 2).

²⁹ G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., n. 7. *L’autonomia contrattuale e i limiti*, n. 27, cit., p. 311 (e, *ivi*, nota 11, un altro riferimento testuale a Ernst Rabel: *Das Recht des Warenkaufs*, cit., p. 49).

³⁰ Per tanti aspetti merita di essere segnalata un’efficace sintesi nella quale il senso pragmatico del diritto è unito a una trama di principi: la cui determinazione non vacua è affidata, a sua volta, a un insieme di ragioni che non si chiude nei recinti asfittici del legalismo stretto e dell’arbitrio mascherato, ma punta al confronto critico fra giuristi e giudici. Il riferimento è al titolo, e al merito, del saggio di C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le sezioni unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 20197 ss.

³¹ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 3-32.

In sintesi, e a modo di riepilogo: egli ci ha esortato e ci esorta a fare chiarezza sullo stato apparentemente precario e difficilmente controllabile della ragione giuridica odierna e della sua critica³².

Siamo stati così aiutati, in maniera irripetibile: a non ridire stancamente luoghi comuni insensati; a tener vivo il contatto – non meno insostituibile – tanto con la finezza delle idee quanto con il senso pratico: quali polarità costitutive della pienezza cognitiva di una vera cultura del diritto³³.

Nel mio caso, sia consentito di aggiungere che il ringraziamento – e l’ammirazione – sono anche uniti, da vecchia data, a un sentimento davvero fraterno³⁴.

³² Nelle linee generali ho già cercato di descrivere quest’insicurezza nel saggio per Giorgio De Nova: U. BRECCIA, *Principi: luci e ombre nel diritto contemporaneo*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, nuova serie, 2014, I, pp. 121 – 191 (si tratta di una delle relazioni generali al Convegno che fu indetto dalla Rivista, a Roma, nella facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, il 14-15 novembre 2014; e i cui Atti sono stati pubblicati con numero speciale).

³³ Nella premessa al *Codice civile e leggi collegate. Costituzione. Trattati UE e FUE. Codice civile. Leggi collegate*, il curatore Giorgio De Nova ci invita a non annientare del tutto il senso di un ordine che sappia rispettare l’ampio quadro delle fonti contemporanee senza smarrirne l’identità complessiva (per esempio: p. V, dell’edizione del 2012). In quelle parole – come sempre molto chiare e puntuali – si riassume un’opera intera, che ha preso avvio nella seconda metà del ventesimo secolo e che non si è dispersa negli spazi sconfinati del diritto del ventunesimo secolo.

³⁴ Credo che Giorgio De Nova abbia intuito per quali ragioni abbia deciso di dedicargli proprio le pagine nelle quali ho narrato, a mio modo, il senso del mestiere – ma pure il disagio – di chi si occupa, a vario titolo, dello stato del diritto (in tempi difficili come questi): U. BRECCIA, *Principi: luci e ombre nel diritto contemporaneo*, cit., pp. 121 – 191.

Il giudizio sulle nullità (anche inessenziali) e il Giudice “omniinspiciente”: pensieri operazionali e verificabili (nuove prove di *truthtelling* processual-civiltico)*

di Claudio Consolo

1. Nel dicembre 2014 le Sez. Un. portano a compimento (con che grado di futura stabilità, è profilo da indagare), ed a tratti meglio rifondano, il corretto percorso già iniziato nel 2012 (sent. n. 14828/2012) di *restatement* della materia delle nullità (al plurale) del contratto, dei poteri officiosi del giudice e dei modi di loro accertamento processuale. Con le due corpose sentenze gemelle nn. 26242 e 26243 (di ben più di 100 pagine ciascuna, in cui si stenta a rinvenire la distinzione tra *obiter dictum* e *rationes decidendi*, com'è forse anche comprensibile se non normale per interventi giurisprudenziali tanto attesi) le Sez. Un. vorrebbero offrire agli operatori del diritto (*in primis* al giudicante, che è il soggetto su cui in ultimo grava la pesante responsabilità della pronuncia di una sentenza sommamente ingiusta, poiché stabilizzatrice di un contratto in realtà nullo) una sorta di “decalogo”, ausilio quotidiano nell’arduo compito di scrutinio a 360 gradi di ogni possibile forma di nullità.

Oggetto di rilievo officioso, infatti, non sono solo le nullità “classiche”, che rispondono a funzioni bene assestate e chiare, e che potremmo ricondurre a queste quattro categorie: funzione “nientificatrice” (per usare la definizione del Presidente Natalino Irti) di una aspirazione contrattuale inane, con dominio legislativo sullo stesso *an* del contratto (com'è, ad esempio, per il caso classico del difetto di forma); funzione sanzionatoria, come per la nullità derivante dalla violazione di norme imperative; funzione prevalentemente inquisitoria- svelatrice, ad es. in relazione ai motivi illeciti comuni; e funzione di “approfondimento” (sottointeso: della meritevolezza del contratto), cui rispondono le previsioni di nullità per mancanza di causa, in astratto e in concreto. Non sono solo queste le nullità che il giudicante è chiamato a rilevare sempre, anche d’ufficio; nullità per solito assai chiare ed in concreto evidenti, benché esse pure può accadere passino inosservate, al modo de *La lettera rubata* di E.A. Poe, come ricorda anche Proust (*Sodoma e Gomorra*): “quegli oggetti

* Relazione al Convegno “Le nullità e l’attuale dimensione dell’autonomia privata” per la presentazione degli Studi in onore di Giorgio De Nova, tenutosi presso l’Università di Milano il 16 novembre 2015.

che semplicemente sono esposti agli occhi di tutti, passando inosservati, su un caminetto”, anzi ivi apposta esposti ... per celarli alla attenzione.

Al giudice le Sez. Un. rimettono infatti il compito di rilevare ogni possibile nullità del contratto, anche quelle che potremmo dire “inessenziali”, spesso metapri- vatistiche e/o rafforzative di *compliances* regolamentari (ormai *far beyond the essence*, e dunque l’art. 1325 c.c., direbbero bene gli inglesi). Insomma, anche quelle nullità che vengono “sparse” dalla legislazione speciale, quasi per assenza di fantasia ed a seconda delle esigenze quotidiane di lotta a questa o quella forma di non *compliance*, o di insufficiente *compliance* agli adempimenti amministrativi o fiscali o di altro genere ancora; nullità che nessuno, crediamo, possa affermare di conoscere tutte e per le quali è difficile trovare delle categorie funzionali simili a quelle sopra richia- mate, benché sarebbe a questo punto – dopo gli interventi del 2014 – opportuno se delle stesse se ne redigesse, magari dall’Ufficio Legislativo del Ministero, od altro osservatorio abilitato, un completo elenco almeno ricognitivo (un testo unico infor- male e non novativo).

2. Si tratta, ognuno lo vede, di un compito giudiziale assai gravoso, e foriero di pesanti responsabilità, perché per le Sez. Un. del 2014, anche in assenza di domanda di accertamento incidentale ex art. 34 c.p.c. (comunque facilitata in ogni modo, pur a costo di “scardinare” la logica classica ormai ventennale delle preclusioni), avremo che al più tardi (giudicati “espressi” interni a parte) all’esito del giudizio, ossia con la cosa giudicata sostanziale sulle domande originariamente proposte, la questione della nullità o non nullità del contratto verrà a stabilizzarsi tra le parti, per ogni possi- bile causa. Salvi solo i casi, che a breve vedremo, in cui la decisione sull’originaria domanda sia di rigetto nel merito attraverso il modulo decisorio semplificato della “questione più liquida”; oppure quello delle nullità di protezione (per le quali, lo ricordiamo, è statuito vigere sì il rilievo d’ufficio, ma è esclusa ogni possibilità di pronuncia anche solo “in motivazione”, ed esclusa pertanto ogni eventuale conse- guente forza vincolante tra le parti, o di giudicato implicito di non nullità scaturen- te dal silenzio delle sentenze rese nell’arco del rapporto giuridico processuale al ri- guardo).

Sul significato di questa “stabilizzazione” (termine, per ora, volutamente generico) si è sin da subito concentrata l’attenzione dei primi commentatori. Ed in effetti è forse questa, oltre al carattere auto-determinato della *res iudicanda*, la parte scien- tificamente più interessante degli interventi del 2014, quanto durevole è il quesito che tutti ci poniamo ad un anno dalla loro pubblicazione. Su questa “stabilizzazione” quindi qualcosa nuovamente qui diremo, per poi evidenziare alcuni profili proble- matici, di “giurisprudenza realistica”, ancora poco o nulla frequentati dagli interpre- ti, ma che sono destinati ad assumere un ruolo centrale, perché proprio quei profili

rappresentano i migliori indici di possibile futura tenuta di questi interventi, o di necessità di ulteriori prese di posizione giurisprudenziale.

3. La “stabilizzazione” predicata dalle Sez. Un. del 2014 anzitutto non si presenta come un accertamento con efficacia di giudicato sul rapporto fondamentale, secondo la nota, sattiana (ma con aderenti importanti anche negli ultimi decenni), teorica della c.d. pregiudizialità meramente logica (appunto di ascendenza sattiana e fortune anche non remote), non giuridica, che svaluta il ruolo di vero rapporto giuridico del c.d. rapporto contrattuale fondamentale, suscettibile di domande ed accertamenti autonomi. E questo lo possiamo dire con qualche certezza, perché le Sez. Un. apertamente dicono non convincente questo tipo di approccio (non certo assurdo sul piano intellettuale, e neppure *de iure condendo*, ma che tuttora non risponde all’art. 34 c.p.c. e alla sua scelta di fondo – per la sua genesi, da noi chioventiana e in generale di matrice tedesca, quale temperamento del § 322 ZPO, e della sua *ratio* restrittiva, ma nei soli casi tassativi di accertamento incidentale *ex lege* – che, noi pure riteniamo, ha voluto abbracciare tutti i generi di pregiudizialità *lato sensu* giuridicamente rilevanti); e poi lo dimostrano in concreto assegnando un ruolo centrale alla domanda ex art. 34 c.p.c., strumento invece posto fuori campo se l’oggetto del giudizio si allargasse automaticamente al rapporto contrattuale fondamentale, oggetto di autonoma *res iudicanda*.

Ed invero proprio sul regime temporale della domanda di accertamento incidentale molto si dilungano le due sentenze gemelle, affermandone – e condivisibilmente – l’ammissibilità per tutto il giudizio di I grado sino alla udienza di precisazione delle conclusioni (non più, dunque, entro l’udienza ex art. 183, o al massimo la prima successiva memoria). Non si giunge però – ma è un passo cui si dovrà invece arrivare, se il risultato e soprattutto il complessivo impianto del 2014 dovesse, a sua volta, stabilizzarsi – ad affermarne la proponibilità anche in appello (ove proposta, si legge invece nella sentenza n. 26243/2014, al § 8.5, la domanda andrà dichiarata inammissibile, ma si convertirà in eccezione di nullità, su cui il giudice di appello dovrà pronunciarsi allora solo in motivazione).

Questo primo benvenuto ampliamento temporale dei limiti di ammissibile proponibilità potrebbe far sorgere un dubbio: la parte potrà proporre domanda ex art. 34 c.p.c. sino all’udienza di p.c., anche ove il rilievo officioso della questione di nullità sia avvenuto già in precedenza, ad es. come dovrebbe essere fisiologico già all’udienza ex art. 183 c.p.c.; oppure l’iniziativa di parte dovrà comunque essere tempestiva, quindi alla prima successiva occasione, rispetto al rilievo officioso della questione? Propendiamo per quest’ultima soluzione, non per amore delle preclusioni, ma ad evitare tatticismi.

4. La “stabilizzazione” della questione di nullità o non nullità del contratto nemmeno può qualificarsi giudicato *tout court*, “classico”, ex art. 2909 c.c. Ovvero su una *res iudicanda*, attinto senza domanda è dunque per altra via: le Sez. Un. non abbracciano l’idea, prospettata un tempo in dottrina (v., ad es., Irti, *Risoluzione del contratto nullo?*, in *Foro Padano*, 1971, 145 ss.), che l’art. 1421 c.c. rappresenti un caso di applicazione dell’art. 2907, ultima parte, c.c., ossia di quella eccezionale previsione, autoritariamente tipica del 1940, di c.d. *iurisdictio sine actione*. Nemmeno le Sez. Un. fanno leva sull’art. 34 c.p.c. laddove, a differenza che in Germania ed in Austria tuttora arroccate su una visione liberale o almeno classica, sulla stessa linea dopotutto dell’art. 2907 prevede che si possa avere, sulla questione pregiudiziale di merito, cognizione non *incidenter tantum*, ma con efficacia piena di giudicato, anche in assenza di domanda di parte, “per legge” (salvo poi lasciare agli interpreti la ricerca di queste ipotesi di accertamento incidentale *ex lege*, del resto rimaste pochine: con un grado abbastanza elevato di certezza predicabile sinora quasi solo in relazione all’art. 124 c.c. e all’art. 35 c.p.c.).

5. Le Sez. Un. dicono che la dichiarazione, a seguito del rilievo officioso, della nullità solo “in motivazione” (poiché non vi è stata domanda ex art. 34, che ne consentirebbe la dichiarazione allora “in dispositivo”), è riconducibile ad un semplice vincolo al motivo portante (del rigetto della domanda, appunto in ragione della nullità) “zeuneriano”, benché per semplicità non selettivo come invece vorrebbe quella evocata matrice costruttivo-equitativa di conio anseatico e per certi versi tacitamente anglofilo.

Tuttavia, evocazioni testuali a parte (le Sez. Un. esplicitamente richiamano Albrecht Zeuner e la sua opera del 1959, seppur, un poco esotericamente, “aggettivandolo”) siamo in realtà, per effetto della rinuncia allo approccio casistico-selettivo dei *Sinnzusammenhang*, abbastanza lontani da quella impostazione che, al fondo, è piuttosto semplice. Essa, nella Germania del nord (Amburgo, vicina alla mentalità anglosassone e così un poco anche all’*issue estoppel* discosto dalla *res iudicata*) post-bellica e già faticosamente con approdi postpositivisti, non voleva certo tornare all’impostazione precedente, dell’epoca di Savigny, e al dibattito sull’estensione del giudicato ai motivi che lo vide perdente.

Quella teorica di taglio clinico-civilistici voleva piuttosto prendere atto che tra diritti, già e proprio sul piano sostanziale, possono ricorrere nessi di senso giuridico assai intensi, ben più della ordinaria connessione per il titolo oppure per pregiudizialità, che il processo e la aderenza del giudicato alle singole domande (artt. 2907 c.c. e 99 e 112 c.p.c.), con la sua visione necessariamente parziale, non può giungere a spezzare coonestando la violazione della buona fede. Si prospettava così una applicazione selettiva, frutto di una indagine caso per caso, del motivo portante della prima decisione in presenza di nessi di senso sostanziale

particolarmente forti (*rechtliche Sinnzusammenhang*) tra gli oggetti dei due giudizi.

Il caso più classico è proprio quello del contratto a prestazioni corrispettive: la parte che abbia ottenuto, in un primo processo, la condanna della controparte alla prestazione da quella dovuta, non potrà, ove in un altro processo convenuta per l’adempimento della controprestazione da essa dovuta e legata da nesso di sinallagmaticità a quella oggetto del primo processo, difendersi sollevando o facendo rilevare la questione della nullità del contratto, per vedersi così liberare dal vincolo. La scissione del nesso di sinallagmaticità, qui, è contraria a buona fede, sì che il vincolo al motivo portante può essere visto quasi come applicazione dell’*exceptio boni fidei*. E così anche in altre tre ipotesi, che conviene qui ricordare (già richiamate da Dalla Bontà, *Una “benefica inquietudine”. Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*, in *Il Giusto processo civile*, 2011, 891 ss., spec. 897 ss.).

Accanto a questa prima categoria (che ricorre quando tra l’oggetto della prima domanda e del giudicato cui il primo processo ha dato luogo e l’oggetto della seconda domanda ricorre un nesso di uguaglianza o scambio: *Ausgleich Zusammenhang*), il nesso teleologico (*Sinnzusammenhang*) viene da Zeuner riconosciuto anche nei casi in cui l’effetto perseguito con la seconda domanda configura sanzione all’inadempimento del primo giudicato. È questo ad esempio il caso di una successiva domanda di risarcimento del danno per inottemperanza ad un precedente giudicato di condanna inibitoria. In questa ipotesi nel secondo processo non potrà essere rimesso in discussione il diritto oggetto della prima domanda che, accolta, ha portato alla pronuncia dell’ordine inibitorio.

Altra ipotesi in termini finalistici rilevante è quella in cui la seconda domanda incide sulla regolamentazione già fissata con la prima domanda. Ad es., nei casi di pronuncia di annullamento di atti frutto di esercizio di un potere reiterabile; oppure di domande di rivendica del bene (ove si ritenga – come pare fare Zeuner – che in queste ipotesi oggetto della domanda non è il diritto di proprietà dell’attore, che rimane questione pregiudiziale di merito), e domande tese all’accertamento o alla tutela del diritto di proprietà. Quest’ultimo, riconosciuto *incidenter tantum* ma non accertato nella sua dimensione processuale, ossia bilaterale, nel primo processo (secondo l’impostazione di Zeuner, non però la nostra), non potrà essere messo in discussione nel futuro processo.

Ricorre infine un nesso di senso giuridico particolarmente forte, per Zeuner, nel caso in cui la seconda domanda persegua il fine di completare la regolamentazione già posta *in nuce* all’esito del primo processo. È questo, ad esempio, il caso di una

domanda di rivendica del bene, e di una successiva domanda volta ad ottenere il ristoro per l’occupazione abusiva protrattasi.

6. Da questa rapida e necessariamente sintetica illustrazione della teorica zeuneriana (metodologia nuova, come notarono Bonsignori e Cerino Canova mezzo secolo fa, che non ha trovato integrale seguito nemmeno in Germania, ed anzi, è stata da molti tradizionalisti “irredenti” pur lì ripudiata: ad esempio da parte di Arwed Blomeyer, mentre maggiori consensi sono venuti da una parte della giurisprudenza tedesca), emerge abbastanza chiaramente che essa predicava un approccio caso per caso, alla ricerca di un eventuale senso giuridico da preservare poiché, in determinate ipotesi, semplicemente essenziale.

Una applicazione, dunque, necessariamente *selettiva*, nutrita di *esprit de finesse*, del c.d. “vincolo al motivo portante” abbastanza lontana da quella voluta dalle Sez. Un. del 2014, che invece ne affermano una applicazione “*estensiva*”, si giunge a scrivere, diremmo indiscriminata, poiché a far scattare il vincolo, sulla *quaestio nullitatis* almeno, sarà sufficiente l’invocazione dello stesso contratto.

Si legge infatti al punto A.2, § 7.3 delle sentenze: “*il vincolo al motivo portante, peraltro, se si ammette che, in motivazione, il giudice possa, in modo non equivoco, affrontare e risolvere, dichiarandola, la tematica della validità/nullità del negozio, non si limiterà ai soli segmenti del rapporto sostanziale dedotti in giudizio in tempi diversi, ma si estenderà a tutti i successivi processi in cui si discuta di effetti scaturenti dal contratto nullo*”. Le Sez. Un. proseguono poi, candidamente mostrando le terragne ragioni di fondo di questa operatività “estensiva” a 360 gradi, parebbe, del vincolo (in ultimo non si vuole gravare eccessivamente il giudicante di uno scrutinio caso per caso), chiarendo che “*Si evita così il (non agevole) riferimento a ‘diritti ed effetti strettamente collegati al giudicato di rigetto da nessi funzionali di senso giuridico’ che renderebbe assai arduo il compito del giudice di merito*”. Non si è voluto gravare il giudicante anche di questa indagine caso per caso, pur benefica. Si è invece ritenuto più agevole (ma davvero è così? Non lo crediamo) la via del rilievo officioso indiscriminato.

7. Non solo a questo si rinuncia. Non ci si arresta, nel dicembre 2014, alla previsione di una applicazione generalizzata del vincolo al motivo portante dell’accoglimento o rigetto della domanda. Le Sez. Un. vanno ben oltre: il vincolo (in tanti o pochi casi, in futuro, dopo il 2014, non saprei dirlo) può originarsi non dal motivo portante (espreso, dunque) della prima decisione, ma da una presunzione quanto ad un astratto dover essere – cioè al dover verificare tutti e ciascuno dei non pochi motivi di possibile nullità e, *cum salto*, dare allora per verificato – in ordine al contegno cognitivo del giudicante, pur nel silenzio dei verbali di causa, delle sue ordinanze, della sentenza infine e soprattutto.

Al silenzio della sentenza sulla nullità viene riconosciuta, senza tema di aprire alle *fictiones*, valenza decisoria “in potenza”: v. § 7.3, lett. B, sentenze: “*Mancata rilevanza ex officio della nullità da parte del giudice. 1. Il giudice accoglie la domanda (di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento): la pronuncia è idonea alla formazione del giudicato implicito sulla validità del negozio (salva rilevazione officiosa del giudice di appello [o, soggiungiamo, della S.C.]); 2. Il giudice rigetta la domanda: si forma il giudicato implicito sulla validità del contratto, salvo il caso in cui la decisione risulti fondata sulla c.d. ‘ragione più liquida’*”. E ancora (§ 5.2.4., sentenze): “*l’argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su un determinato punto ha evidentemente risolto in senso non ostativo tutti quelli il cui esame doveva ritenersi preliminare a quello esplicitamente deciso, pur apparendo persuasivo, va opportunamente temperato. Non sempre il rispetto dell’ordine logico nella trattazione delle questioni esprime una scelta di efficienza e coerenza processuale ...*”, così, appunto, per il caso in cui si scelga il modulo decisorio che si fonda sulla c.d. questione più liquida.

Insomma, se nulla dice la sentenza di I grado, e se la questione della nullità non verrà sollevata – d’ufficio o su eccezione di parte – in fase di gravame, il giudicato sostanziale che si formerà sul rigetto nel merito o sull’accoglimento della domanda rivelerà, ora per allora, una implicita (ma vincolate) valutazione di non nullità del contratto. Salvo, per le Sez. Un. del 2014 (che rettificano qui una qualche maggior absolutezza di quelle del 2012, ancor più favorevoli al giudicato implicito, ma – senza domanda – non a quello esplicito, si noti il curioso chiasmo!), l’adozione, per il rigetto nel merito, della via più breve ed economica, in questo senso ex art. 187 c.p.c. doverosa e semplificata rispetto all’art. 277 c.p.c., della questione più liquida.

8. Siamo quindi assai lontani dal clima storico e geografico ispiratore di Zeuner e dalla sua teorica del vincolo al selettivo (aggettivo che si è “perso”) al motivo portante che sia snodo dei due “corni” di un unico equilibrio giuridico, come appunto, lo si è visto, nelle obbligazioni sinallagmatiche (non rateali, come subito si mostrerà).

Alcuni ulteriori esempi di applicazione “diversificata”, “italian style” della teorica zeuneriana potranno risultare utili.

Un primo potrebbe essere quello della domanda di adempimento ad una delle varie rate del contratto, rigettata a motivo della nullità del contratto, “dichiarata solo in motivazione”, in assenza di una apposita domanda di accertamento incidentale ex art. 34 c.p.c. In questa ipotesi, seguendo la logica zeuneriana pura, si dovrebbe escludere l’esistenza di un vincolo al motivo portante rilevante in un eventuale futuro giudizio che sia teso ad ottenere l’adempimento di una ulteriore rata dello stesso

contratto. Certo, il convenuto nel primo processo, che abbia visto rigettare a motivo della nullità la domanda avversaria di adempimento a quella specifica rata, non potrà poi agire a sua volta in giudizio per ottenere la controprestazione legata da nesso sinallagmatico a quella fatta valere dalla controparte negoziale e ad essa negata (ricorre in questo caso sì la logica di “scambio” richiamata da Zeuner). Ma nessun nesso di senso giuridico sufficientemente forte ricorre qui per poter dire che, rigettata a motivo della nullità del contratto la domanda relativa all’adempimento di una delle rate, anche ulteriori domande relative al pagamento di rate diverse possano dirsi precluse. Se però un caso analogo si ponesse da noi, alla luce dell’impostazione delle Sez. Un., il giudice del secondo processo, quello relativo ad altra rata, dovrà considerarsi vincolato dalla decisione resa nel primo processo, e così rigettare (si vedrà poi in che modo, e con che formula) la domanda della parte a motivo del “vincolo” al motivo portante (nullità del contratto) della precedente decisione resa tra le parti.

Lo stesso vale nell’ipotesi in cui una parte agisca con domanda di annullamento del contratto, rigettata a motivo della rilevata (ma non dichiarata in dispositivo) nullità del contratto. Anche qui, ci pare che seguendo la logica zeuneriana si debba giungere ad escludere che il motivo portante del rigetto della domanda di annullamento possa essere invocato in un successivo giudizio in cui la stessa parte (od il convenuto del primo processo) chieda, ad esempio, la condanna della controparte ad adempiere a quel contratto. Il diritto oggetto della domanda che dà origine al secondo processo, non è infatti legato, sul piano sostanziale, da un nesso di sinallagmaticità con il potere di azione costitutiva esercitato nel primo processo. Eppure anche qui le Sez. Un. invece rinvencono una statuizione di nullità vincolante (tra le sole parti del processo) in ogni ulteriore giudizio in cui venga in senso lato azionato il contratto.

9. Proprio quest’ultimo esempio evidenzia poi quello che è per noi l’unico motivo di (pacata) lontananza rispetto all’impostazione delle Sez. Un. del 2014. Avevamo infatti in precedenti occasioni (così, ad esempio, in *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 941 ss.) sostenuto che il rilievo officioso della nullità andasse escluso a fronte di domanda di annullamento, o anche di rescissione del contratto. E, per le ragioni che subito diremo, lo sosterremmo ancor oggi guardando alla logica zeuneriana pura, e non “in salsa italica”.

Questa esclusione, ovviamente, non si basava certo sul fraintendimento banale e naturalistico per cui il contratto nullo possa essere costitutivamente annullato. Era ed è a tutti chiaro che secondo statica logica elementare così non sarà mai. Il profilo rilevante, però, era un altro, chiarito dal seguente quesito: ha davvero senso rigettare la domanda di annullamento, magari di evidente fondatezza, a motivo della rilevata nullità del contratto?

Le Sez. Un. rispondono sì, ed oggi forse in effetti questo scrutinio sulla nullità, pur quando l’attore deduca una invalidità “minore” del contratto, lo si può ammettere poichè menocontroproducente. Questo però solo perché vi è il contestuale riconoscimento di una efficacia vincolante di massima ampiezza della decisione sulla nullità, per quanto espressa “solo in motivazione”, sì che colui che si vede rigettare la domanda di annullamento a motivo del rilievo officioso della nullità del contratto non resta vincolato al contratto, non stringe in mano il nulla decisorio. Meglio: vi resta vincolato (poiché ancora nessuna rimozione dell’apparenza del contratto, con efficacia dichiarativa trascrivibile, vi è stata), ma almeno è certo del *prae-iudicium* nei riguardi dell’esito di un nuovo processo che riguardi quello stesso contratto (salvo i mancati effetti degli artt. 2653, n. 6 e 1445 c.c.).

Seguendo la logica zeuneriana del vincolo al motivo portante, cui da lustri noi si accede, però, la risposta al quesito avrebbe dovuto essere negativa: che una parte resti vincolata ad un contratto dal quale ha mostrato di volersi sciogliere, poiché v’è un’altra, astrattamente e qualitativamente “migliore” e più radicale, ragione di liberazione, non è conforme a sistema. Non è in linea con l’art. 111 Cost., ed il principio della ragionevole durata del processo; neppure con la necessità – evidenziata da ultimo anche dalle più recenti Sez. Un. sull’ammissibilità di nuove domande purché concorrenti o complanari (sent. n. 12310/2015, su cui v., *si vis*, il ns. *Le S.U. aprono alle domande “complanari”: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corr. Giur.*, 2015, 968 ss.) – che l’esperienza processuale sia il più possibile unica e risolutrice per la parte. Tanto più che gli effetti dell’annullamento sono retroattivi quasi quanto quelli della nullità (e non solo, ex art. 1445 c.c., per l’incapacità legale, caso raro), e molti suoi motivi erano un tempo, com’è noto, motivi di nullità. Si tratta, dopo tutto, di domande esse pure quasi complanari, entrambe non implementative ma ablative del programma negoziale, sì che l’attore, se vorrà, potrà “aggiungere”, ex art. 34 c.p.c., la domanda di declaratoria di nullità come domanda principale, rispetto a quella di annullamento, e quindi trascriverla, ove la questione sia stata *hopefully* rilevata da giudice ex art. 183, co. 5, c.p.c.

10. Ma allora, e volendo cimentarsi in un compito “definitorio”, se la “dichiarazione solo in motivazione” della nullità non è un vero e proprio giudicato (attingibile anche per le Sez. Un. solo con domanda ex art. 34 c.p.c.), e non è neppure solo un vincolo selettivo al motivo portante della prima decisione, come si potrà definire questa amplissima stabilizzazione in vista di liti future? Nella consapevolezza della validità solo stipulativa di qualsivoglia definizione – senza girarci intorno, abbiamo qui l’embrione di una figura nuova – abbiamo creduto di poterla definire come una preclusione extraprocessuale per le parti, basata sulla buona fede, a rimettere in discussione i presupposti di una decisione che le ha avvantaggiate. Il che potrebbe es-

sere anche accettabile, purché le parti siano bene avvertite degli effetti comunque ad ampio spettro anche della sola “dichiarazione in motivazione”, e financo del silenzio e quindi della conseguente preclusione implicita.

Accanto alla questione “definitoria”, certo importante, ve n’è un’altra centrale: come opererà questa preclusione extraprocessuale in altri giudizi. È da ritenere si tratti di eccezione in senso lato sostanziale (e non processuale, come sarebbe – secondo l’impostazione maggioritaria, e per noi preferibile – solo l’eccezione di preclusione da *ne bis in idem*); la logica sottesa a questa preclusione è infatti assai vicina a quella dell’effetto conformativo (non preclusivo, appunto) del giudicato, che opera sul terreno delle argomentazioni meritali, quale questione preliminare di merito, e non, a monte, processuali, come questione pregiudiziale di rito.

Sin qui, diremmo, nessuna grave incertezza. Maggiormente problematica è l’operatività di questa preclusione nell’ipotesi di processi “paralleli”, ossia quando risultino pendenti due diversi giudizi in entrambi i quali si discorra, seppur a diversi fini, del contratto, sempre senza domanda ex art. 34 c.p.c. Ci si potrebbe chiedere se vi sia un meccanismo per consentire il coordinamento tra questi giudizi, al di fuori dei casi, all’evidenza, in cui un coordinamento sia reso possibile già in ragione dell’oggetto dei due diversi giudizi, che consentano l’applicazione degli istituti della riunione, oppure della continenza c.d. qualitativa, oppure ancora (ove non operino i primi) della sospensione necessaria per pregiudizialità ex art. 295 c.p.c., od infine – ove nel processo “pregiudicante” già sia stata resa sentenza di I grado, seppur ancora passibile di impugnazione o anche impugnata – dell’art. 337, co. 2, c.p.c., secondo l’impostazione additata dalle Sez. Un. del giugno 2012 (sent. n. 10027 del 19.6.2012). È chiaro che ove gli oggetti dei due giudizi consentano già essi stessi un loro coordinamento, nessun ulteriore problema potrebbe porsi, ove però ciò non avvenisse (si pensi al caso in cui siano state proposte domande “incrociate” di adempimento, rese pendenti in tempi diversi tanto da non consentire la riunione dei due giudizi), allora ci si dovrà interrogare su come quella preclusione relativa alla soluzione della questione di nullità dovrà operare. La risposta per noi dovrebbe essere la seguente: ogniquale volta la preclusione si formerà, essa opererà nel processo eventualmente ancora pendente, a mò (ma il parallelo finisce qui) di un giudicato esterno rilevante formatosi nel corso del giudizio. Quanto al momento in cui questa preclusione potrà dirsi formata, questo dipenderà dal concreto svolgimento del processo. Se il rilievo officioso dovesse avvenire già in I grado, con dichiarazione della nullità “solo in motivazione”, oppure con silenzio della sentenza sulla nullità del contratto ove però la pronuncia dia esplicitamente atto dell’avvenuto rilievo della questione (evenienza che, per le Sez. Un., mostrerà che la questione, pur rilevata ed indagata, è stata poi ritenuta infondata), e nessuna delle parti proponga appello al riguardo, la preclusione si formerà già nel passaggio tra il primo ed il secondo grado. Oppure, mutato quel che vi è da mutare, nel passaggio

dall’appello al giudizio per cassazione, il cui esito, comunque (anche ove di rinvio) stabilizzerà la questione una volta e per sempre. Per l’ipotesi invece di “silenzio” della sentenza di I grado (che nulla dica nemmeno sull’avvenuto rilievo officioso della questione), poiché per le Sez. Un. il “giudicato implicito” di non nullità del contratto emergerà solo al momento del passaggio in giudicato sostanziale della decisione sulla domanda originaria (sarà sempre possibile, sia al giudice di appello che alla S.C., rilevare d’ufficio la questione), è a questo momento (o, al più, alla pronuncia di una sentenza di cassazione con rinvio, che comunque precluderà al giudice di rinvio il rilievo officioso della questione di nullità non rilevata dalla Corte) che si dovrà guardare.

11. Insomma, le Sez. Un. riscrivono profondamente il ruolo del giudice nell’indagine sulla nullità del contratto, onerandolo del compito di rilievo officioso della questione ben oltre i limiti “tradizionali”, sia sotto il profilo del catalogo delle nullità rilevabili (tutte, nullità di protezione incluse, ferme le diverse conseguenze che la scelta della parte “protetta” di non svolgere domanda ex art. 34 c.p.c. avrà sulla successiva dinamica processuale, escludendo anche la sola dichiarazione “in motivazione”), sia sotto il profilo dell’ambito di rilevanza. Andando oltre quanto già statuito nel 2012, le Sez. Un. del 2014 affermano infatti che il rilievo officioso dovrà operare non solo a fronte di domande di adempimento del contratto, e di sua risoluzione (risultato acquisito con la sent. n. 14828/2012, chiamata espressamente a pronunciarsi sul punto), ma pure ove la parte abbia proposto domanda di invalidazione costitutiva del contratto, annullamento o rescissione dunque, ed anche domanda di declaratoria di nullità ma per diversa ragione da quella poi ritenuta sussistente dal giudicante.

Viene così superata la tradizionale ritrosia della giurisprudenza, da sempre ferma nell’escludere dal novero delle domande idonee a far scattare il rilievo officioso quelle di annullamento e di rescissione (ondivaga, invece, la posizione in relazione alle domande di risoluzione del contratto, che per noi avrebbero dovuto determinare l’onere di rilievo officioso, poiché, al pari delle domande di adempimento, al giudice è qui richiesto di dare vigore al contratto; com’è poi stato riconosciuto). Ritrosia in ultimo – e ferma la non condivisibilità delle argomentazioni a suo sostegno (il rilievo officioso, sino a che non sfoci in una declaratoria, possibile solo a fronte di domanda di accertamento incidentale, non viola il principio della domanda, come già da tempo faceva notare, ad es., Rodolfo Sacco) – comprensibile: ad essa era sotteso infatti il rifiuto di offrire un apporto di aiuto (oggettivamente) prezioso, e, dopo tutto, sentito come immeritato, contrario al costume ed al rango del giudice, ad una delle parti. Specie all’onerato attore, e specie nei casi – che erano poi quelli dove il rifiuto al rilievo officioso era netto – in cui questi avesse mostrato con la sua domanda di volersi liberare dal contratto, ma non avesse scelto la via “corretta”, cioè quella della nullità, od anche un certo motivo di nullità,

anziché un altro infondato. Sulla scorta poi, ovviamente, dell’idea – ormai ampiamente superata, però – che il rilievo officioso della nullità avesse caratteri più invasivi della semplice funzione impeditiva dell’accoglimento della domanda, e si avvicinasse molto alla vera e propria dichiarazione su domande, ossia con efficacia di giudicato.

12. È innegabile, però, che l’art. 1421 c.c. lo si comprende e giustifica appieno quando le nullità oggetto di rilievo officioso sono quelle ristrette ed essenziali, le nullità “classiche”. Meno a fronte di nullità speciali, come quelle ricordate in apertura.

A ben vedere, mostravano di averlo percepito anche le Sez. Un. del 2012 che, benché solo *in obiter*, sembravano porsi proprio nella direzione dell’esclusione, dal campo di applicazione dell’art. 1421 c.c., delle nullità speciali, e soprattutto di quelle di protezione. Per vero, mostrano di averlo in parte percepito anche le Sez. Un. del 2014, con la loro ingegnosa soluzione....intermedia, là dove esse hanno sì onerato anche in queste ipotesi il giudice del rilievo officioso della nullità, salvo poi però escludere che – in assenza di domanda di accertamento ex art. 34 c.p.c. della parte “protetta” – la nullità possa anche solo essere “dichiarata in motivazione”. Ove manchi la domanda di accertamento incidentale, la rilevata nullità non potrà venire in rilievo quale ragione di rigetto della domanda originariamente proposta, e resterà in futuri giudizi questione impregiudicata. Si consegna così, è bene notarlo, al soggetto protetto un potere monopolistico non da poco: quello di usare, se e quando più gli farà comodo, la nullità che sa, perché gli è stato evidenziato, assai probabilmente esserci; un deterrente per la parte “forte” a bene formulare contratti sensibili.

13. Nullità di protezione escluse, resta però che il silenzio della sentenza di merito (magari protrato per tre gradi, e quindi di un certo peso, ma non necessariamente frutto di maturata scelta) sulla nullità del contratto, varrà a “blindare”, una volta e per sempre, quel contratto. Ed è proprio questo il profilo dell’intervento del 2014 che meno ci convince (e che già prima del 2014, avevamo auspicato non ricevesse omologazione dalle Sez. Un.: v., *si vis*, il ns. *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?*, in *Corr. Giur.*, 2013, 968 ss.).

Questo “giudicato implicito”, perché in ultimo proprio di questo si tratta per le Sez. Un., che nasce dal silenzio, parrebbe volersi giustificare alla luce dell’impostazione wittgensteiniana (liberamente da noi parafrasata) per cui di ciò che sarebbe fin banale e scontato parlare, si deve tacere. Ci piacerebbe pensare che sia così, e che il silenzio incorpori una rapida ma accurata rassegna, da parte di tutti i protagonisti del processo, di tutte le possibili forme di nullità ... ma questo, come in

altra occasione abbiamo avuto modo di dire, ha un sapore di *wishful thinking* ot-tativo.

14. E veniamo così ad alcune considerazioni che ancora, ci pare, non hanno ac-ceso i dibattiti, ma che non potranno restare a lungo, senza danno, troppo nell’om-bra, specie nell’ottica di vagliare la futura tenuta di questi importanti interventi del 2014, e capire se – ad opera delle stesse Sez. Un., o magari di una concorde giuri-sprudenza delle Sezioni semplici – ci si deve in un medio-breve periodo attendere ulteriori sommovimenti di questa magmatica materia.

Questioni operazionali ve ne sarebbero molte; se ne possono però indicare, per intanto, almeno cinque.

Nell’ambito del dibattito generato dalle sentenze gemelle del 2014, finora non pare essere stato toccato il problema che potremmo definire di “giurisprudenza realistica”: è davvero esigibile dal giudice di I grado, già all’udienza ex art. 183 c.p.c., a fronte dei non molti atti (citazione e, forse, comparsa di costituzione e risposta), ed ancor meno documenti, a sua disposizione, un capillare, quasi “tattile”, scrutinio di tutte le possibili forme di nullità, classiche e “speciali”, che potreb-bero affliggere il contratto? Pena, se non le rileva all’esordio del processo, ma solo in fase avanzata, magari quando già la causa è transitata alla fase decisoria, l’utiliz-zo del meccanismo di cui all’art. 101, co. 2, c.p.c., e la rimessione della causa in trattazione con concessione alle parti di apposite memorie, e – se vi sarà necessità – riapertura anche della fase istruttoria. Pena poi, se il giudice di I grado non si avvede della possibile nullità del contratto nemmeno in fase decisoria, di onerare il giudice di appello e poi la Corte di Cassazione del rilievo officioso (sfumata però ormai, per le Sez. Un. anche in appello, la possibilità di formulare domanda ex art. 34 c.p.c., e, se del caso, trascriverla), dando luogo a gravi diseconomie. E pena infine, se né il giudice di I grado, né quello di appello, né la S.C. si avvedano della nullità del contratto, ed il tema mai venga affrontato, comunque la stabilizzazione a 360° e per sempre del contratto, magari invece nullo. Sulla compatibilità di que-sta possibile “blindatura” involontaria del contratto con il nostro sistema, ancora mancano approfondimenti.

Così come ne mancano in relazione alla compatibilità di questo potere-dovere di rilievo officioso, con il rito sommario di cognizione, introdotto nel 2009 agli artt. 702-bis ss. c.p.c., ed esteso dal D.lgs. n. 150/2011 di riordino dei riti specia-li alla assoluta maggioranza dei riti oggetti di razionalizzazione. Nel rito somma-rio, codicistico o da D.lgs. n. 150/2011, mancano infatti le tre memorie chiarifi-catrici, e dagli atti introduttivi si dovrebbe passare tendenzialmente all’udienza, preludio poi della decisione (anche l’udienza di p.c. appare snodo ipertrofico). Anche questo è profilo operativo da verificare, soprattutto per la valorizzazione

che del rito sommario di cognizione il legislatore (e non solo) ha mostrato, e mostra di voler fare. Si pensi, ad esempio, all’art. 183-bis, c.p.c., introdotto dalla legge n. 162/2014, che ha riconosciuto al giudice la possibilità di disporre il mutamento di rito (non da sommario ad ordinario, come già prevedevano gli artt. 702-bis, ss. c.p.c., ma) da ordinario a sommario. E si pensi ancora alla previsione, contenuta nella Legge di Stabilità, che vorrebbe indicare il ricorso al rito sommario come condizione di futura accessibilità all’indennizzo della Legge Pinto, e via da privilegiare. La previsione, nata al MEF per vero, ove divenisse legge, assai probabilmente aprirà la via ad ulteriori interventi in tal senso: non è improbabile che verrà prevista la necessità per il giudicante non solo di bene giustificare – magari anche a fini disciplinari – per quale ragione ritiene che la causa, originariamente instaurata con il rito sommario, vada invece trattata nelle forme del rito ordinario; ma addirittura di motivare perché la domanda, introdotta con il rito ordinario, non possa essere invece trattata e decisa, ex art. 183-bis c.p.c., con il rito sommario.

Ed allora, ci si deve interrogare sulla capacità di questo rito di “ospitare” il rilievo officioso della questione della nullità con le pregnanti e gravi conseguenze (possibile stabilizzazione di un contratto invece nullo) riconosciute dalle Sez. Un.

Ed ancora (e siamo al terzo profilo di indagine) è ormai noto che esiste già un progetto di riforma del codice di procedure civile, c.d. Progetto Berruti, della commissione parlamentare presieduta dal Presidente della Prima sezione della Corte di Cassazione Berruti, e che questo progetto prevede molte e molto importanti modifiche soprattutto al libro II del codice di rito. Certo è vero che la legge delega ancora manca, ma nulla esclude che alla sua approvazione possa giungersi a breve.

Ebbene, se alla fine il Progetto divenisse decreto legislativo, avremmo – per sommi capi – un nuovo rito, che muterebbe profondamente il ruolo del giudice: dopo gli atti introduttivi, il giudicante dovrebbe infatti precipitarsi a formulare una sorta di “prognosi decisoria”, che le parti potranno sì accettare, ma che – se intendessero rifiutarla – esigerebbe una sorta di opposizione, in mancanza della quale quella prognosi allo stato degli atti si trasformerebbe in decisione sommaria. Un genere di processo assai diverso da quello pensato dalla legge n. 353 del 1990, su cui è indubbiamente tarata la coppia di sentenze del dicembre 2014.

Quelle sentenze infatti, nel riconsiderare il ruolo del giudice davanti alla questione della nullità del contratto, partono proprio, a ben vedere, da considerazioni di diritto processuale civile: dal principio del contraddittorio, dall’articolazione attuale della fase di trattazione come congeniata dall’art. 183 c.p.c., da una atmosfera abbastanza ariosa che la legge n. 353 del 1990 aveva previsto, e dalla quale un poco già ci siamo allontanati con le modifiche del 1995, su cui molto aveva

influito Giuseppe Tarzia, proprio da Milano, e poi più ancora con le modifiche del 2005. È chiaro però che se cambia il volto del nostro processo civile, e diviene un processo di stampo “paternalistico”, in cui il giudicante ha (meglio: deve avere) per mira soprattutto la deflazione, attraverso quella proposta di mediazione capace di trasformarsi in decisione opponibile, siamo molto lontani dal contesto in cui il potere di rilievo officioso della nullità è stato così pervasivamente modulato.

E già oggi, nell’ambito del rito ordinario come voluto dalla riforma del 2005, con udienze di trattazione che, è noto, anche per il carico di lavoro dei singoli magistrati, durano pochi minuti, e dove anche la fase istruttoria, di raccolta delle prove testimoniali, è spesso affidata a diversi magistrati, o addirittura a GOA, ha davvero senso pensare che il giudice possa essere caricato del ruolo di “scopritore” delle nullità, anche di quelle più *nuancées*, magari nuove ed oggettivamente poco note?

E poi (quarto profilo), la possibile “blindatura” silenziosa del contratto, e più in generale il meccanismo dell’art. 1421 c.c., è compatibile con il decreto ingiuntivo non opposto? Nessun dubbio, ovviamente, che la questione possa porsi ed operare secondo le indicazioni delle Sez. Un. nel successivo giudizio di opposizione. Ma se opposizione non viene svolta, la stabilizzazione predicata dalle Sez. Un. si avrà anche in questo caso? Ovviamente no; ma nascono comunque interrogativi sistematici sul relativo ... quasi giudicato.

15. Anche altri sono i profili di stabilità su cui è necessario interrogarsi. Uno (e siamo al quinto profilo) attiene alla omologabilità a livello europeo di questo modello di giudice “omnisciente”, certotino scopritore di nullità, che rischierebbe, è da credere, di essere visto come una anomalia, quasi bizzarra e screditante, specie se poi intervenisse ... “secondo che avvinghi” minossianamente.

Nel panorama europeo, la figura di giudice che possa (meglio: debba) d’ufficio rilevare le nullità, anche a fronte di domande di invalidazione negoziale, e anche a fronte di nullità non classiche ed essenziali, è certamente un *unicum*. Questo approccio, che è anche il nostro approccio dottrinale ed in cui indubbiamente ci identifichiamo, non è però quello che domina nei paesi anglosassoni. E non è neanche quello che domina, *tout court* almeno, in Francia, dove per effetto di un diverso regime di ciascuna nullità, il giudice ha poteri maggiori o minori, tarati sull’importanza in concreto della specifica forma di nullità. Secondo un teorica che Rodolfo Sacco chiama dell’atomizzazione. Anche in Germania la situazione è alquanto diversa. Lì, in forza del par. 139 ZPO, è più blandamente previsto un potere/dovere di illustrazione dei *Gesichtspunkten* che, se trascurato, consente l’accesso al gravame (assai filtrato). Com’è emerso in occasione di un convegno trentino, in Germania la questione della nullità si pone comunque “di tanto in tanto”, dal che si può anzitutto

desumere che vi siano molte meno nullità, e che tendenzialmente quest'onere così importante per il giudice di rilevarle non sia sancito con quella forza con cui viene sancito da noi, in questi ultimi cinque anni.

In Italia, oggi, l'impostazione è assai differente: il rilievo officioso delle nullità, lo si è visto, è generalizzato, copre qualsiasi forma di nullità e con effetti ad ampio e indiscriminato spettro.

16. Ai nostri operatori del diritto tutti, si presenta quindi una soluzione, quella delle Sez. Un., che pare un poco alla tedesca, ma che alla tedesca (zeuneriana pura) certamente non è; che non è alla francese e che certamente è lontanissima da quella anglosassone, dove il giudice potrà certo stimolare la "fantasia" dei *barristers* sulla questione della nullità, ma non la potrà prospettare lui stesso, e nemmeno arricchire la sua decisione di qualificazioni giuridiche non prospettate dalle parti. Si prospetta quindi una situazione di grave isolamento dal punto di vista dell'integrazione giuridico-europea su questo profilo della dinamica processuale della nullità.

Ed anche dal punto di vista dell'analisi economica del diritto la nuova via tracciata dalla Sez. Un. del 2014 è probabilmente destinata a rivelarsi poco fruttuosa, poiché ne deriverà, è da credere, un allungamento dei tempi del processo, anche in vista di accertamenti incidentali relativi a nullità da *compliance* "barcollante".

Più in generale, si aspettano nuovi contributi dei comparatisti, nuove ennesime norme processuali, l'attenzione della Commissione europea, del CSM e chissà che altro ancora; e intanto la prognosi di durezza della nuova, pur per più versi ammirabile, congegnata *Lehre* la diremmo riservata e ... travagliata o, se si preferisce, arrovellata.

Giorgio De Nova e lo studio della nullità contrattuale*

di Enrico Gabrielli

SOMMARIO: 1. Premessa. “La nullità secondo De Nova”. – 2. Creature semantiche e metafore. – 3. Autonomia privata, tipo contrattuale e norme imperative. La “nullità ricostruita”. – 4. Nullità e norme imperative di protezione. La nullità da “strumento di tutela a tecnica di gestione del contratto”. – 5. Norme imperative e “contratto alieno”. – 6. Il contratto alieno nel diritto italiano: un nuovo percorso. – 7. La “nullità partecipata”. – 8. Un ringraziamento.

1. Quando gli allievi di Giorgio De Nova – Gregorio Gitti, Francesco Delfini e Daniele Maffeis – mi hanno cortesemente invitato a partecipare a questo lieto evento, non mi hanno solo chiesto di trattare il tema della nullità, ma mi hanno anche detto “considerato che siete vecchi amici e che, come compagni d’armi, da decenni difendete insieme in cassazione, noi vorremmo che tu raccontassi del nostro maestro anche qualcosa di più personale, qualcosa che hai vissuto da vicino e che quindi vada oltre i meri temi dell’invalidità del negozio o del contratto”.

Ho quindi deciso che non parlerò della nullità, non solo poiché sono tendenzialmente un ribelle, perché altri e meglio di me lo hanno già fatto, e lo faranno dopo, ma soprattutto per la assorbente ragione che questa giornata è dedicata a Giorgio De Nova, e quindi nella mia rappresentazione oggi è la sua festa di studioso.

Parlerò dunque della “nullità secondo Giorgio De Nova”, per come emerge dalla lettura dei suoi scritti, ma ne parlerò tenendo conto che se è vero che è il tono che fa la musica, il tono di una festa che si rispetti non può scendere al di sotto dell’“allegro ma non troppo”, e quindi distinguerò il tema della nullità, con riguardo al nostro festeggiato, su due differenti piani di osservazione: la nullità “ricostruita”; la nullità “partecipata”.

Ovviamente si tratta di piani di valutazione che per un verso, e per qualche aspetto, inevitabilmente sono destinati a sovrapporsi e ad intrecciarsi.

2. Una premessa, che serva anche come chiave di ascolto di questo breve e disordinato discorso, è però d’obbligo e riguarda lo stile del giurista, che anzitutto è anche, ed inevitabilmente, lo stile dell’uomo e dello studioso.

Quello di De Nova è uno stile chiaro, asciutto, sintetico, ma anche uno stile, nella riflessione e nella ricostruzione, originale ed innovativo che si esprime nella

* Relazione al Convegno “Le nullità e l’attuale dimensione dell’autonomia privata” per la presentazione degli Studi in onore di Giorgio De Nova, tenutosi presso l’Università di Milano il 16 novembre 2015. L’occasione ne spiega, e giustifica, il tono personalistico e discorsivo.

creazione sia di figure concettuali e semantiche, sia di metafore, ma soprattutto è lo stile di chi è attento alla “fenomenologia del reale”, (non a caso il termine “fenomeno” ricorre di frequente nella prosa di De Nova); attento cioè a cogliere le novità che la concreta esperienza giuridica sottopone alla osservazione e alla riflessione del giurista, nella completezza della sua dimensione accademica e forense.

Mi riferisco “tra le creature semantiche” di De Nova, ad esempio, all’enucleazione, nella materia del contratto, della nozione di “connotazione”, termine che viene coniato per indicare il caso in cui è essenziale garantire la corrispondenza tra *nomen* e contenuto del contratto.

E’ il caso, osserva De Nova, di alcune disposizioni presenti nel T.U. della legge bancaria (ad es. artt. 117.8) nel quale si prevede la possibilità per la Banca d’Italia di «descrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difformi sono nulli»¹.

Al riguardo si è osservato, da un lato, che in questo caso non ci si troverebbe «in presenza di una tipicità degli strumenti, intesa come numero chiuso», poiché la formulazione della norma non escluderebbe che le parti possano ricorrere a strumenti diversi; dall’altro, che non ci si troverebbe neppure in presenza di un procedimento di tipizzazione, poiché non sarebbe rinvenibile né una riconduzione dei casi presenti nella prassi a tipi legali già conosciuti, né ad un’ipotesi di recezione mediante una disciplina legislativa o di fonte secondaria di casi offerti dalla prassi e non ancora regolati; né tanto meno si potrebbe pensare ad un caso di controllo preventivo ad opera della Banca d’Italia. Si tratterebbe, invece, secondo De Nova, di un diverso fenomeno: «la prescrizione delle caratteristiche che un titolo o un contratto devono possedere per poter essere indicati con un determinato *nomen*» e quindi di un fenomeno per il quale si potrebbe parlare, appunto, di «connotazione».

Tra le metafore una delle più suggestive è indubbiamente quella del “contratto alieno”, che (in ossequio alla richiesta di “personalizzazione” degli allievi di Giorgio) merita una parentesi.

Pochi infatti sanno che il contratto alieno è nato probabilmente sul terrazzo di casa mia, dopo una delle nostre classiche cene concluse con una altrettanto classica “grappa secca”.

Durante una mite serata di inizio estate, infatti, il nostro festeggiato, (il quale, non essendo stato io suo studente, seppure *ratione aetatis* avrei potuto esserlo, ha sempre avuto, secondo me, la tentazione di farmi l’esame di istituzioni di diritto privato) mi chiese a bruciapelo: tu lo sai che cosa è un contratto alieno?

Lì per lì ho subito pensato che la grappa fosse stata “troppo secca” e che quindi avesse già prodotto i propri dirompenti effetti, e quindi ho replicato modulando la risposta sullo stesso tono: “certo che lo so: è quello concluso tra due marziani !!!”

¹ *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 937 – 938.

A quel punto è nata tra noi una delle nostre altrettanto solite discussioni, che si protraggono fino a quando la definitiva “evaporazione della grappa” (dalla bottiglia o dai bicchieri) non ne sancisce la fine e durante il quale il “contratto alieno” mi è stato svelato ed anticipato.

Dopo qualche tempo mi vedo infatti recapitare per mail in anteprima il testo del primo lavoro del 2006² sul tema e scopro che il contratto alieno è divenuto, grazie a Giorgio De Nova, una nuova metafora del diritto dei contratti, poiché, parafrasando il linguaggio proprio delle metafore³, la nozione di contratto, diviene “il dominio sorgente” e l’aggettivo “alieno” diviene il dominio bersaglio, ma entrambi i termini indicano con una suggestiva sintesi un fenomeno sempre più diffuso, e sempre più rilevante, nel nostro attuale diritto dei contratti.

Assistiamo così ad una singolare vicenda: quella di un giurista il quale con l’indagine sul tipo contrattuale e sul metodo tipologico ha cercato di scardinare il rilievo della fattispecie e della sua sussunzione nel tipo, al punto tale di poter in seguito descrivere un processo di “fuga” dalla fattispecie, ma che al tempo stesso ha paradossalmente ricostruito all’interno del sistema nuove fattispecie, qualificabili e classificabili come tali, se non dal punto di vista dogmatico, per usare una terminologia un tempo in voga, ma sicuramente dal punto di vista della capacità descrittiva del termine e quindi della sua utilizzabilità sul piano delle convenzioni nominalistiche.

Giorgio De Nova ha dunque avuto, come accade raramente, la capacità di rinvenire nello studio del diritto vivente fattispecie e figure nuove, che ha descritto e ricostruito ma senza forzarne il senso e la collocazione all’interno del sistema, nella consapevolezza che “l’importanza relativa dei temi che si pongono in materia di contratto varia nel tempo”, e quindi occorre concentrarsi su quelli che in ogni singolo momento storico sono “più vivi: come la forza di legge del contratto, il controllo sul contenuto, il controllo sull’equilibrio contrattuale, il controllo sulla parità di trattamento, il rapporto tra autonomia e tipi contrattuali”⁴.

3. L’autonomia privata è infatti il centro dal quale si muovono, e intorno al quale ruotano, i suoi principali interessi, e sul quale si concentrano buona parte delle sue riflessioni.

Autonomia privata e tipi era, non a caso, il titolo del celebre scritto di Rodolfo Sacco⁵, dal quale prende spunto l’indagine di De Nova sul tipo contrattuale.

All’interno del mondo dell’autonomia privata nelle indagini di De Nova il profilo della nullità ad una prima, e forse superficiale, lettura non appare centrale, esso sembra entrarvi solo di riflesso, come aspetto secondario di altri temi o problemi.

² «The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy»: il contratto alieno, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 7; ora anche in *Il contratto alieno*, 2^a ed., Torino, 2010, 47 ss.

³ Cfr. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore del diritto*, Bologna, 2010, 7.

⁴ Voce *Contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 637.

⁵ Sacco, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, 785.

In realtà se si osserva con attenzione il disegno ricostruttivo che dell'autonomia privata emerge dalla complessiva produzione di De Nova, attraverso un *experimentum crucis*, ci si accorge che il tema della nullità non è solo un riflesso del prisma dell'autonomia privata, ma un angolo visuale in grado di porre in risalto con nitidezza la trama attraverso la quale si può esercitare il potere dei privati di autodeterminarsi.

In questo senso ed in questa direzione la nullità viene esaminata da De Nova come un significativo, se non il principale, momento di verifica dei nuovi ambiti e confini dell'autonomia privata come oggi risultano segnati dalla prassi contrattuale e dall'integrazione dei mercati.

L'indice di rifrazione della nullità, in questo senso, a me sembra che negli scritti di Giorgio De Nova passi anzitutto attraverso l'osservazione dell'impiego che il legislatore ha operato delle norme imperative e della loro disciplina.

Un primo indice in tal senso si trova già nella monografia *Il tipo contrattuale*, laddove, nelle sostanziali conclusioni della prima parte dell'indagine, si legge "Di fronte al problema dell'applicazione di una normativa cogente al di fuori del tipo, si può trovare una risposta negativa motivata con una considerazione in termini di mancanza dei presupposti dell'applicazione analogica. Si può trovare affermato, cioè, che la norma imperativa dettata per il tipo legale non è applicabile ad un contratto che non sia sussumibile nel tipo, se vi è una clausola pattizia che diversamente disponga; alla base di questo ragionamento è l'individuazione del presupposto per l'applicazione analogica nell'esistenza di una lacuna, intesa come assenza non solo di una norma legale, ma anche di una disposizione pattizia"⁶.

Emerge fin da questo spunto una delle linee di fondo lungo le quali, a mio avviso, si può ricostruire il pensiero di De Nova sulla nullità, e che può condensarsi nello studio del rapporto tra tipo contrattuale e norme imperative.

Il tema è affrontato direttamente nel saggio sul *Contratto contrario a norme imperative*⁷ nel quale il discorso, di taglio anche esegetico, è rivolto soprattutto ad indagare se di fronte ad un contratto che contrasti con norme imperative quel contrasto comporti illiceità della causa.

La ragione dell'indagine è duplice: se la risposta è positiva il contratto sarà certamente nullo (1418 2 comma); ma se la risposta è negativa il contratto sarà nullo "soltanto di regola" (1418, 1 comma), ed anche nel caso in cui il contratto sia comunque nullo, la conseguenza è differente: altro è la disciplina della nullità per illiceità della causa; altro è la disciplina del contratto nullo per ragioni differenti.

La distinzione in alcuni casi è posta con chiarezza dal legislatore, in altri è ambigua e quindi c'è da chiedersi se l'espressione contratto illecito non debba essere intesa come "contratto con causa illecita".

⁶ *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 171.

⁷ in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435 ss. ora anche in DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 257 ss., spec. 260.

Interrogativo che sorge evidente nel caso dell’art. 1972 che dispone nulla la transazione relativa ad un contratto illecito (1° comma) e non invece la transazione relativa “ad un titolo nullo” (2° comma).

Da qui l’opportunità per De Nova di indagare “la ragione della nullità”, e così di contrapporre al contratto che ha causa illecita, e che viene designato come “contratto illecito”, il contratto “illegale”, cioè quello contrario a norme imperative la cui violazione non comporta l’illiceità della causa.

Il primo sarà sempre nullo.

Il secondo sarà nullo di regola, ma non sempre, e la disciplina dell’eventuale nullità sarà comunque diversa⁸.

L’esame critico sia della legislazione all’epoca vigente sia degli orientamenti giurisprudenziali induce De Nova ad individuare, oltre al criterio molto elastico dell’ordine pubblico utilizzato dalle Corti, anche alcuni criteri ulteriori sulla base dei quali si possa stabilire quando il contratto contrario a norme imperative sia nullo e quando invece sia valido.

Criteri che attengono: alla natura della norma violata (come nel caso delle norme fiscali); al cd. “minimo mezzo”, secondo cui “la nullità deve essere esclusa se l’esigenza perseguita dal legislatore mediante la previsione della specifica sanzione (civilistica, penale o amministrativa) sia compiutamente realizzata con la relativa irrogazione, mentre deve essere ammessa in caso contrario”; all’oggetto e al destinatario della norma penale, così che non si ha nullità del contratto se la norma penale riguarda genericamente il comportamento riprovevole di una parte nella conclusione del contratto, ovvero sanziona il comportamento contrattuale tipico; laddove si ha nullità se il divieto penale “colpisce il contratto come tale”. De Nova indica però la possibilità “di fare un passo avanti, formulando una regola limitativa: perché possa dirsi vietato e quindi nullo il contratto, è necessario che sia punito il comportamento negoziale *di entrambe* le parti”.

Il criterio della non contraddizione rispetto al fine apre infine alla nullità cd. di protezione, per cui la declaratoria di nullità integrale del contratto potrebbe per finire di nuocere proprio al contraente che la norma imperativa intende proteggere.

In questa prospettiva, esattamente trenta anni fa, Giorgio De Nova osservava a chiusura della sua indagine che il 1° comma dell’art. 1418 assume “un significato ulteriore se ad esso si fa riferimento per esaminare il settore emergente delle norme imperative di protezione: perché all’interprete si aprono più vie per individuare conseguenze coerenti con la finalità protettiva di un contraente che caratterizza la norma imperativa”.

L’enunciazione diviene così un programma di studio e di ricerca, che troverà ampi sviluppi nella successiva produzione.

⁸ *Op. ult. cit.*, 261.

4. L’inizio di questo nuovo percorso trova infatti la sua decisa e netta affermazione nella voce *Contratto*⁹: “nel nostro sistema il contratto contrario a norme imperative è nullo, se la nullità è espressamente prevista, ma può essere nullo anche se la nullità non è espressamente prevista: si parla di nullità virtuale (art. 1418 c.c.).

Da qui l’importanza di identificare e correttamente applicare le norme imperative in tema di contratto.

Un dato quantitativo, ma anche qualitativo colpisce: quello dell’incremento delle norme imperative.”

Osserva dunque De Nova che per rendersi conto del mutamento in atto occorre esaminare il settore che più da vicino riguarda il contenuto del contratto, cioè quello dei singoli tipi contrattuali, e che delle 516 disposizioni che componevano il testo originario del titolo terzo del IV libro del codice, circa un decimo sono espressamente indicate come inderogabili, o sono pacificamente considerate tali.

Dal loro complessivo esame emerge confermata “una visione del rapporto tra autonomia contrattuale e legge nel senso della prevalenza dell’autonomia e del ruolo di supporto integrativo della legge”.

Dal vaglio delle modifiche legislative apportate alla materia del contratto risulta inoltre che “sono tutte rappresentate da norme imperative”, norme che vanno da quelle che modificano la disciplina del contratto di agenzia a quelle sulla responsabilità dell’albergatore per il deposito in albergo, a quella sulla nullità per la convezione di interessi usurari, e così via dicendo.

Ma il legislatore – sostiene De Nova – pur ampliandone il fronte non ha incluso nel sistema con norme dispositive le nuove prassi contrattuali del diritto dei nuovi tipi contrattuali, dal leasing al factoring, al franchising, che ne sono rimasti esclusi, al pari di quelle discipline di matrice “imperativa” dovute alle leggi speciali (la locazione, i contratti agrari, la subfornitura), con il duplice risultato che il titolo del codice sui singoli contratti ha perso la sua tradizionale funzione di “*deposito di norme dispositive in funzione integrativa*”¹⁰, e che il proliferare delle norme imperative ha reso più frequente di un tempo un altro rilevante fenomeno che sorge dalla prassi: il caso in cui una parte deduce la nullità del contratto che ha precedentemente concluso.

Una via resa agevole anche dal carattere imprescrittibile dell’azione.

La riflessione induce dunque De Nova ad una prima rilevante conclusione, che solo da un esame congiunto (esegetico delle norme sparse nel sistema e fenomenologico della prassi del diritto dei contratti) è possibile acquisire e che attribuisce una nuova veste ed un nuovo ruolo alla nullità del contratto, che potremmo – e azzardo una sintesi di sapore empirico del suo pensiero – indicare come la trasformazione della nullità da “strumento di tutela a tecnica di gestione del contratto”.

⁹ Voce *Contratto*, cit., 649.

¹⁰ *Op. ult. cit.*, 651.

Scriva infatti De Nova “che la nullità sia oggi, oltre che presidio dell’interesse generale, anche rimedio per liberarsi dal vincolo è confermato dalla circostanza che molte delle nullità recenti sono nullità c.d. relative, nullità che possono essere fatte valere soltanto dalla parte che la norma imperativa intende proteggere”¹¹.

L’ampliamento che il nostro legislatore opera nell’impiego delle norme imperative diventa quindi un punto focale della riflessione di De Nova, che lo osserva tuttavia con disincanto proprio sul terreno delle nuove tipologie contrattuali, dove la mano del legislatore spesso incide con una tecnica di regolazione che sembra concentrarsi a disciplinare più i soggetti e la loro attività che il contratto, e preferisce intervenire non sul singolo tipo ma sul raggruppamento di contratti, e lo fa peraltro in modo elastico [come nella disciplina della multiproprietà (dlg 9 novembre 1998, n. 427) ove disciplina insieme il contratto ad effetti reali e ad effetti obbligatori, il contratto preliminare e quello definitivo].

Il risultato è quello di dar luogo a “*segmenti di disposizioni generali*” che però si collocano a livello intermedio tra la disciplina del contratto in generale e quella dei singoli tipi, soprattutto quando la materia da regolare è di derivazione comunitaria.

L’intervento finisce così per porre altri limiti all’autonomia privata, e l’impiego della norma imperativa si rivela maldestro, poiché invece di dar corpo a fattispecie ben delineate, (lasciando alla frode alla legge il compito di sanzionare i tentativi di elusione) crea disposizioni il cui ambito di applicazione è indeterminato, sperando che in tal modo nulla vi sfugga.

Si tratta di una tecnica legislativa che però produce:

difficoltà, perché sostituisce al procedimento di qualificazione del contratto mediante la sua riconduzione al tipo, una tecnica inedita per applicare disposizioni di legge dall’ambito indefinito;

inefficienze, perché nel tentativo di sanzionare tutto finisce per non sanzionare nulla;

rischi, perché “la perdita della fattispecie nel delicato e cruciale settore dell’autonomia contrattuale può portare a limitazioni irrazionali”.

De Nova, muovendo da questa constatazione, rileva e segnala l’esistenza di un fenomeno ulteriore e duplice: per un verso, le nuove tecnologie, come l’impiego di internet, danno luogo a fattispecie senza norme; per un altro, vi sono norme senza fattispecie, come nel caso delle norme imperative dall’ambito di applicazione indeterminato.

Si tratta di difficoltà, inefficienze, rischi che vanno dunque eliminati e comunque superati.

5. Nel pensiero di Giorgio De Nova il tentativo di superamento dei limiti e delle distorsioni che l’uso improprio delle norme imperative ha generato nel settore

¹¹ Voce *Contratto*, cit., 652.

dell’autonomia privata si avvale allora di una delle sue più riuscite “metafore”: il contratto alieno.

Il contratto alieno, infatti, viene dalla combinazione di modelli stranieri e di clausole tratte dalla prassi dei contratti internazionali, e seppure aspira all’autosufficienza, perché le parti vogliono evitare tendenzialmente che su quel contratto si pronunci il giudice, deve però fare i conti con la legge italiana, poiché espressamente la richiama quando afferma che il contratto è soggetto a quella legge.

Il contratto alieno però incontra nel suo percorso l’ostacolo posto dalle norme imperative del diritto italiano.

Un ostacolo spesso impervio da superare, se non attraverso la previsione di apposite norme eccezionali, che spesso derivano anche in questo caso dal diritto comunitario, come quella che vanifica la disciplina del patto commissorio nella regolazione delle garanzie finanziarie.

Dal censimento e dalla descrizione delle clausole di cui solitamente si compone – o può comporsi – un contratto alieno infatti emerge che alcune di queste clausole (come quella di *severability* che serve a disciplinare le conseguenze di un eventuale nullità) sono spesso invalide, ovvero sono in aperto contrasto con norme imperative (come quelle che tendono a limitare la responsabilità dell’appaltatore ad una percentuale del corrispettivo contrattuale), ma ciò nonostante il contratto alieno riesce a superare le barriere del diritto italiano nella misura in cui riesce a far valere tali clausole come “scindibili”.

Il contratto alieno infatti discute con il diritto italiano solo su singole clausole e a quindi a volte riesce a salvare l’intero contratto, e neppure quando esso si scontra con le norme imperative specifiche, analiticamente dettate dal legislatore per una determinata fattispecie, sembra poter soccombere, poiché una norma così costruita come dice De Nova “rischia di lasciarsi sfuggire un contratto alieno che non coincide con la fattispecie”¹², perché magari “non è esattamente identico alla fotografia della fattispecie della norma imperativa che vieta”¹³.

Il contratto alieno diviene così lo strumento per indagare, e forse anche per superare, i limiti, a volte angusti, che la disciplina della nullità per violazione delle norme imperative a contenuto indeterminato pone all’autonomia privata, poiché l’unico ostacolo che il contratto alieno incontra – e quindi il vero strumento di controllo della sua validità – sono le norme materiali, quelle che superando la dimensione della fattispecie, e dello strumento giuridico impiegato, hanno di mira l’effetto, il risultato in concreto dalle parti perseguito ma che dall’ordinamento ritiene essere vietato.

La soluzione che ci prospetta De Nova viene dunque dal passato, ed il richiamo all’autorevolezza di Ernst Rabel¹⁴ diviene decisivo per affermare la necessità di “det-

¹² voce *Contratto alieno*, in *Digesto. Disc. Priv. Sez. civ. Agg.* ****, Torino, 2009, 10.

¹³ *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 15; ora anche in *Il contratto alieno*, cit., 112.

¹⁴ *Das Rechts des Warenkaufs*, Berlin, 1936.

tare norme imperative uniformi” perché “questo è in effetti ciò di cui si ha oggi bisogno, di fronte ad una prassi contrattuale uniforme e tendenzialmente completa”¹⁵.

6. Il ragionamento sembra così chiudere un percorso – i cui primi passi si leggono nello scritto del 2006: “provo ad impostare il problema con qualche appunto, quasi a tracciare un programma di ricerca”¹⁶ – ma solo per iniziarne un altro: “far abitare il contratto alieno nel diritto italiano”¹⁷.

Un itinerario che Giorgio De Nova ha già intrapreso e del quale fin da ora aspettiamo che, come in passato, ci indichi la strada più sicura.

7. Esiste poi – come ho premesso all’inizio di questo breve discorso – un secondo piano di osservazione della “nullità secondo De Nova”, quella che ho definito “partecipata”, cioè quella alla quale ho assistito personalmente.

Si tratta dei casi di nullità esaminati insieme nel corso dell’esperienza professionale, come quando discutemmo come redigere un parere sulla eventuale nullità di un rilevante “Atto quadro”¹⁸ davanti a due gigantesche coppe di gelato alla crema mentre eravamo placidamente seduti in una famosa gelateria romana; oppure quando – nonostante la parte fosse stata decisamente sconsigliata dal proporre il ricorso – impugnammo in cassazione con ben dodici motivi una sentenza di appello in materia di nullità e, dopo la nostra discussione, il Procuratore Generale iniziò la sua requisitoria manifestando espressamente alla Corte tutto il suo disagio di fronte al nostro ricorso, sostenendo che esso “minava in radice il principio di nomoflaccia”.

Di questo secondo piano di osservazione della “nullità secondo De Nova”, però, parlerò più diffusamente stasera unicamente ai suoi allievi, ovviamente di fronte ad una classica grappa secca.

8. Caro Giorgio, penso che i tuoi allievi mi abbiano chiamato a parlare oggi in questa giornata di festa non solo per ragioni di amicizia, ma anche, e forse soprattutto, quale rappresentante di una generazione di studiosi che, *ratione aetatis*, ha visto in Te, oltre che un maestro, anche un amico.

Quell’amico anagraficamente lontano, ma comunque vicino.

Quello con cui ci si confida con naturalezza e senza timidezza, con sincerità e complicità, quello al quale si chiede consiglio nei momenti di incertezza e di difficoltà, sapendo che quell’amico c’è, e che in ogni caso ci sarà.

¹⁵ *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e di clausole vietate*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 463; in *Il contratto alieno*, cit. 70.

¹⁶ *The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy: il contratto alieno*, cit.; in *Il contratto alieno*, cit., 49.

¹⁷ *Premessa a Il contratto. Dal tipo contrattuale al contratto alieno*, cit.

¹⁸ Cfr. Trib. Roma, 31 luglio 1998, *Dir. fall.*, 1999, II, p. 367, con nota di D. DI GRAVIO, *Federconsorzi: la guerra è finita*.

Insomma quel compagno di banco di cui tu parli nel tuo scritto “*Nuove tutele e nuovi rimedi*”¹⁹ e dal quale, come ci ricordi, si suole copiare il compito in classe, per cui se quel giorno manca ti mette in crisi.

Per questi motivi, e per tanti altri ancora, sento il dovere ed il privilegio, anche a nome della mia generazione, di ringraziarTi non solo per tutto quello che ci hai insegnato, ma soprattutto per quello che ancora ci insegnerai.

Per cui mi raccomando Giorgio: non mancare al prossimo compito in classe, altrimenti non sapremmo da chi copiare !!!.

¹⁹ In *Riv. dir. priv.*, 2003, 453 ss.; ora in *Il contratto*, cit., 97.

“Nullo e ... avvenuto”: le nullità nel diritto commerciale*

di Paolo Spada

SOMMARIO. 1 – Polisemia del vocabolo “nullità”; 2 – segue: nel diritto commerciale; 3 – Nullità della società per azioni; 4 – Annullabilità, nullità e inesistenza delle deliberazioni assembleari e consiliari: 4.1 – prima della riforma organica delle società di capitali; 4.2 – dopo la riforma organica; 4.3 segue: l’annullamento delle deliberazioni consiliari; 5 – La nullità dei sindacati di voto nel TUF; 6 – La nullità dei titoli di proprietà industriale; 7 – Nullità (testualmente assente) e titoli di credito.

1. Consapevole che la fedeltà alle proprie idee può, nel lungo periodo, degenerare in immobilismo intellettuale, mi sembra utile – al segno di accettare il rischio dell’addebito – aprire questo intervento rileggendo un brano che scrissi più di trent’anni or sono e nel quale tuttora mi riconosco.

Mi occupavo, allora, di nullità del brevetto d’invenzione e, *in limine*, avvertii il bisogno di chiarire a me stesso le condizioni d’uso del termine “nullità”¹.

“Nel linguaggio normativo (nel linguaggio delle leggi vigenti), la nullità (il vocabolo isolato: ‘nullità’) non è definita – scrissi – né definibile Definibili appaiono, invece, locuzioni nelle quali il termine nullità è presente: nullità del contratto, nullità del matrimonio, nullità della deliberazione assembleare, nullità della società per azioni, ecc. Di queste e consimili locuzioni è, di solito, possibile indicare le condizioni d’uso; [e cioè isolare] ... (le cc.dd. cause di nullità o la nullità come fattispecie) e rintracciare un certo numero di enunciati prescrittivi ... [dei quali la nullità provoca l’applicazione] ... (i cc.dd. effetti della nullità o la nullità come disciplina). ... Il termine ‘nullità’ adempie, così, l’ufficio di cerniera (concettuale o linguistica tra una *serie disgiuntiva di antecedenti* (le cc.dd. cause di nullità) e una *serie congiuntiva di conseguenze* (i cc.dd. effetti), la prima delle quali ordina *difformità di un fatto rispetto ad un modello [normativo] di fatto*, la seconda le *ripercussioni di tali difformità sulla efficacia giuridica del fatto*. E si avverte altresì che – per paradossale che [ciò] ... possa a prima vista apparire – le predisposizione di una [lista di] caus[e] di nullità è una scelta conservativa dell’efficacia [del fatto]; ché, altrimenti, qualsivoglia scarto di questo rispetto al suo modello dovrebbe escluderne ... l’efficacia” per chi conceda

* Relazione al Convegno “Le nullità e l’attuale dimensione dell’autonomia privata” per la presentazione degli Studi in onore di Giorgio De Nova, tenutosi presso l’Università di Milano il 16 novembre 2015.

¹ *Problemi della nullità del brevetto d’invenzione*, in *Riv. dir. civ.* 1982, I, p. 193 ss., *ivi* alla p. 215 ss.

– come credo imperativo – che ogni regola di comportamento o di giudizio del comportamento si atteggi come una proposizione ipotetica.

“Quel che è importante tenere in conto è che nelle diverse locuzioni nelle quali compare il termine ‘nullità’ la serie disgiuntiva degli antecedenti e la serie congiuntiva delle conseguenze sono, o almeno possono essere, *affatto eterogenee*.”

Va, conseguentemente, contrastata la propensione, che affiora nel (meta-)linguaggio della giurisprudenza teorica e [soprattutto] pratica, a fissare un ‘significato normativo’ del vocabolo ‘nullità’ una volta per tutte, segnatamente a cristallizzare la nullità in quanto disciplina ... in una *regula iuris* [meglio in un compendio di *regulae iuris*] ... che [son] poi quell[e] estraibil[i] dagli articoli del codice civile in tema di nullità del contratto”: chiunque abbia interesse può domandare l’accertamento giudiziale della difformità del fatto rispetto al modello se tale difformità collima con una delle “cause di nullità”; può domandarlo in ogni tempo e il giudice deve assolvere il convenuto dalla domanda quando il contratto sia invocato come titolo del diritto fatto valere o, comunque, ne sia il presupposto – cioè disconoscere il fatto nel processo decisionale; e via elencando.

“Questa propensione – aggiungevo – ... se va contrastata non va però ignorata; per la buona ragione che è anch’essa un momento dell’esperienza giuridica. Voglio dire che tra il linguaggio delle norme (legislative) ed il (meta-)linguaggio sulle norme (cioè il linguaggio della giurisprudenza) c’è un rapporto di circolarità, di costruzione circolare. Sì che mi par doveroso, nell’identificare il significato precettivo di un enunciato di legge, non trascurare l’eventualità che nel lessico del legislatore sia rifiuta la semantica del lessico dei giudici e dei giuristi” – che certamente risente della propensione all’astrazione (si pensi alla progressione fatto-atto-negozio) e tende a sostanzializzare la valenza semantica del lemma meno intenso e più esteso. In altri termini – nei quali mi riconosco oggi meglio di quanto non avrei saputo allora – l’uso sostanzialistico del linguaggio da parte dei giuristi, che pure è in sé riprovevole e veicolo di difformità inaccettabili nell’amministrazione degli interessi altrui da parte di ogni “decisoro” (del giudice, per antonomasia), è una componente innegabile della cultura giuridica; anche chi virtuosamente lo rifiuti non può prescindere nell’attribuzione di significato agli enunciati.

Così ... nell’impiego legislativo del vocabolo ‘nullità’ in punto di difformità tra un fatto giuridico qualsiasi e il suo modello [la fattispecie] può leggersi l’invito ad (etero)integrare la specifica serie disgiuntiva degli antecedenti e/o (prevalentemente) la specifica serie congiuntiva delle conseguenze, attingendo a quella serie che ... si è propensi a legare in assoluto al termine nullità, generalizzando le disposizioni del codice civile sulla nullità del contratto ed estraendo – se così mi è concesso dire – la Nullità dal(la nullità del) contratto”.

Questa operazione argomentativa – concludevo – “... sembra [retoricamente] ... corretta purché non si converta in sopraffazione del ... [testo normativo] da parte

del concetto. ... Solo ove il procedimento di auto-integrazione fallisca, sarà [consentito] ... farvi ricorso”².

2. Il campo di regole, esperienze giurisdizionali e pensiero che nella storia del trascorso millennio è stato perimetrato e – almeno nella cultura europeo-continentale – designato come “diritto commerciale” è particolarmente ricco di esemplari testuali che si avvalgono del lemma “nullità” per nominare serie disgiuntive di difformità tra fatti (nel senso più lato o debole possibile) e modelli di fatti (o fattispecie, se si vuole), da un lato, e serie congiuntive di conseguenze di queste difformità, dall’altro, che divergono, in misura variabile, dalle serie tra loro correlate dalla locuzione nullità del contratto – o dalla parola “Nullità” (con la lettera maiuscola) coltivata dalla dottrina generale del diritto civile. Ne propongo qui una campionatura. Dalla quale – credo – risulterà evidente che la nullità non designa, nel diritto commerciale, quasi mai una condizione di disconoscimento del fatto; sicché, ribaltando uno stilema corrente nel gergo giuridico francese (*nul et non avvenu*) per enfatizzare che un atto nullo “*n’a pas plus d’effet que s’il n’avait jamais existé*”, si potrebbe dai cultori del diritto commerciale adottare l’espressione: “nullo e avvenuto”.

3. Particolarmente vistosa è la divergenza tra nullità del contratto e nullità della società per azioni (art. 2332 c.c., applicabile alla accomandita per azioni ed anche alla società a responsabilità limitata). Al segno che nei due sintagmi il vocabolo nullità ha come referenti difformità e conseguenze, in una parola sola: regimi, così diversi tra loro da far pensare ad fenomeno di omonimia, piuttosto che di polisemia.

Già, se la società per azioni di diritto comune può risalire ad un contratto (oggi, come tutti sappiamo, anche ad un atto unilaterale), la società non è un contratto, né – di generalizzazione in generalizzazione – è un atto o un fatto. Di solito la società è

² La propensione segnalata è oggi certamente meno marcata di ieri: la polisemia del termine “nullità” è, ormai, un acquisito che alimenta metafore, talora felici, come quella della “galassia delle nullità” (v. per esempio ALESSI R., «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Europa e Diritto Privato* 2014, fasc. 4, p. 1141 ss.). Ma io credo che la tentazione sostanzialista (la tentazione, dico, di presupporre che il vocabolo abbia un significato primo ed indefettibile: disconoscimento o denegata efficacia del fatto) circoli tuttora: così la pletorica, celebre sentenza di Cass. civ., Sez. Unite, 12/12/2014, n. 26242 conclama “*l’esigenza di preservare la sostanziale unitarietà della categoria della nullità negoziale*” e – quasi a prevenire un addebito di dogmatismo – afferma che “*la riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità – lungi dal risultare uno sterile esercizio teorico – consente di riaffermare a più forte ragione l’esigenza di conferire al rilievo d’ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell’organizzazione sociale*”; sicché le cc.dd. nullità di protezione sarebbero nullità speciali. Benissimo: nullità c’è, dunque, se c’è “*rilievo d’ufficio obbligatorio*” della difformità del fatto rispetto al modello; ed allora – anche quando manca un enunciato prescrittivo (per antonomasia, quello presente nell’art. 36 del Codice del Consumo) che prevede il rilievo d’ufficio ma esclude la legittimazione assoluta a denunciare la difformità – l’uso del lemma “nullità” basta a comportare il rilievo d’ufficio e quindi il disconoscimento del fatto. *La priori* semantico è macroscopico: la parola (nullità) si fa veicolo di regole non scritte (rilievo d’ufficio); laddove la carenza della regola ben potrebbe legittimare il rifiuto di un rapporto di genere a specie tra l’una e le altre nullità.

pensata, anche dai giuristi, come un ente che esercita impresa, qualche volta come un’impresa; sicché predicarne la nullità non innesca la consueta comparazione tra fatto e modello di fatto alla ricerca dello scarto tra quello e questo. Rilievo, quest’ultimo, che non sarebbe stato pertinente prima della novella del 1969 (d.p.r. n. 1127), quando nullo era detto l’atto costitutivo della società – all’epoca necessariamente un contratto.

Quanto alla cause di nullità, queste oggi – dopo la riforma organica del 2003 – gravitano bensì tutte sull’atto costitutivo, sulla “forma veste” (atto pubblico) e sulla (completezza della) “forma modulo” di un atto uni- o plurilaterale d’autonomia privata (indefettibili essendo, congiuntamente, le indicazioni della denominazione della società, dei conferimenti, dell’ammontare del capitale sociale e dell’oggetto sociale) nonché sulla liceità dell’attività programmata (dell’oggetto sociale); laddove, nel diritto scritto anteriore, includevano anche irregolarità del procedimento di omologazione ed iscrizione nel registro delle imprese. Sicché – sul versante della serie disgiuntiva degli antecedenti – la nullità della società non divergerebbe dalla nullità del contratto (o dalla Nullità, *tout-court*).

Ma la distanza tra nullità della società e nullità del contratto (o Nullità) si presenta come abissale sul versante della serie congiuntiva delle conseguenze: la dichiarazione giudiziale di nullità della società apre la liquidazione (art. 2332, 4° comma c.c.: “*La sentenza che dichiara la nullità nomina i liquidatori*”); il che val quanto dire che le cause di nullità si sommano alle cause di scioglimento elencate dall’art. 2484 c.c. Conclusione che la giurisprudenza ha finito per rendere diritto vigente anche per le società di persone³, nonostante l’assenza di qualsiasi addentellato nel diritto scritto. E questo, a convinta opinione di chi scrive, basta ed avanza per delegittimare, in principio, qualsiasi operazione di etero-integrazione della disciplina ricavabile dall’art. 2332 c.c. con il regime della nullità del contratto.

In particolare, l’uso del termine nullità non consente al giudice di rilevarne d’ufficio la causa: la rilevazione d’ufficio – che nel diritto dei contratti costituisce il mezzo necessario e sufficiente a disconoscere l’efficacia dell’atto o, se così vuol dirsi, a fare del contratto nullo un contratto irreversibilmente e definitivamente inefficace, con conseguente rigetto di ogni pretesa titolata dal contratto o della quale il contratto sia presupposto, impugnative comprese⁴ – non potrebbe mai portare alla dichiarazione di nullità della società. È piuttosto attingendo al regime della liquidazione che si può integrare la norma ricavabile dall’art. 2332 c.c. Se è vero – come certamente è – che le cause di nullità della società sono cause di scioglimento, allora non è temerario affermare che l’accertamento e la dichiarazione di nullità e la conseguente nomina dei liquidatori presuppongono la domanda dei singoli soci o dei preposti agli organi sociali (come accade quando alla nomina dei liquidatori l’assemblea non provveda – art. 2487.2 c.c.). Al più potrebbe prospettarsi un’etero-integrazione (in-

³ Cass. civ., Sez. I, 06/05/2015, n. 9124

⁴ V. ora Cass. civ., Sez. Unite, 12/12/2014, n. 26242

nescata dalla costruzione circolare tra linguaggio legislativo e linguaggio giurisprudenziale) dell’art. 2332 c.c. in punto di legittimazione all’azione di nullità: chiunque vi abbia interesse potrebbe proporla; sicché, per queste cause di scioglimento, e solo per queste, l’avvio del procedimento di liquidazione potrebbe risalire anche all’iniziativa di chi – come un creditore – sia terzo, rispetto alla società.

Quanto alle altre divergenze tra serie congiuntiva delle conseguenze dalla nullità della società e della nullità del contratto, basta, in questa sede, rinviare al testo dell’art. 2332 c.c.: fino alla dichiarazione di nullità con sentenza passata in giudicato (qualsiasi esecuzione provvisoria è da riferirsi solo alla condanna, mai alle dichiarazioni o alle costituzioni) le obbligazioni dei soci persistono – come, direi ovviamente, persiste l’efficacia degli atti compiuti in nome della società. E la causa di nullità – oggi gravitante necessariamente sull’atto costitutivo – può essere rimossa dall’autonomia corporativa (ché solo a deliberazioni assembleari di modificazione dell’atto costitutivo può riferirsi l’eliminazione della causa di nullità sottoposta ad iscrizione nel registro delle imprese, di cui si legge nell’art. 2332, 5° comma c.c., che funge da sopravvenienza ostatica della dichiarazione di nullità⁵ o dalla ripetizione, nella forma prescritta da una regola ancorata anche nel diritto dell’Unione Europea (art. 10 Direttiva 68/151/CEE – I Direttiva di armonizzazione), dell’atto costitutivo.

4. Più *nuancé* è il distacco tra Nullità e nullità delle deliberazioni assembleari e consiliari. Qui, però, conviene che, per amor di chiarezza, il discorso si estenda alle invalidità tutte di questi atti corporativi.

Forse non è inutile premettere che i rimedi alla illegalità (in senso lato) delle decisioni – quando queste sono, come accade negli enti, isolabili dalle dichiarazioni perché procedimentalizzate – sono sempre stati di due ordini: *a*) dell’ordine del disconoscimento o di un precario riconoscimento del valore giuridico della decisione (*invalidità*); *b*) dell’ordine del risarcimento del danno (*responsabilità civile*).

4.1. Guardando al codice organizzativo di enti più ricco tra quelli noti al diritto privato, dico al diritto della società per azioni, fino alla riforma del 2003, i rimedi del primo ordine erano ampiamente regolati, nel diritto legale e nel diritto giurisprudenziale, per le decisioni della compagine sociale deliberante secondo procedure collegiali, per le *deliberazioni dell’assemblea*. Le invalidità erano di tre tipi: *(a)* annullabilità della deliberazione «*non conforme alla legge o all’atto costitutivo*» (art. 2377 c.c. testo originario); *(b)* nullità della deliberazione che decidesse un «*oggetto illecito o impossibile*» – cioè che approvasse un punto all’ordine del giorno illecito o impossibile (art. 2379 c.c. testo originario); *(c)* inesistenza.

⁵ E del resto, prima del 2003, l’art. 2332.5 c.c. parlava espressamente di eliminazione tramite modificazione dell’atto costitutivo.

L'*annullabilità* designava una condizione di *efficacia precaria relativa e temporanea* della decisione: la decisione era efficace («(...) *vincolante per tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti*»), ma su azione di una cerchia tassativa di soggetti legittimati (amministratori, sindaci, azionisti assenti o dissenzienti), l'efficacia poteva essere giudizialmente rimossa, purché l'azione fosse tempestivamente (entro 90 giorni) esercitata. In principio, ogni illegalità (di procedura o di contenuto della decisione), rendeva *precaria* (nel senso ora chiarito) l'efficacia della deliberazione.

La *nullità* designava, invece, una condizione di *inefficacia permanente (e irreversibile)* della decisione: l'approvazione di un ordine del giorno illecito o impossibile era disconosciuta dal diritto, come lo era e lo è il contratto nullo; al regime del quale l'art. 2379 c.c. faceva testuale rinvio – benché la deliberazione (in quanto decisione) non abbia struttura di contratto (in principio: combinazione di dichiarazioni congrue) né abbia necessariamente valore negoziale (sia cioè fonte di un regolamento compiuto di interessi). Non solo, in ogni tempo, si poteva ottenere, ad istanza di qualsiasi interessato, una dichiarazione giudiziale di inefficacia della deliberazione, ma il giudice, richiesto di pronunciarsi su una pretesa titolata dalla deliberazione (in uno dei rari casi nei quali una deliberazione assembleare produce effetti intersoggettivi, come accade – direi, esemplificando – per la preposizione alle cariche sociali o la distribuzione del dividendo), avrebbe respinto la pretesa perché priva di titolo.

Nel diritto giurisprudenziale era, poi, affiorata e cresciuta a dismisura la condizione di *inesistenza* della deliberazione: stando al diritto scritto, ogni illegalità (eccezion fatta per l'impossibilità e per l'illiceità dell'oggetto) rendeva – lo ripeto – *temporaneamente precaria* la deliberazione: trascorsi tre mesi, la decisione era incontestabile e la sua efficacia definitiva. Ma l'incontestabilità, decorso il termini d'impugnazione, può risultare ripugnante in casi particolarmente gravi. Per eludere l'incontestabilità risultante da un'applicazione del testo della legge (art. 2377 c.c.), il diritto giurisprudenziale si orientò nel senso di sostenere che l'*annullabilità* (cioè la condizione di efficacia precaria temporanea) presuppone un evento qualificabile come deliberazione e che non solo la mancanza di qualsiasi evento ma anche talune anomalie procedurali (mancata convocazione, intervento di non aventi diritto al voto, maggioranze apparenti, mancanza di verbalizzazione) dell'evento avrebbero impedito la richiesta qualificazione presupposta, escludendo la produzione di qualsivoglia effetto. A questa condizione di inefficacia irreversibile – del tutto collimante con quella detta dalla legge «*nullità*» (art. 2379 c.c.) – dovuta alla mancanza di un evento qualificabile «deliberazione» la giurisprudenza dette il nome di «inesistenza», trattando la «deliberazione inesistente» (un autentico ossimoro quello dell'«atto inesistente», risalente al diritto canonico che lo aveva escogitato per disconoscere il matrimonio oltre una certa soglia di anomalia) come la deliberazione nulla. Naturalmente il tasso di arbitrarietà nella selezione delle anomalie compatibili da quelle incompatibili con l'«esistenza» della deliberazione era tanto forte da generare nella comunità degli affari una domanda di intervento legislativo che impedisse o, quanto meno, scoraggiasse il ricorso della giurisprudenza ad invalidità extratestuali

(tale essendo l’inesistenza: un’invalidità non prevista da alcun testo di legge). Una domanda che ha avuto una risposta molto netta nella riforma organica del 2003.

Per contro, rimedi risarcitori alla illegalità delle deliberazioni assembleari erano sostanzialmente sconosciuti; sia che si guardasse alla società sia che si guardasse al socio.

Quanto ad amministratori e sindaci, invece, i rimedi all’illegalità delle decisioni erano quasi esclusivamente di ordine risarcitorio; l’illegalità delle decisioni essendo apprezzata nel contesto più ampio (perché relativo non solo a decisioni, ma ad ogni comportamento commissivo od omissivo non conforme ai doveri della carica) della responsabilità civile di amministratori e sindaci. In un solo caso il rimedio dell’invalidità della decisione aveva un’evidenza testuale: ed era quello della deliberazione consiliare, pregiudizievole per la società, adottata con il voto marginale (cioè determinante) dell’amministratore in conflitto d’interessi (art. 2391 c.c. testo originario).

4.2. La riforma organica del 2003 ha inciso, sulla situazione or ora compendiata, nei termini seguenti:

- a) i rimedi dell’ordine dell’invalidità sono stati ridisegnati con riguardo alle deliberazioni assembleari e resi – largamente – concorrenti con i rimedi dell’ordine del risarcimento: sicché oggi si profila un risarcimento del danno da deliberazione illegale che rimpiazza il disconoscimento o la rimozione del riconoscimento della deliberazione;
- b) è stato predisposto uno statuto generale dell’invalidità delle deliberazioni consiliari;

La deliberazione assembleare illegale per il procedimento sviluppato o per ciò che si è deciso si trova oggi in una delle tre condizioni (o «stati»): (i) di *inefficacia permanente*; (ii) di *inefficacia temporanea*; (iii) di *efficacia temporaneamente e relativamente precaria*.

L’efficacia temporaneamente e relativamente precaria può essere rimpiazzata dal risarcimento del danno arrecato dalla deliberazione.

L’inesistenza è – almeno nelle intenzioni del legislatore storico – bandita!

Il linguaggio legislativo si avvale, tuttavia, sempre dei termini «nullità» ed «annullabilità»; ma il significato di questi termini è fortemente deviante da quello già noto al diritto delle società ed ancor più si discosta da quello corrente nelle dottrine generali del diritto civile – che, a sua volta, è fortemente debitore, come si è più volte ricordato, di quello ricavabile dal linguaggio legislativo dedicato alla nullità ed all’annullamento del contratto; se ne discosta al segno d’esserne totalmente estraneo.

4.2.1. In questa situazione lessicale e semantica, chiarezza raccomanda che si adotti un lessico alternativo – e, certamente stipulativo ché i vocaboli dei quali ci si avvarrà: “inefficacia” e “efficacia precaria”, designano non tanto l’inidoneità o l’idoneità a provocare mutamenti di vantaggi e carichi, quanto il disconoscimento del fatto anomalo da parte del giudice chiamato a decidere una lite, a fronte di un qualche riconoscimento; se si vuole l’*irrilevanza* a fronte della *rilevanza suscettibile di rimozione* (o *precarietà della rilevanza*).

Dirò così:

- A. *inefficace in modo permanente (ed irreversibile)* la deliberazione illegale che, in ogni tempo, il giudice può d’ufficio disconoscere (decidere come se non ci fosse mai stata) e della quale chiunque vi abbia interesse è legittimato a chiedere l’accertamento giudiziale della illegalità e la dichiarazione di inefficacia;
- B. *inefficace in modo temporaneo*, la deliberazione che il giudice può d’ufficio disconoscere (decidere come se non ci fosse mai stata) entro un predefinito lasso di tempo e della quale chiunque vi abbia interesse può chiedere, nel medesimo lasso di tempo, l’accertamento giudiziale dell’illegalità e la pronuncia di inefficacia;
- C. *efficace in modo temporaneamente e relativamente precario*, la deliberazione della quale una cerchia di soggetti può chiedere entro un prefissato termine l’accertamento giudiziale dell’illegalità e la pronuncia di inefficacia ma che il giudice non può d’ufficio disconoscere.

- Nei casi A. e B. la legge parla di *deliberazione nulla*.
- Nel terzo (C.) di deliberazione *annullabile*;

4.2.2. *Inefficace in modo permanente ed irreversibile* è la deliberazione assembleare che modifica «l’oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili». Questa deliberazione “può essere impugnata senza limiti di tempo” (art. 2379, 1° comma c.c. seconda proposizione) “da chiunque vi abbia interesse” (prima proposizione) e “l’invalidità può essere rilevata d’ufficio dal giudice” (art. 2379, 2° comma c.c.).

4.2.3. Stando al testo di legge, ogni altro caso di illiceità o di impossibilità del deliberato (clausole statutarie illecite o impossibili, scelte di sedi impossibili o di denominazioni illecite, anche per contrarietà all’ordine pubblico o al buon costume) ne genera l’*inefficacia temporanea*: trascorso un triennio dall’iscrizione o deposito della deliberazione nel registro delle imprese o dalla sua trascrizione nel libro delle adunanze dell’assemblea, il vizio non è più denunciabile, la deliberazione non è

soggetta ad impugnazione – art. 2379, 1° comma, prima proposizione c.c.; né l’invalidità può essere rilevata d’ufficio (art. 2379, 2° comma c.c.).

Regime questo che si applica anche a irritalità procedurali quali la “mancata convocazione dell’assemblea” e la “mancanza del verbale”.

Quando l’illiceità del deliberato promani dal contrasto con lo statuto legale della s.p.a., si ha l’impressione di restare inermi – decorso il triennio – contro deliberazioni che, modificando l’atto costitutivo, introducano clausole statutarie trasgressive di norme legge sicuramente imperative (prevedano, per esempio, un divieto ultraquennale di circolazione delle azioni – in contrasto con l’art. 2355 bis, 1° comma c.c.; o una modalità verbale di convocazione dell’assemblea; e via esemplificando illiceità di contenuto) o determinino le «generalità» dell’iniziativa in spregio dell’ordine pubblico o del buon costume (si immagini uno spregiudicato *tour operator* che organizzi vacanze «estreme» in Asia centrale adottando la denominazione sociale «a noi l’oppio») o ricorrendo a coordinate impossibili (una modificazione che comporti la fissazione della sede della società in... Atlantide).

Anche a concedere che i casi da ultimo immaginati siano tanto improbabili da poter essere trascurati, l’evenienza delle clausole statutarie in contrasto con norme imperative è, per contro, di tale probabilità e gravità da meritare una qualche risposta alla curiosità che il rilievo dell’evenienza può aver generato. E una risposta plausibile potrebbe essere questa: che quando un complesso di regole è subalterno ad un altro, nel senso che il primo in tanto è vincolante in quanto il secondo lo preveda e ne fissi l’estensione, il contrasto tra i due si risolve sempre e comunque con la *prevalenza dell’ordine sovraordinato su quello subordinato*. Questa prevalenza può realizzarsi attraverso la rimozione del fatto di produzione della regola sottordinata (con conseguente soppressione di quest’ultima) ovvero con la *disapplicazione* della seconda, ogni qual volta se ne invochi l’applicazione. Lo statuto di una società di un certo tipo è un insieme di regole generali ed astratte (l’art. 2328, 3° comma c.c. ci dice che lo statuto contiene «*le norme relative al funzionamento della società*») che vincolano nella misura nella quale non sono in contrasto con la legge applicabile ad ogni società del tipo prescelto; sicché quand’anche l’atto che ha prodotto una regola statutaria illegale non sia suscettibile di essere più rimosso (come accade nel caso di quella precarietà temporanea delle deliberazioni che l’art. 2379, 1° comma prima proposizione c.c. chiama nullità), di quella regola nessuno potrà avvalersi; essa sarà disapplicata e, occorrendo e potendo, sostituita dalla regola legale appropriata per materia; non diversamente da quanto avviene quando una legge nazionale sia in contrasto con il diritto comunitario: il giudice non chiede che la Corte Costituzionale rimuova la legge nazionale con una sua sentenza, ma, puramente e semplicemente, non applica la legge nazionale e la rimpiazza con la corrispondente disposizione di diritto comunitario.

4.2.4. Lo stesso regime è replicato per le deliberazioni dell’assemblea della società a responsabilità limitata, che costituiscono talora veste procedimentale necessaria

delle decisioni dei soci (cfr. art. 2479, 3° comma c.c.). Ma per queste il linguaggio legislativo non usa il termine *nullità*: esse sono dette “impugnabili” senza limiti di tempo o nei tre anni da chiunque vi abbia interesse. Ma non si prevede che l’illegalità possa essere rilevata d’ufficio.

In questa situazione sarei riluttante a ritenere *inefficace* – in modo permanente o temporaneo, a seconda dell’illegalità della quale si tratti – la deliberazione. Suggerirei che questa versi in uno stato di *efficacia precaria assoluta, permanente o temporanea*⁶

Lo scarto tra il regime della nullità della deliberazione è quello della Nullità della dottrina generale appare in tutta la sua ampiezza.

⁶ Del resto quand’anche il testo di legge facesse ricorso al vocabolo “nullità”, questo – se si rifiuta un uso sostanzialistico del linguaggio – non potrebbe dare ingresso al disconoscimento d’ufficio della deliberazione (dato e forse non concesso che una deliberazione di modificazione dello statuto possa titolare una pretesa o esserne presupposto): è solo con riferimento al tempo dell’iniziativa giudiziaria (senza limiti di tempo o nei tre anni dal compimento di una formalità) che le illegalità in discorso, ancorché denunciabili da chiunque vi abbia interesse, provocherebbero la “nullità” della deliberazione. Altro è, infatti, la rilevanza d’ufficio, tutt’altro l’assolutezza o la relatività della contestabilità (la distinzione è testuale nell’art. 1421 c.c.): assoluta o relativa che sia la contestabilità, ogni regola sulla legittimazione ad agire o ad eccepire l’illegalità dell’atto mette la controparte alla mercé del legittimato: questi, come ha scritto felicemente Rodolfo Sacco – guardando al contratto annullabile (ma il rilievo è certamente suscettibile di generalizzazione ogni qual volta sia dettata una regola sulla legittimazione, relativa o assoluta che questa sia) – gode di “... *una specie di opzione a lungo termine, che gli consente di inchiodare lo stipulante, a sua scelta, al testo contrattuale o alla sua irrilevanza*” (SACCO, *Nullità ed annullabilità*, in *Digesto IV*, Torino 1995, I, 2); laddove è evidente che l’illegalità non è *in potestate* delle parti in lite se il giudice può e deve rilevare d’ufficio la causa e prescindere, nel decidere, dal titolo che ne è affetto.

E, per quanto qui affermato, non riesco davvero a convincermi della temperata rilevanza d’ufficio della cc.dd. nullità di protezione (anche in assenza di previsione testuale, come quella dell’art. 36 Codice del Consumo), conclamata dalla recente, già citata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione. Ribadisco (v. *supra* nota 2) che la Corte ha, né più né meno, ceduto – con qualche bella parola di troppo – alla seduzione del sostanzialismo linguistico.

Insomma, anche la deliberazione suscettibile di impugnazione su domanda di chiunque vi abbia interesse non è “come se” non ci fosse: guardando alla modificazione dell’oggetto sociale che rimpiazza attività illecite od impossibili ad attività lecite e possibili, questa, comunque, si produrrebbe, con conseguente esposizione della società allo scioglimento giudiziario che l’art. 2332 (richiamato per la società a responsabilità limitata dall’art. 2463 3° comma c.c.) denomina nullità della società, se l’attività programmata sarà illecita; ovvero allo scioglimento “di diritto comune” per sopravvenuta impossibilità dell’oggetto, a norma dell’art. 2484, 1° comma, n. 2 c.c. E – nel primo caso con il conforto della regola scritta (art. 2332, 5° comma c.c.) – l’accoglimento della domanda di nullità della deliberazione precluderà l’accoglimento della domanda di nullità della società. Sicché *l’efficacia precaria permanente ed assoluta*, della quale qui parlo, è da intendersi quale riconoscimento della deliberazione almeno ai fini del giudizio d’impugnazione: in questo senso, la deliberazione è un evento rilevante la cui rimozione può, paradossalmente, avere conseguenze conservative.

4.2.5. Qualsiasi altra illegalità (non pensabile come illiceità o impossibilità del deliberato ovvero non consistente nella “*mancata convocazione dell’assemblea*” e nella “*mancanza del verbale*”) genera una *precarietà relativa* e fortemente *temporanea* della deliberazione: la deliberazione è e resta efficace a meno che l’iniziativa giudiziaria – azione detta di annullamento – tempestiva (entro 90 giorni) di un legittimato non ne chieda ed ottenga la rimozione – art. 2377, 5° comma c.c. La cerchia dei legittimati è perimetrata dalla dimensione percentuale della partecipazione azionaria; e – per gli azionisti che non attingono la percentuale richiesta, ma (stando ad una proposta molto persuasiva di Carlo Angelici, confortata anche dal testo dell’art. 2378, 2° comma c.c.) forse per tutti gli azionisti – dell’impugnazione è succedanea l’azione di risarcimento del danno.

4.2.6. Le invalidità delle deliberazioni contemplate dal diritto riformato delle società di capitali e ripartite nel linguaggio legislativo dedicato alla società per azioni avvalendosi dei termini “nullità” e “annullabilità” – tutti da risemantizzare rispetto ai corrispondenti termini usati nel IV libro del codice civile – sono, poi, reversibili: è consentito all’autonomia corporativa sostituire “... *la deliberazione impugnata ... con altra presa in conformità della legge e dello statuto*”, così precludendo l’annullamento al pari della dichiarazione di nullità (artt. 2377, 7° comma c.c., al quale rinvia l’art. 2379, 4° comma c.c.). Inoltre gli artt. 2379 *bis* e *ter* c.c. prevedono preclusioni dell’azione di nullità, alcune delle quali sono denominate “sanatorie”; preclusioni che non neutralizzano “*il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi*” (art. 2479 *ter*, 3° comma c.c.); diritto, questo, del quale si conferma così la succedaneità rimediabile rispetto alla invalidità.

L’obiettivo palese di questo tessuto normativo è – al di là del lessico minaccioso della nullità e dell’annullabilità – quello di *conservare piuttosto che sopprimere la continuità decisionale della società anche a costo di qualche irregolarità*. Particolarmente eloquente di questa opzione funzionale è la scelta di fare del risarcimento un rimedio succedaneo della rimozione dell’efficacia della deliberazione: è una sorta di «pena pecuniaria» che la società (non dunque i consoci o, men che mai, gli amministratori) deve all’azionista «in cambio» della incontestabilità della decisione illegale. Il risarcimento è – potrebbe un pò cinicamente dirsi – il prezzo dell’illegalità! Al pari dell’annullamento questo «prezzo» deve essere preteso entro un termine perentorio di decadenza: 90 giorni dalla deliberazione o dalla sua iscrizione, se richiesta, nel registro delle imprese (art. 2377, 6° comma c.c.) – o, in caso di nullità, quando l’azione di nullità è preclusa (art. 2379 *ter*, 3° comma c.c.).

Come già accennato, non sembra esservi spazio per una condizione di *inefficacia permanente (ed irreversibile)* della deliberazione assembleare – al di là del caso della deliberazione che, modificando lo statuto, introduca un oggetto sociale impossibile o illecito. Il che non esclude che la giurisprudenza possa conquistarselo riesumando

il ricorso all’inesistenza, nonostante i propositi del legislatore storico. Ma, per il momento, direi che l’atteggiamento dei giudici è piuttosto d’obbedienza che di rivolta⁷.

4.3. Le deliberazioni consiliari (i) «*non prese in conformità della legge o dell’atto costitutivo*» (art. 2388.4, prima proposizione c.c.), le deliberazioni (ii) «*lesive dei diritti dei soci*» (art. 2388, 4° comma, seconda proposizione c.c.) e (iii) le deliberazioni potenzialmente dannose per la società «*prese con il voto determinante*» dell’amministratore che abbia, per conto proprio o di terzi, un interesse nell’operazione fatta oggetto della deliberazione (art. 2391, 3° comma c.c.) si trovano in un’unica condizione nella prospettiva dell’efficacia: sono *precarivamente efficaci*; l’efficacia potendo essere rimossa solo in accoglimento di un’azione (detta di annullamento) esercitabile, entro 90 giorni, dagli amministratori assenti o dissenzienti, dal collegio sindacale e, nel caso di deliberazioni «*lesive*», dall’azionista leso (nel suo interesse di socio piuttosto che in un suo diritto, ché se di diritto si trattasse – per esempio del diritto alla riscossione di un dividendo dovuto in esecuzione di una deliberazione assembleare – la deliberazione consiliare sarebbe nei suoi confronti priva di ogni effetto).

5. Un ultimo esemplare di uso del lemma “nullità” nel diritto societario merita segnalazione nella prospettiva, qui adottata; nella prospettiva – dico – della varietà di regimi presentati facendo ad esso ricorso.

L’art. 122, 3° comma del Testo Unico sull’Intermediazione Finanziaria (TUF – d.l. 58/1998) dice “*nulli*” i cc.dd. sindacati di voto conclusi tra azionisti di società quotate in caso di “*inosservanza degli obblighi previsti dal comma 1*” (comunicazione alla CONSOB, pubblicazione per estratto nella stampa quotidiana, deposito presso il registro delle imprese, comunicazione alla società). L’inadempimento degli obblighi predetti (entro cinque giorni dalla stipula dei patti) preclude l’esercizio del diritto di voto “*inerente alle azioni*” e, in caso di inosservanza, la deliberazione è annullabile secondo il diritto azionario comune, la legittimazione all’azione di annullamento essendo estesa alla CONSOB.

La nullità comminata comporta certamente la inazionabilità di qualsiasi pretesa titolata dal patto parasociale non comunicato ed, a questa stregua, non diverge dalla nullità del contratto secondo il diritto comune; ma, da un lato, l’inefficacia originaria (rilevabile d’ufficio e dichiarabile su istanza di chiunque vi abbia interesse) non sembra irreversibile (una comunicazione tradiva potrebbe, ragionevolmente, restituire efficacia all’accordo o ad un accordo ripetuto), dall’altro, risale non già ad una deformità del patto non comunicato rispetto al modello del patto parasociale, bensì alla mancanza di un coelemento isolabile (mancanza che, comunque, “sterilizza” il potenziale organizzativo delle azioni nelle deliberazioni assembleari). Insomma, qui

⁷ V. Cass. civ., Sez. I, 20/01/2011, n. 1361

siamo in presenza – direi – di un uso soltanto *enfatico* del termine. Me ne convinco pensando che, in occasione di un recente *revirement* della giurisprudenza di legittimità (il difetto o la trasgressione della procura sarebbe rilevabile d’ufficio – anche se la rilevazione dovrebbe fare i conti con il principio di non contestazione delle allegazioni, oggi codificato dall’art. 115 c.p.c.), la Cassazione⁸ ha tenuto a dichiarare che si profila non già un caso di nullità (il contratto concluso dal *falsus procurator* è in sé adeguato al modello legale) bensì di inefficacia per mancanza di un coelemento costitutivo⁹.

6. I fatti costitutivi dei diritti di proprietà industriale – *titoli di PI*, nel lessico del Codice della Proprietà Industriale (art. 2) – che presentino anomalie rispetto ai modelli di appartenenza (brevetto e registrazioni) si trovano, nonostante l’uso indiscriminato del lemma “nullità” (qualche volta riferito, per metonimia, all’oggetto del diritto – così per il marchio – o al diritto stesso – così per quello del costituente di novità vegetali – anziché all’evento *lato sensu* provvedimento che funge da antecedente della privativa), in una condizione di *efficacia precaria*, la *precarietà essendo talora assoluta*, ché l’anomalia può essere denunciata da chiunque vi abbia interesse, *talaltra relativa* (art. 122.2 CPI) – ma in un caso, la relatività è a tempo (art. 118.4 CPI): così per il brevetto rilasciato “*a nome di persona diversa dall’avente diritto*”. Ragioni storiche restituiscono, poi, una qualche razionalità alla legittimazione accordata – quando la precarietà è assoluta – anche al Pubblico Ministero (art. 122.1 CPI)¹⁰.

Della devianza semantica delle nullità in parola rispetto alla Nullità della dottrina generale del diritto civile sembra consapevole, comunque, anche il legislatore storico che, nell’art. 2 del CPI – disposizione non presente nei testi legislativi che il codice

⁸ Cass SS.UU 3 giugno 2015 n. 11377

⁹ Si legge in motivazione: “la sussistenza del potere rappresentativo, con l’osservanza dei suoi limiti, costituisce una circostanza che ha la funzione specifica di rendere possibile che il contratto concluso dal rappresentante in nome del rappresentato produca direttamente effetto nei confronti del rappresentato: come tale, essa è ricompresa nel nucleo della fattispecie posta a base della pretesa e integra un elemento costitutivo della domanda che il terzo contraente intenda esercitare nei confronti del rappresentato”. Ciò detto, la Cassazione tiene a precisare: “Il contratto stipulato in difetto o in eccesso di rappresentanza non vincola il falsamente rappresentato verso il terzo, perché chi ha agito non aveva il potere di farlo. Si tratta di un contratto – non nullo e neppure annullabile – ma inefficace in assenza di ratifica”.

¹⁰ Ed ammonisce – se ce ne fosse ancora bisogno – del carattere ondivago del lessico del legislatore (e, quindi, della subalternità alla storia di ogni sistema che voglia imprimersi all’esperienza normativa) il dato che una legittimazione “invalidante” del Pubblico Ministero si registra anche nei casi di contrarietà “*alla legge, all’atto costitutivo ed allo statuto*” delle deliberazioni dell’assemblea delle associazioni riconosciute: senonché, questa contrarietà rende la deliberazione suscettibile di “*annullamento*” (non di dichiarazione di nullità) e la legittimazione non è accordata a chiunque vi abbia interesse (non è assoluta), bensì agli “*organi dell’ente*” a “*qualunque associato*” e, appunto, al “*Pubblico Ministero*” (art. 23.1 c.c.). Il rilievo, poi, che la nullità sia stata – in forza di questo lessico e di queste regole – “convertita” in annullabilità (Cass. civile, sez. II, 17 marzo 1975, n. 1018) si impone soltanto se si coltivi dell’inutile sostanzialismo linguistico.

ha assemblato – scrive: “*L’attività amministrativa di brevettazione e di registrazione ha natura di accertamento costitutivo e dà luogo a titoli soggetti ad un regime speciale di nullità e decadenza sulla base delle norme contenute nel presente codice*” (sottolineatura aggiunta).

Spazi meritevoli di segnalazione il regime di nullità dei titoli di proprietà industriale accorda all’autonomia privata: l’esemplare più significativo – ma se ne possono prospettare altri, attingendo al regime delle cc.dd. anteriorità distruttive della novità – è quello della consapevole inerzia (tolleranza) del titolare di un marchio preadottato, protrattasi per cinque anni dalla registrazione del marchio posteriore, nel reagire alla registrazione o all’uso di un marchio uguale o simile (cioè privo di novità) o costituito da un segno che leda un diritto della personalità altrui; tolleranza che al maturarsi del quinquennio preclude l’azione di nullità della registrazione sopravvenuta e l’esercizio dell’azione di contraffazione. La legge parla (ha sempre parlato) di *convalidazione* del marchio (oggi art. 28 CPI), come sempre riferendosi, per metonimia, all’oggetto della privativa anziché al fatto costitutivo della stessa.

7. Concludendo, mi sembra doveroso segnalare qualche caso nel quale, pur non affiorando nel testo di legge il termine “nullità”, la condizione del fatto anomalo (rispetto al modello di fatto) è quella dell’inefficacia permanente e irreversibile (che poi equivale, come ho più volte suggerito, alla rilevabilità d’ufficio dell’anomalia), la condizione alla quale è appropriato il lemma Nullità della dottrina generale del diritto civile.

“*Il titolo nel quale manchi alcuno dei requisiti indicati nell’articolo precedente non vale come cambiale*” – dispone l’art. 2 del r.d. 1669/1933 (per l’assegno v. art. 2 r.d. 1736/1933). La disposizione si riferisce alla mancanza non al momento dell’emissione bensì della presentazione, posto che la cambiale, incompleta rispetto al modulo prefissato dall’art. 1 della legge, al momento dell’emissione è suscettibile di essere riempita legittimamente (in conformità di un accordo di riempimento concluso tra emittente e prenditore) o non legittimamente (in difetto o in difformità dall’accordo).

La parola nullità non è usata ma il regime è quello della nullità del contratto; sicché nessun dubbio nutrirei su ciò che il giudice richiesto di conoscere di una pretesa titolata dal possesso *ad legitimationem* del titolo incompleto debba rilevarne d’ufficio l’incompletezza e rigettare la pretesa così titolata.

Molto delicato – al segno da non consentire qui che un cenno al problema, senza neppure prospettarne una soluzione preferita – è invece stabilire se il giudice possa d’ufficio rilevare la difformità tra un documento l’impossessamento del quale secondo buona fede sia invocato come titolo dell’acquisto del diritto in esso documentato e la fattispecie del titolo di credito, ogni qual volta l’applicazione del regime carto-

lare non dipenda dalla conformità tra documento e modulo precostituito dalla legge (quale il modulo cambiario). Può pensarsi ai titoli atipici – al centro di un’esperienza di provvista finanziaria ormai superata – ma anche e soprattutto ai titoli impropri: se il portatore di un titolo rivendica – come si prospettava – una prerogativa cartolare, deve il giudice d’ufficio accertare che non si tratta di un titolo di credito ma, appunto, di un titolo improprio (per esempio di un c.d. stabilito all’ordine)? Ovvero è questa materia di eccezione in senso proprio?

Al vertice si profila il problema tuttora inquietante della fattispecie cartolare – sull’identificazione della quale nessun orientamento promana dal diritto scritto: se questa si caratterizzi per la volontà dell’emittente, allora da provarsi da chi agisce; ovvero, si estenda a tutti i documenti circolanti salvo che l’emittente provi di aver voluto disapplicare il regime cartolare; o ancora se le sia coesistente una c.d. causa oggettiva dell’incorporazione.

Ma qui il discorso, per rispetto del tema del convegno, deve arrestarsi.

Qualche parola di ringraziamento*

di Giorgio De Nova

Vorrei ringraziare chi ha organizzato questa festa, e tutti voi che siete intervenuti.

Un ringraziamento particolare per Paolo Barozzi, bravo come fotografo quasi quanto come avvocato: la foto che apre i volumi è sua, un pomeriggio si è accanito per cogliere la mia peculiare bellezza, dopo due ore si è arreso, ma appunto da bravo avvocato, mi ha detto, ecco, questa è perfetta.

Magistrati, avvocati, professori. Vedo in quest’aula così illustri giuristi che mi sorge un senso di colpa: non vorrei che sottraendovi per un giorno alle vostre attività rallentasse l’impetuosa ripresa del paese di cui ci parla ogni giorno il nostro presidente del consiglio.

La consegna di scritti in onore ha un valore simbolico. Natalino Irti parlava di prima giovinezza e di feconda maturità. A me viene in mente la nota sequenza di Arbasino, giovane promessa, solito beep, venerabile maestro. Se la applico a me stesso, devo dire che sono stato per breve tempo giovane promessa, per lunghissimo tempo solito beep, ora finalmente con la consegna degli studi in onore inizia la fase del venerabile maestro.

Che effetto mi fa?

Inevitabile ripercorrere questi anni.

Ho avuto innanzitutto la fortuna di avere grandi maestri, sia come studioso, sia come avvocato: Rodolfo Sacco è qui tra noi, ed il nome di Cesare Grassetti è stato più volte evocato. Ma ho avuto anche la fortuna di avere eccezionali fratelli maggiori, studiosi che hanno costituito per me un punto di riferimento.

Ho avuto poi la fortuna di essere stato prima soprattutto studioso, poi soprattutto avvocato, ora soprattutto arbitro: e l’impressione avuta è che il compito sia divenuto sempre più difficile, certo il compito più difficile è quello del giudicare.

Un dato costante, in questi anni, credo sia stato, e sia tuttora, l’amore per il diritto civile. Quando dissi a mio padre che avevo deciso di fare l’avvocato, mi disse: «va bene, ma non smettere di studiare e di scrivere, perché le cose che hai fatto fino ad ora non sono male». Credo di poter dire che ho continuato.

Il diritto civile, una delle mie grandi passioni (anche se per fortuna non l’unica).

Si parla oggi di eclissi del diritto civile. La storia ci dice che si è sempre parlato di crisi del diritto, sicché non occorre drammatizzare.

Un punto però deve essere fermo.

* Convegno “Le nullità e l’attuale dimensione dell’autonomia privata” per la presentazione degli Studi in onore di Giorgio De Nova, tenutosi presso l’Università di Milano il 16 novembre 2015.

Si legge che di fronte alla complessità delle fonti si dovrebbe passare dal giudizio in base alle regole ed ai loro presupposti applicativi al giudizio in base ai valori.

Qui il mio dissenso è radicale, perché una dottrina che si limita a concordare o a dissentire da giudizi formulati in base ai valori perde ogni ruolo: si suicida.

Diceva Natalino Irti che la contrapposizione tra concetto e tipo, nei miei lavori, gli pare non necessaria.

Continuo a pensare che il metodo tipologico offra vantaggi significativi. Ma certo se la contrapposizione è tra giudizio in base alle regole ed alle loro fattispecie da un lato, e giudizio in base ai valori dall'altro, da sempre mi schiero nella prima prospettiva.

Aggiungo che, se guardo io stesso a ciò che faccio, la linea che intravedo (o quantomeno perseguo) è il ricorso ad argomentazioni verificabili: tutto il contrario dunque del giudicare in base ai valori.

Argomentazioni verificabili per una tesi scientifica, argomentazioni verificabili per difendere in giudizio, argomentazioni verificabili soprattutto per giudicare: perché non c'è giudizio se non c'è motivazione.

Cose banali da dire, ma quanto difficili da realizzare, giorno per giorno.

Saggi e pareri

L'interpretazione del contratto alieno*

di Aurelio Gentili

SOMMARIO: 0. Due questioni sull'interpretazione del contratto alieno. – 1. La tesi di Giorgio De Nova. – 2. Rilevanza delle clausole di definizione e di interpretazione autentica. – 3. Il caso delle Merger Clauses. – 4. Se per i contratti alieni si richieda una speciale metodologia ermeneutica. – 5. Possibili riflessi della metodica ermeneutica sulla nullità delle clausole aliene. – 6. Conclusione.

0. Si riconosce ciò che si conosce. Se incontrando un alieno diciamo: «Oh, un alieno!», forse, dopo tutto, non ci è tanto alieno.

Con il garbo e l'acume che gli sono propri Giorgio De Nova ci ha fatto (ri)conoscere i contratti alieni¹, e mostrato i numerosi problemi che la loro immigrazione da noi produce. Le sue pagine accennano molte questioni. Toccando i miei interessi dello stesso momento una mi ha attratto più delle altre: come si interpretano i contratti alieni?

Due problemi mi paiono principali.

Il primo nasce dalla frequenza in questi contratti di clausole ermeneutiche aliene. Clausole cioè che vogliono guidare convenzionalmente l'interpretazione del contratto in cui sono inserite. Per lo più esse servono a imporre una interpretazione strettamente letterale del contratto e quindi a precludere la ricerca della comune intenzione o il ricorso in caso di dubbio ai criteri ermeneutici suppletivi previsti dal nostro sistema legale di ermeneutica contrattuale. Operano nel nostro sistema? O, nonostante lo spazio riguadagnato dall'autonomia privata soprattutto per impulso dell'allineamento del nostro sistema alla prassi internazionale della contrattazione, sono nulle?

Il secondo concerne invece il giusto modo di applicare a contratti ricalcati su modelli estranei al nostro sistema le nostre regole legali ermeneutiche. Da tempo una parte della dottrina² va sostenendo che la tecnica ermeneutica non sia unitaria e che le sue regole siano relative al tipo di contratto da interpretare. Un'ipotesi di ermeneutica speciale si profila appunto per l'interpretazione da parte del giudice

* Relazione al Convegno "Le nullità e l'attuale dimensione dell'autonomia privata" per la presentazione degli Studi in onore di Giorgio De Nova, tenutosi presso l'Università di Milano il 16 novembre 2015.

¹ G. De Nova, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Milano, Padova, 2011, *passim* ma spec. p. 53 ss.

² Principalmente V. Rizzo, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, *passim*; nonché P. Perlingieri, *Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista*, in Id., *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 334; M. Pennasilico, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Torino, 2012, p. 4 e *passim*

italiano e secondo l'ermeneutica per lui vigente dei contratti internazionali, o di quelli nazionali la cui tecnica redazionale aderisca in pieno a modelli radicati in un diverso ordinamento (che per lo più è il *common Law*), cioè appunto i contratti alieni. Ci vuole una metodica ermeneutica speciale per questi contratti? E se questa metodica porta ad attribuire un senso non solo estraneo, ma incompatibile con il nostro sistema?

A questi due problemi, e a chi ne ha messo in luce le specialità, dedico questa riflessione: incontrarli sulla pagina – nostra o loro – è un modo per essere vicini agli amici.

1. Il problema della validità delle clausole che vogliono guidare l'interpretazione del contratto propone, come nota Giorgio De Nova, un curioso rovesciamento: l'interpretazione come oggetto del contratto invece che il contratto come oggetto dell'interpretazione³. Strumento di questo rovesciamento sono clausole ormai note sotto la denominazione di *Merger Clauses*, o *Entire Agreement Clauses*⁴.

Ricordata l'opinione favorevole di altri Autori sull'efficacia nel nostro ordinamento di tali clausole, G.D.N. se ne dissocia. Egli scrive: «Per parte mia ho forti dubbi sulla validità della clausola che imponga al giudice di fermarsi alla lettera del contratto, senza tenere conto della comune intenzione quale risulti da argomenti extratestuali. Il punto cruciale è se le parti possano dettare direttive vincolanti al giudice, nel momento in cui deve ricostruire il significato giuridicamente vincolante del contratto. Risponderei di no, perché le parti (...) non possono imporre al giudice i criteri per l'interpretazione complessiva del contratto. Le parti non possono vincolare il giudice con una interpretazione comune allegata in giudizio (...) il punto non è tanto il contrasto con il principio di buona fede quanto (...) che l'attività del giudice è materia di interesse pubblico, la soluzione sarà diversa se non di giudice si tratta ma di arbitro»⁵.

A mio parere c'è molto di vero nell'opinione di D.N. Ma forse qualche asserto richiede una maggiore analisi, che – penso – egli stesso avrebbe fatto se l'occasione in cui si è pronunciato non fosse stata inadatta a soffermarsi sui particolari. Mi provo a farla qui.

2. “Le parti non possono imporre al giudice criteri vincolanti per l'interpretazione *complessiva* del contratto”. Da che la nullità delle clausole in discorso.

³ G. De Nova, *Il contratto ecc.*, cit., p. 34.

⁴ M. Foglia, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, (in corso di stampa, consultato in bozze per cortesia dell'A.) *passim*; M. Barber, *The Limits of Merger Clauses*, in *The Journal of Business Law*, 2012, p. 486 ss.; E. Betto, *Mind the gap – battle of forms. Entire agreement e no-waiver clauses in Inghilterra: alcune recenti lezioni*, in *Dir. comm. int.*, 2011, p. 609 ss.; F. Mazza, *Merger clause o clausola di completezza*, in *I contratti in generale*, a cura di P. Cendon, IV, 2, Torino, 2001, p. 737 ss.; M. D'Auria, *L'interpretazione del contratto nel diritto privato europeo*, Milano, 2012, p. 19 s. La funzione di governo dell'interpretazione non è l'unica né, forse, la principale, di queste clausole; ma è quella che qui interessa.

⁵ G. De Nova, *Il contratto ecc.*, cit., pp. 37-38.

Dunque possono, mi par di intendere, imporre al giudice criteri vincolanti per l'interpretazione di singoli elementi. Ed effettivamente è da credere che possano. Sul senso di parti della lettera esse possono influire, e nessuno dubita che ciò sia lecito ed efficace, con clausole interpretative diverse dalle clausole 'di completezza' come quelle sopra indicate, quali – stando a studi recenti⁶ – le seguenti: 1) clausole di qualificazione; 2) clausole di definizione del contratto; 3) clausole di intitolazione; 4) clausole di definizione di termini; 5) clausole di interpretazione autentica; 6) clausole di classificazione gerarchica dei documenti contrattuali; 7) clausole di lingua; 8) clausole per colmare lacune.

Vero è che clausole di questo tipo non sono poi tanto aliene. Clausole di qualificazione, o di definizione⁷, per esempio, si incontrano frequentemente anche da noi. Le definizioni convenzionali in specie si possono trovare nei contratti per rendere noto il senso che il termine definito ha in quel patto. Sono una forma di interpretazione autentica pattizia. Come esercizio congiunto di autonomia privata vincolano ciascuna parte, che non potrà successivamente allegare di aver dato un senso diverso perché verrebbe *contra factum proprium*⁸ e perché si farebbe forte di un suo inadempimento (*nemo auditur*). Ma che potrà allegare che nel patto (anche) la controparte ha usato il termine definito in modo difforme dalla definizione.

Che esse siano rilevanti per il giudice mi pare indubbio. Ma rilevanti, non tassative, per una ragione pragmatica. Occorre sempre stabilire caso per caso se l'enunciato contrattuale oggetto di dissenso e quindi di interpretazione debba essere inteso secondo il significato definito o altrimenti. Chi può impedire alle parti di essere infedeli a se stesse? E il giudice, a ragion veduta, può constatarlo.

Mi pare inoltre che siano comuni anche da noi, e rilevanti e tassative, le clausole di interpretazione autentica⁹. Per tali intendo qui le clausole e gli accordi con cui le

⁶ Riprendo, con minime varianti, il catalogo di M. Fontaine, F. De Ly, *La redazione dei contratti internazionali*, Milano, 2008, p. 158.

⁷ Sulle definizioni convenzionali F. Ferro Luzzi, *Del preambolo del contratto. Valore ed efficacia del premesso che nel documento negoziale*, Milano, 2004, p. 38 ss.; A. Crivellaro, *La rilevanza dei preamboli nell'interpretazione dei contratti internazionali*, in *Riv. comm. int.*, 2001, p. 779 ss.

⁸ Sulla rilevanza del principio nell'interpretazione v. G. Sicchiero, *L'interpretazione del contratto ed il principio nemo contra factum proprium venire potest*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 507 ss.

⁹ Sull'interpretazione autentica del contratto v. G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Torino, 1930, p. 196 ss.; F. Carnelutti, *L'interpretazione del contratto e il ricorso in Cassazione*, in *Studi di diritto processuale*, I, Padova, 1925, p. 399 ss.; e in senso negativo C. Furno, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, p. 216 ss.; F. Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 345 (e v. anche p. 106); G. Osti, *Contratto*, in *Nov.mo dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 522 ss.; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, p. 189 s, p. 220, (ma v. anche, in senso difforme, p. 259); G. Liotta, *Interpretazione del contratto e comportamento complessivo delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, pp. 988-989; G. Fonsi, *Le clausole interpretative dei negozi giuridici*, in *Vita not.*, 1992, p. 1374 ss.; C.M. Bianca, *Il contratto*, cit. p. 444 ss.; A. Crivellaro, *La rilevanza dei preamboli nell'interpretazione dei contratti internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2001, p. 777 ss.; M. Bianchi, *Alcuni commenti di un pratico sul rapporto tra tecniche di redazione e prevenzione delle controversie nei contratti internazionali (ovvero di un certo qual «strabismo» dei giuristi di civil Law*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, p. 76 ss.; F.

parti attuali del rapporto (che possono non essere affatto gli autori del contratto autenticamente interpretato) si vincolino ad attribuire ad una regola pattizia un senso che precluda ogni altro senso, e vi vincolino, con se stesse, tutti coloro per cui possano disporre¹⁰.

Ferro Luzzi, *Del preambolo del contratto. Valore ed efficacia del "premeso che" nel documento negoziale*, Milano, 2004; F. Volpe, *L'interpretazione autentica del contratto tra esigenze di accertamento e principio di conservazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 583 ss.; M. Onorato, *L'accordo d'interpretazione*, Milano, 2009.

Abbondanti gli studi sull'interpretazione autentica del contratto collettivo di lavoro: G. Giugni, *Appunti sull'interpretazione del contratto collettivo*, in *Riv. dir. lav.*, 1957, II, p. 169 ss., p. 179 ss.; Id., *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, *ivi*, 1958, I, p. 3 ss.; A. Cessari, *L'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, 1963, p. 100 ss.; T. Treu, *Potere dei sindacati e diritti acquisiti degli associati nella contrattazione collettiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 333 ss.; G. Suppiej, *La funzione del contratto collettivo di lavoro*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da Riva Sanseverino e Mazzoni, I, *Diritto sindacale*, Padova, 1971, p. 215 ss.; A. Maresca, *Diritto individuale del lavoratore e potere del sindacato*, in *Riv. dir. lav.*, 1985, p. 685; G. Pera, *Sulla disponibilità sindacale dei diritti individuali*, *ivi*, 1986, I, p. 297 ss.; A. Bollani, *Contratto collettivo e interpretazione*, Padova, 2004.

Sostanzialmente manca una elaborazione giurisprudenziale (v. però C. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 341, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 168 (m): "In materia di gare di appalto, in una situazione di obiettiva incertezza, quando cioè le clausole della *lex specialis* risultino imprecisamente formulate o si prestino comunque ad incertezze interpretative, la risposta dell'amministrazione appaltante ad una richiesta di chiarimenti avanzata da un concorrente non costituisce un'indebita, e perciò illegittima, modifica delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica, con cui l'amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*"; nello stesso senso T.a.r. Lombardia, 7 ottobre 2013, n. 2236, in *Giurisdiz. amm.*, 2013, ant., 191; Cass., 2 marzo 2012, n. 3304, in *Rep. Foro it.*, 2012, Impiegato dello Stato e pubblico [3440], n. 509: "Il procedimento di accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi del pubblico impiego ex art. 64 d.leg. n. 165 del 2001, come l'analogo procedimento ex art. 420 bis c.p.c., è finalizzato ad assicurare l'uniforme applicazione delle relative clausole e presuppone perciò un'adeguata istruttoria al fine della soluzione della questione pregiudiziale con portata generale ed esaustiva, capace cioè di definire in termini chiari ed univoci ogni possibile questione in materia; ne consegue che, qualora la necessaria istruttoria da parte del giudice di merito sia mancata, non essendo tale lacuna rimediabile in sede di legittimità, occorre annullare l'impugnata sentenza e rimettere gli atti al giudice territoriale (fatispecie in tema di esatta determinazione del fondo per la retribuzione di risultato spettante al ruolo della dirigenza non medica per l'anno 1993, in ordine alla quale il giudice di merito non aveva considerato un verbale di interpretazione autentica, non aveva accertato il comportamento tenuto dalle parti collettive prima e dopo la redazione del verbale medesimo, né aveva verificato l'esistenza e il contenuto di accordi locali)"; A. Venezia, 30 maggio 2010, *Rass. giur. lav. Veneto*, 2011, fasc. 2, 96; Cass., 27 maggio 2009, n. 12335, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1773).

¹⁰ Il senso di tale vincolo e della preclusione a ogni diversa interpretazione sarà esaminato meglio più avanti. La nozione di efficacia preclusiva è stata elaborata anzitutto dalla dottrina processualistica: E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, spec. p. 23 ss.; e ripresa da studi di teoria generale: A. Falzea, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, I, Milano, 1958, p. 205 ss.; Id., *Efficacia giuridica*, *ivi*, XIV, Milano, 1965, p. 432 ss.

Sotto il profilo civilistico, N. Irti, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 c.c.*, Padova, 1996, p. 137.

Non mancano critici: C. Vocino, *Considerazioni sul giudicato (spunti da un libro di appunti e da altre pubblicazioni recenti)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1485 ss.; F. Carresi, *Il contratto*, II, Milano, 1987, p. 65 ss.; M. Onorato, *L'accordo di interpretazione*, *cit.*, p. 38 ss.

La questione più rilevante è se il giudice, su istanza di parte o anche d'ufficio, possa far propria una interpretazione diversa da quella concordata. Una dottrina¹¹ esclude che il giudice sia vincolato alle prescrizioni interpretative delle parti. Altra¹² invece ne assume il carattere vincolante anche per il giudice. A me pare che se le parti convengono quale sia l'interpretazione di un patto, il giudice non possa discostarsene: con l'atto di interpretazione autentica ogni diverso senso del contratto è precluso. Sussiste perciò anzitutto un impedimento alla parte a farlo valere, operante nel giudizio alla stregua di pretese estinte per transazione; ed un impedimento al giudice a farlo proprio, perché la spendita di potere negoziale compiuta con il negozio di interpretazione autentica esclude che le interpretazioni disattese negozialmente siano la comune intenzione delle parti. Poco importa se davvero in origine il senso del contratto era quello asseverato dall'interpretazione autentica o era un altro; ormai è quello che le parti hanno scelto. Un contratto ha il potere non solo di costituire o estinguere ma anche di 'regolare' un rapporto giuridico patrimoniale. E i suoi effetti non sono solo traslativi o obbligatori, ma possono essere anche preclusivi (valga ancora l'esempio della transazione)¹³. Questo è appunto il caso dell'interpretazione autentica esplicita, che dunque è ad ogni effetto un contratto¹⁴, e determina in modo tassativo il senso. Altro è, naturalmente, che anche l'interpretazione autentica si interpreta.

Se intendo bene il pensiero di D.N. egli non dissente realmente dalla mia conclusione quando dice che "le parti non possono vincolare il giudice con una interpretazione comune allegata in giudizio". Bisogna distinguere. L'interpretazione comune allegata in giudizio non è sempre un negozio giuridico inteso a vincolare circa il senso ma talora una semplice mancanza di dissenso su un punto: le parti dissentono sui loro diritti e doveri e su qualche parte del contratto che li fonda, ma

Contro la tesi qui affermata potrebbe però essere sollevata un'obiezione. Si potrebbe infatti sostenere che la definizione fallisca per non saper distinguere la figura dai casi in cui si abbia in realtà modificazione; sicché le parti, potrebbero indifferentemente, affermando però di interpretare, tanto interpretare quanto modificare. L'obiezione è presto superata. Come dato semantico il testo, la disposizione, ha una gamma di potenziali significati: i significati testuali *possibili* (letterali e non letterali). Ed esclude tutti gli altri. Questa plurivocità semantica limitata è ciò che giustifica che possano esservi più interpretazioni. Ma non qualunque interpretazione, perché dove introduce l'ambiguità, introduce anche un limite: non ogni senso può essere collegato al testo. Dunque l'interprete autentico o può ragionevolmente mostrare che esso vi è ricompreso, magari alla luce del contesto, per quanto oscuro, celato, dubbio. O deve ammettere di stare andando contro il testo. Ogni operazione del primo tipo è ancora interpretativa, quand'anche ascriva sensi diversi dal letterale. Per contro, l'attribuzione di un senso estraneo ed incompatibile con il testo implica necessariamente che vi venga immesso qualcosa di nuovo e diverso. Quand'anche fossero gli stessi autori a pervenirvi, essi non starebbero più interpretando, ma consapevolmente o inconsapevolmente modificando.

¹¹ P. Schlesinger, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Temi*, 1963, p. 1135 ss.

¹² F. Carresi, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 647 ss.; G. Sicchiero, *L'interpretazione del contratto e il principio nemo contra factum proprium venire potest*, cit., p. 512 ss.

¹³ *Contra* M. Onorato, *L'accordo d'interpretazione*, cit., p. 41.

¹⁴ *Contra* M. Onorato, *L'accordo d'interpretazione*, cit., p. 47.

non su un'altra parte, di cui presuppongono la stessa interpretazione. Qui il giudice non è vincolato, e nei limiti della domanda può intendere diversamente. Se invece su quel punto vi è una vera e propria 'interpretazione autentica', non può.

3. "Le parti non possono dettare direttive vincolanti al giudice, nel momento in cui deve ricostruire il significato giuridicamente vincolante del contratto".

Quanto detto sopra chiarisce che in verità le parti non sono del tutto disarmate: definizioni e qualificazioni, rilevanti ma non tassative, interpretazioni autentiche, rilevanti e tassative, incidono sull'opera ermeneutica del giudice. Ma mi è chiaro che così dicendo D.N. si riferisce ad altro.

Per rendere trasparente l'idea giova una distinzione. Quella tra interpretazione-attività e interpretazione-esito¹⁵. L'interpretazione è infatti tanto il procedimento che svolgiamo attraverso tecniche intese ad attribuire senso, quanto il senso che attribuiamo ad un testo supportandolo con argomenti che accreditano quel significato e/o escludono gli altri eventualmente possibili.

Ora, le ipotesi esaminate nel paragrafo precedente riguardano problemi di rilevanza per il giudice di interpretazioni-esito che le parti cercano di imporgli. Qui invece dobbiamo dire di clausole, tra cui appunto le *Merger Clauses* e simili, con cui le parti cercano di regolare l'interpretazione-attività del giudice, imponendogli tecniche (essenzialmente quella letterale) e/o precludendogli tecniche (spesso tutte le altre) cui il giudice secondo il sistema legale di ermeneutica potrebbe invece far ricorso.

3.1. La questione sembra allora rientrare nel noto problema della natura derogabile o inderogabile delle disposizioni ermeneutiche che fissano le tecniche cui il giudice può e deve far ricorso per stabilire il senso del contratto. È giusto trarre dall'assunto (esatto) che "l'attività del giudice è materia di interesse pubblico" la conseguenza che le regole interpretative non possono essere derogate? O, in altri termini: ammessa la validità delle clausole sull'interpretazione-esito, sono invece nulle le clausole sull'interpretazione-attività?

È un punto finora controverso se l'applicazione delle regole legali ermeneutiche – che sono essenzialmente regole sull'interpretazione-attività, abbia carattere necessario, o sia suscettibile di deroga convenzionale¹⁶. La risposta era un tempo rigida-

¹⁵ A. Ross, *Diritto e giustizia*, Torino, 1990, p. 111; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 39; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 4; Id., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2006, p. 127; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2003, p. 203; C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, p. 74; nella civilistica v. ad es. M. D'Auria, *L'interpretazione del contratto nel diritto privato europeo*, Milano, 2012, p. 11, nt. 26.

¹⁶ Per una diversa impostazione del tema v. A. Di Majo, *L'interpretazione del contratto*, cit., pp. 651-652.

mente negativa¹⁷; oggi prevale l'idea che si tratti di norme derogabili¹⁸: quelle disposizioni esprimerebbero criteri di opportunità giuridica, non di ordine pubblico. Perciò le parti sarebbero libere di convenire particolari criteri ermeneutici anche in deroga ai criteri legali.

A me pare che la questione richieda di essere impostata meglio. Non è detto infatti che domanda e risposta siano monolitiche. Bisogna allora articolare la domanda in cinque: *a)* il senso letterale, *b)* la ricerca dell'intenzione, *c)* le altre disposizioni ritenute di interpretazione soggettiva, *d)* la buona fede, *e)* le disposizioni ritenute di interpretazione oggettiva¹⁹.

La regola di partire dalla lettera è fuori questione. E con essa non solo l'individuazione del testo, ma anche del senso, attraverso i consueti strumenti grammaticali, sintattici, semantici e logico-sistematici. Con ciò è coerente la prima funzione delle clausole in discorso, non strettamente interpretativa ma intesa a definire quali siano i soli documenti che integrano il testo contrattuale.

Poiché concorre alla determinazione del senso letterale, o comunque del senso risultante dal (solo) testo del contratto, fuori questione sembra anche l'interpretazione delle clausole le une per mezzo delle altre, anche se taluno ha sollevato improbabili dubbi sulla inderogabilità dell'art. 1363 c.c.²⁰. A mio parere – ma non posso qui approfondire il punto – altrettanto va detto delle disposizioni (artt. 1364 e 1365 c.c.) sull'ampiezza del senso letterale, sul senso utile di tutte le clausole (art. 1367

¹⁷ F. Carnelutti, *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 140 ss.; C. Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, cit., Appendice III, p. 257 ss.; G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 81 ss.

¹⁸ V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 442; C.M. Bianca, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 416; F. Ziccardi, *Interpretazione*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 2 ss.; G. Liotta, *Interpretazione del contratto e comportamento complessivo delle parti*, cit., p. 969 ss., p. 1007

¹⁹ Per onestà intellettuale verso il lettore devo qui dichiarare che io non credo alla distinzione tra regole di interpretazione soggettiva e regole di interpretazione oggettiva, e comunque considero quelle degli artt. 1367 e 1369 c.c. della stessa natura e funzione di quelle degli artt. 1362-1366 c.c. (*amplius* in A. Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Torino, 2015, p. 425 ss., p. 615 ss.). Ma qui per brevità del riferimento mi valgo di questa nomenclatura in uso.

²⁰ P. Schlesinger, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Temì*, 1963, 1135 ss.; F. Carresi, *Interpretazione del contratto. Art. 1362-1367*, in *Commentario Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Bologna-Roma, 1992, 63; V. Calderai, *Interpretazione dei contratti ecc.*, cit., pp. 485-489; E. Capobianco, *La determinazione del regolamento*, in *Tratt. del contratto*, dir. da V. Roppo, II, *Regolamento*, Milano, 2006, p. 211 ss., p. 300.

Già prima del codice si discuteva se l'art. 1131 (e cioè l'antecedente dell'attuale art. 1362) presupponesse necessariamente di essere applicato congiuntamente all'art. 1136 (antecedente dell'art. 1363) o meno: secondo C. Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico cit.*, 106 la «comune intenzione» doveva essere ricercata nell'intero testo contrattuale, poiché «i singoli patti sono in funzione di un pensiero unitario» e quindi «anche quando l'espressione letterale non sembra ambigua», l'interpretazione del testo andava comunque operata in modo sistematico; nel senso dell'applicazione necessaria della regola, v. F. Carnelutti, *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*, in *Studi di diritto processuale*, I, Padova, 1925, 394 ss.; v. altresì N. Coviello, *Manuale del diritto civile italiano*, Milano, 1924, rist. Napoli, 1992, 407-408; e in precedenza G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, IV, Firenze, 1904, 197.

c.c.), e sul loro senso conveniente alla natura e oggetto del contratto (art. 1369 c.c.), che non sono (secondo me) criteri di interpretazione oggettiva ma criteri di messa a punto del senso letterale²¹. Qui la domanda sulla derogabilità è inappropriata: se sul senso della lettera non genera dubbi²², al fine di stabilirne il senso queste disposizioni non servono; se li genera, non se ne può fare a meno.

Né si può ritenere derogabile l'art. 1366 c.c.²³: il principio di buona fede è ricondotto infatti all'ordine pubblico. Ma la tesi è incontestabile solo relativamente all'accezione c.d. soggettiva: stare al senso che un *reasonable man* poteva e doveva capire in base alle espressioni del contratto intese secondo gli usi linguistici correnti. Controversa invece relativamente all'oggettiva: intendere – al limite addirittura correttamente – in un senso che renda equo il contratto.

Il discorso cambia per le disposizioni di interpretazione cd. oggettiva degli artt. 1368, 1370 e 1371 c.c., che sono evidente frutto di ragioni politico legislative²⁴. E allora ai fini della deroga tutto dipende dal valore di queste ragioni: solo soccorso ai dubbi o anche *policies* cui conformarsi? La risposta è presto data: il ricorso alle prassi è sicuramente derogabile perché introduce solo una presunzione che le parti possono ben escludere; invece l'*interpretatio contra stipulatorem* è, specialmente oggi dopo l'estensione e l'avallo solenne del diritto europeo, una *policy* a tutela di interessi anche generali e del mercato cui nessuno nell'area europea si può sottrarre. La risposta difficile concerne l'art. 1371. Ma anche qui a ben vedere il legislatore non offre un ausilio ma compie una scelta, e se il caso ricorre l'interprete deve conformarsi. Dunque l'art. 1368 è derogabile e gli artt. 1370 c.c., 35 Cod. consumo, e 1371 c.c. no.

Il punto specificamente rilevante però è la ricerca dell'intenzione. Proprio questa conosce tentativi di deroga attraverso quelle clausole. Nel senso di voler imporre una interpretazione strettamente letterale (per lo più perseguita dichiarando l'irrilevanza ermeneutica delle trattative, delle dichiarazioni rese al di fuori del documento che congiuntamente viene additato come unico e completo testo del contratto, e simili), perché si dichiara che solo nella lettera l'intenzione si è ben manifestata. Quindi in sostanza quelle clausole derogano alla regola legale di cercare l'intenzione altrove. E

²¹ Basti pensare che gli artt. 1364, 1365, 1367 e 1369 si applicano quando la lettera ha due sensi possibili, ed occorre individuare quello corretto.

²² Nella mia visione, però, la lettera non genera dubbi solo quando non li genera neppure se vista nel contesto; per una più ampia illustrazione mi sia permesso rinviare a quanto scrivo in *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, cit., p. 522.

²³ Cfr. C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 416; M. D'Auria, *L'interpretazione dei contratti nel diritto privato europeo*, cit., p. 141.

²⁴ Ad esempio: senza il favore per l'impresa, che con un'interpretazione razionale ha poco o nulla da vedere, non ci sarebbe ragione di pensare che nei contratti con gli imprenditori in caso di ambiguità debba prevalere il senso conforme a ciò che si pratica nel luogo dell'impresa invece che quello conforme a ciò che si pratica nel luogo del contratto.

cioè nel comportamento, nelle circostanze, nella natura o oggetto del contratto²⁵, insomma fuori del testo.

Se così è, non bisogna considerare le *Merger Clauses* clausole che derogano alla ricerca dell'intenzione ma clausole che – alla stessa stregua del principio *in claris non fit interpretatio*²⁶ – assumono che la lettera esprime fedelmente l'intenzione, e perciò quando la lettera è compresa l'intenzione è trovata. Conseguentemente, se un ostacolo vi è (da vedere) comunque *non* è nel fatto che “l'attività del giudice è materia di interesse pubblico”.

3.2. Vedendo la cosa in questa prospettiva nei contratti corredati dalle dette clausole non saremmo dunque veramente di fronte ad una deroga al principio di cercare l'intenzione; o comunque non più che nell'adozione del principio *in claris*. Saremmo invece di fronte alla scelta convenzionale di irrilevanza nel caso dei dati extratestuali (comportamenti, circostanze), perché si assume per definizione che i testuali non lascino dubbi sull'intenzione comune.

Viste così le *Merger Clauses* danno adito a due domande.

La prima. La *Merger Clause* presuppone una lettera 'chiara'. Ma quando la lettera può dirsi chiara (e allora la clausola applicabile)?

La seconda. Che fare tutte le volte che la lettera non sia 'chiara'?

Quanto alla prima, la lettera (spesso) può sembrare chiara se non si considera che la lettera stessa; ma evidentemente può essere ritenuta davvero chiara solo quando al momento di agire in conformità essa indichi un senso determinato applicabile nella specie e non ne dia più d'uno. Cioè quando non vi siano vaghezze o ambiguità nel momento dell'esecuzione del contratto. Si consideri: il contratto prescrive chi può o deve fare cosa nel contesto dato. Sicché o la lettera domina il contesto (dice cosa che

²⁵ Ritengo che la regola dell'art. 1369 c.c. non appartenga all'interpretazione oggettiva, bensì sia un criterio di messa a punto del senso letterale: una espressione può assumere l'uno piuttosto che l'altro dei suoi significati letterali se riferita ad un tipo di scambio piuttosto che ad un altro tipo (la cessione di 'sorgente' ha un senso diverso nei contratti che hanno ad oggetto *software* ed in quelli che hanno ad oggetto acque). Dati i limiti di questo scritto non posso approfondire qui il punto.

²⁶ Alla stregua di questo principio un importante filone della nostra giurisprudenza afferma che se si comprende la lettera la ricerca dell'intenzione non è esclusa ma è conclusa; cfr., tra tante, Cass., 11 marzo 2014, n. 5595, in *Rep. Foro it.*, 2014, Contratto in genere [1740], n. 123: “In tema di interpretazione dei contratti, è prioritario il canone fondato sul significato letterale delle parole, di cui all'art. 1362, 1° comma, c.c., sicché, quando esso risulti sufficiente, l'operazione ermeneutica deve ritenersi utilmente, quanto definitivamente, conclusa (nella specie, la suprema corte ha confermato la sentenza di merito, la quale aveva ritenuto assolutamente chiaro il tenore letterale della clausola di un contratto di locazione ad uso abitativo, con cui le parti avevano voluto pattiziamente estendere ad ogni successiva scadenza la necessità per il locatore di dare disdetta motivata al conduttore ai sensi dell'art. 11, 2° comma, d.l. 11 luglio 1992 n. 333, convertito nella l. 8 agosto 1992 n. 359)”; Cass., 19 marzo 2007, n. 6426, in *Rep. Foro it.*, 2007, Lavoro (rapporto) [3890], n. 810: “Ove il dato letterale riveli con chiarezza e univocità la volontà dei contraenti, una diversa interpretazione non è ammessa, poiché soltanto la mancanza di chiarezza, precisione ed univocità delle espressioni letterali adottate dalle parti nella redazione del testo negoziale legittimano l'interprete alla adozione di altri”.

anche vista nel contesto non lascia dubbi) o non è chiara. Ma per riuscirci deve esprimere: a) *un* (solo) senso, b) *contestualizzato*. Non è di tutti i contratti e non basta apporvi una *Merger Clause* per renderli capaci di farlo. Quindi ha ragione D.N. ma forse non tanto per la ragione formale dell'inderogabilità delle regole legali bensì per la ragione sostanziale che l'ermeneutica razionale impone, per capire se la lettera sia davvero chiara, proprio di considerare quel contesto che la *Merger Clause* vorrebbe precludere.

Quanto alla seconda, quando la lettera è vaga o ambigua l'interprete non potendo restare al senso letterale indeterminato o plurimo, e non potendo dire "*non liquet*", non ha altro scampo che tornare a cercare l'intenzione comune in quel materiale ermeneutico extratestuale che la clausola voleva rendere irrilevante.

In conclusione: una *Merger Clause* non è invalida. Non c'è nulla *contra legem* nell'affermazione delle parti che avendo accuratamente formulato il patto attestano che i segni extratestuali precedenti coevi e posteriori sono irrilevanti. Effettivamente, se il testo è chiaro, o i segni del contesto dicono la stessa cosa e sono inutili, o dicono altra cosa e allora sono egualmente inutili perché esprimono intenzioni abbandonate o infedeli.

Ma è (ermeneuticamente) inutile: perché per stabilire che la lettera è davvero chiara (guida in modo determinato ed inequivoco il comportamento esecutivo nel contesto di attuazione) il giudice dovrà considerare proprio quegli altri segni (comportamenti, circostanze) che danno il contesto del testo; e se non è chiara dovrà farvi ricorso per sciogliere i dubbi.

4. Veniamo all'altra questione.

Qual è il giusto modo di applicare a contratti ricalcati su modelli estranei al nostro sistema le nostre regole legali ermeneutiche? Ci vuole una metodica ermeneutica speciale, per l'interpretazione da parte del giudice italiano e secondo l'ermeneutica per lui vigente, dei contratti internazionali, o di quelli nazionali la cui tecnica redazionale aderisca in pieno a modelli radicati in un diverso ordinamento?

4.1. Qualche precisazione preliminare. I contratti alieni *non* sono contratti internazionali (se non nel profumo). Quindi non pongono tutti i problemi propri di questi. Ma a fini ermeneutici possono essere accostati a quei contratti internazionali che cadano sotto la giurisdizione del giudice italiano il quale si trovi a doverli anzitutto interpretare.

Un problema ad essi comune è allora stabilire quale sia il modo corretto di interpretare modelli alieni: secondo il senso che hanno nel loro contesto giuridico di origine, o secondo il senso che possono assumere nel nostro?²⁷ Si consideri: noi

²⁷ Che è cosa diversa dallo stabilire – ma solo consequenzialmente – la validità ed operatività da noi del (senso così individuato) de) la clausola (su questo G. De Nova, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., loc. cit., e *passim*).

collegiamo significati alle parole ed agli enunciati in base agli usi linguistici correnti; ma se il testo che interpretiamo è 'traduzione' (se, cioè, riproduce nella nostra lingua e nel nostro ordinamento contenuti di un'altra lingua e di un altro ordinamento) si apre l'alternativa di intenderlo secondo gli uni, gli altri, o il loro concorso.

4.2. Ebbene, quanto al modo corretto di interpretare modelli alieni, se cioè secondo il senso che hanno nel loro contesto giuridico di origine, o secondo il senso che possono assumere nel nostro, sembra a chi scrive che il problema sia più apparente che reale. A ben vedere tutte le tecniche ermeneutiche del sistema italiano concorrono nell'accreditare una interpretazione-esito ispirata al significato che le clausole aliene hanno nel sistema di origine. Non si può che partire dalla 'lettera' scontando che essa è traduzione (concettuale o anche linguistica) di termini ed enunciati riconducibili ad usi linguistici impregnati del senso corrente nel luogo di origine. Non si può che pensare che la comune intenzione espressa dal testo (e al caso da comportamenti e circostanze) si sia diretta da un lato all'intento pratico usualmente sotteso al ricorso a quelle clausole là dove si sono formate e diffuse, e dall'altro alla *ratio* che ivi esse esprimono. Se poi (ex art. 1368 c.c.) si volesse guardare alle prassi, come in generale si è finito per riconoscere che quelle di settore contino più di quelle di area²⁸, così per logica si deve qui ammettere che quelle dell'ordinamento di origine contino più di quelle dell'ordinamento in cui la clausola è trasportata.

Insomma, in linea di massima è solo illusorio effetto ottico di prima vista che esista un diverso senso 'italiano' della clausola aliena. E questa dunque va interpretata secondo le tecniche ermeneutiche italiane alla stessa stregua di come si interpreterebbe un testo in lingua straniera.

Ne segue che lo scopo perseguito dai criteri di governo convenzionale dell'interpretazione contrattuale forniti dalle *merger clauses* sotto questo profilo si riduce al rafforzamento del valore della lettera come esplicitazione dell'intenzione comune *facendo riferimento però ai fini della determinazione del senso letterale agli usi linguistici (non nostri, ma) del luogo di origine del modello*, nonostante la traduzione.

E questo, che non è poi molto, non solo non è in deroga ma anzi in linea con la nostra ermeneutica. È come dire che il significato proprio delle parole (pretermessi qui i fondati dubbi sulla nozione di significato proprio delle parole) che sono usate – in traduzione – in un modello alieno, è quello che esse, restituite al linguaggio di origine, avrebbero nel loro contesto linguistico.

Ciò – e così concludiamo sul punto – non instaura una ermeneutica speciale del contratto alieno, bensì piuttosto conferma quella ordinaria, con quei meri spostamenti d'accento che poi si riverberano – secondo lo standard – sul materiale utilizzabile e sulla valutazione del suo peso, una volta che alla lettera ed all'intenzione sia

²⁸ Ampia esemplificazione in F. Astone, *Commento all'art. 1368 c.c.*, in *I contratti in generale*, dir. da E. Gabrielli, II, Torino, 2011, p. 579 ss.; v. anche E. Del Prato, *Fonti legali ed usi*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 517 s.

stato dato senso secondo gli usi linguistici realmente applicabili e secondo quanto risulta dal loro scopo effettivo, buono o cattivo che sia.

5. Va però fatta una specificazione della conclusione appena raggiunta che *in linea di massima* sia solo illusorio effetto ottico di prima vista che esista un diverso senso ‘italiano’ della clausola aliena, e che questa perciò vada interpretata secondo le tecniche ermeneutiche italiane ma tenendo conto della sua particolare semantica in base al contesto di origine.

La specificazione è che la tecnica ermeneutica può influire sulla validità.

Altro è la correttezza altro è la validità del senso. Un senso ermeneuticamente corretto può essere *contra legem*. Il senso che una clausola contrattuale assume nel nostro ordinamento interpretandola con fedeltà al sistema da cui proviene, potrebbe infatti essere contrario alla nostra legge. E allora la clausola intesa in coerenza al contesto originario sarebbe nulla.

Il nostro sistema ermeneutico però incide potenzialmente sul rapporto tra correttezza e validità del senso. E l’interprete della clausola aliena deve tenerne conto. In pratica, le ipotesi che possono prospettarsi sono due.

Se l’interprete giunge ad un senso univoco ma *contra legem* della clausola aliena non gli resta che constatare l’invalidità.

Ma se invece constata che la clausola può anche essere diversamente interpretata e assumere un senso legittimo, se cioè è semanticamente²⁹ e pragmaticamente³⁰ possibile dargliene uno compatibile con la nostra legge, “nel dubbio” opera il principio conservativo dell’art. 1367 c.c.

Per non restare oscuri possono servire degli esempi. Eccone uno, tratto dalla prassi: le clausole che riproducono dichiarazioni che nell’ordinamento di origine (praticamente: il *common Law*) sarebbero *Waivers*, o *Representations*, se si accoglie la tesi qui appena asseverata che la clausola aliena vada interpretata secondo le tecniche ermeneutiche italiane ma tenendo conto della sua particolare semantica in base al contesto di origine, hanno il senso che avrebbero in quel sistema. Nel suo sistema di origine una *Representation* spesso è soprattutto una rinuncia ad eccezioni; e da noi una rinuncia ad eccezioni come tale può essere nulla³¹. Ma una *Representation* può anche essere solo una specificazione/limitazione dei reciproci diritti e doveri; e in ciò non c’è nulla che vada *contra legem*.

Ne segue che, secondo come si interpreta, la clausola aliena è o non è valida. Tutto dipende dalla univocità o no dell’esito interpretativo. Se il senso della clausola aliena inteso tenendo conto del contesto di origine ha l’inequivoca valenza di una rinuncia da noi non consentita, l’invalidità è indubbia. Ma se è semanticamente e

²⁹ Perché il testo può avere anche quel senso.

³⁰ Perché non è escluso che le parti perseguissero – o almeno si contentassero – del senso compatibile con il nostro sistema.

³¹ Cfr. ad es. Cass., 11 febbraio 2011, n. 3392, in *Contratti*, 2011, p. 994, nt. Rumi.

pragmaticamente possibile intendere la *Representation* (o meglio il suo equivalente italiano) come mera specificazione dei reciproci poteri e doveri, ancorché in un ambiente anglosassone la si intenderebbe come rinunzia a diritti, allora da noi la clausola *va intesa in questo senso* in virtù del nostro principio conservativo, e così almeno in quei limiti è valida.

Dobbiamo accettare ciò che è diverso e rifiutare solo ciò che è incompatibile.

6. Da tutto ciò una semplice conclusione.

In un mondo globalizzato non possiamo e non dobbiamo impedire che gli alieni immigrino da noi. È inevitabile. È anche utile. Perciò non dobbiamo trattarli ostilmente, e possiamo arricchirci di ciò che ci portano di nuovo e diverso.

Tuttavia, aperti ad arricchirci di ciò che di nuovo e diverso gli alieni ci portano, senza recepirlo supinamente dobbiamo renderlo compatibile con le regole su cui si regge il nostro sistema.

Fino ad oggi la soluzione migliore, anche se zoppicante, mi pare dunque conservare la nostra cultura (le nostre tecniche ermeneutiche, i nostri principi di validità) rispettando per quanto possibile la loro (il senso di ciò che importano da noi, il loro modo di determinarlo).

Non rinunceremo a noi stessi non rinunciando a loro.

Il matrimonio tra internazionalizzazione dei diritti e circolazione dei modelli familiari

di Cristina Campiglio

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Il matrimonio nell'ordinamento italiano: cenni. – 3. Il matrimonio nell'ordinamento internazionale: la CEDU. Il matrimonio omosessuale. – 4. Segue. Il matrimonio religioso. Il matrimonio su basi discriminatoria. – 5. Segue. Il matrimonio forzato. Il matrimonio simulato. – 6. Segue. Il matrimonio tra affini. – 7. Coordinamento dell'ordinamento italiano con altri modelli matrimoniali. Il matrimonio islamico (potenzialmente poligamico). – 8. Segue. Il matrimonio omosessuale. – 9. Lo scioglimento del matrimonio nell'ordinamento italiano: cenni. – 10. Lo scioglimento del matrimonio nella CEDU. – 11. Coordinamento dell'ordinamento italiano con altri modelli divorzili. Il favor divorzii nel diritto UE. – 12. Conclusioni.

Molti sono gli scritti che toccano e approfondiscono questioni particolari relative al matrimonio. In questa sede è sembrato invece utile tentare di offrire una panoramica tendenzialmente completa della prassi internazionale e internazional-privatistica relativa all'istituto, un tempo sicuramente cardine del vivere sociale ma che ormai vede una progressiva contrazione di questo suo ruolo.

1. “Matrimonio per tutti”: è questo uno slogan che da qualche anno si è diffuso in ogni parte del mondo. Gli stessi Stati Uniti, che nel 1996 avevano tentato di imporre a livello federale il divieto di matrimoni tra persone del medesimo sesso, hanno visto la legge a difesa del matrimonio tradizionale (*Defence of Marriage Act, DOMA*) cadere recentemente sotto la scure della Corte Suprema¹.

Anche in Italia la legittimità costituzionale delle norme codicistiche che riservano il matrimonio a persone di sesso diverso è stata messa in discussione, ma la Cor-

¹ Il riferimento è alla sentenza 26 giugno 2015 (*Obergefell et al. v. Hodges*) che ha dichiarato incostituzionali le leggi degli Stati federati che vietano il matrimonio omosessuale, per violazione del principio di uguaglianza sancito dal Quattordicesimo Emendamento della Costituzione americana. Già due anni prima (il 26 giugno 2013), peraltro, il DOMA era finito davanti alla Corte Suprema, che lo aveva dichiarato incostituzionale nella parte in cui obbligava il Governo federale a considerare matrimoni solo le unioni fra persone di sesso diverso, in violazione della *Due Process Clause* contenuta nel Quinto Emendamento della Costituzione (per cui nessuno può essere privato della libertà se non in seguito a regolare procedimento legale: *United States v. Windsor*, 570 U.S.-2013). Entrambe le decisioni sono state rese a maggioranza di 5 contro 4.

te Costituzionale ha chiarito che non vi è alcun contrasto con la nostra Costituzione (artt. 2, 3, 29 e 117) e che “spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali”². Il legislatore però ha tardato a farsi carico del problema (la legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, a maggio 2016, è ancora in discussione alla Camera), ritenendo prioritario riformare la materia del divorzio, che è stato reso più agevole da un lato grazie alla negoziazione assistita dall’altro con l’introduzione del c.d. divorzio breve³.

A prescindere dai singoli aspetti e dalle specifiche soluzioni, è evidente che l’istituto del matrimonio è in fase di evoluzione, in un contesto globale caratterizzato da valori talvolta inconciliabili. È l’intero settore del diritto di famiglia, perverso, ad aver visto accentuarsi una sorta di bipolarismo tra le normative di quegli Stati che, traendo ispirazione o anche talora semplicemente pretesto da un certo credo religioso, mostrano un’impronta decisamente maschilista (e non di rado sanzionano penalmente l’omosessualità), e le normative di altri Stati orientate al soddisfacimento delle aspettative e delle esigenze, vere o presunte, del singolo individuo, al punto da ridefinire i confini stessi della famiglia.

In Stati come l’Italia – che da un lato garantisce l’uguaglianza dei coniugi, dall’altro continua a riconnettere al matrimonio una funzione principalmente sociale – tale bipolarismo rende difficile l’opera dell’interprete che, in presenza di situazioni familiari transnazionali, si trova a dover coordinare e adattare modelli familiari diversi.

Ma c’è un altro fronte a cui gli ordinamenti statali (compreso il nostro) sono esposti, ed è quello sovranazionale.

Certamente il diritto di famiglia è uno dei settori meno permeabili a influssi esterni. L’esclusività della competenza statale in ambito familiare, del resto, non è stata erosa neppure dall’Unione europea, la quale, dal canto suo, ha in più occasioni ribadito di non voler procedere all’armonizzazione della materia (fornendo, ad esempio, una nozione comune di matrimonio) e di accettare la pluralità di modelli familiari degli Stati membri. Occorre tuttavia prendere atto della interferenza delle norme internazionali a tutela dei diritti fondamentali, che sono assurti ormai a parametro di legittimità (internazionale, appunto) delle scelte legislative nazionali anche in questioni familiari.

In questa intricata cornice, le pagine che seguono intendono fornire alcuni spunti di riflessione con riguardo all’istituto del matrimonio, considerato sia nella sua forma “interna” che in quella “transnazionale” (per tale intendendosi il matrimonio

² Corte Cost., 10 aprile 2010, n. 138, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 979: le norme oggetto di giudizio erano gli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis c. c. Si vedano anche le ordinanze 7 luglio 2010, n. 276 (*Fam. dir.*, 2011, p. 18, con nota di Rivezzo) e 5 gennaio 2011 n. 4 (*Dir. fam.*, 2011, p. 547, con nota di Bordolani) nonché la sentenza 11 giugno 2014, n. 170 (*Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 12, p. 1139, con nota di Lorenzetti e Schuster) su cui *infra*, nota 4.

³ Vedi *infra* nel testo, par. 9.

che presenta elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano, vuoi per la presenza di un cittadino straniero vuoi per essere stato celebrato all'estero).

2. Fondamento della famiglia, “ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare” (art. 29 Cost.), il matrimonio non è mai stato oggetto invero di specifica definizione da parte del legislatore italiano. Né il codice civile né le leggi speciali, infatti, ne forniscono la nozione che può peraltro ricostruirsi alla luce delle diverse disposizioni a esso dedicate: il matrimonio è l'atto (ma anche il rapporto che ne consegue) con cui un uomo e una donna⁴ si impegnano a realizzare una stabile comunione di vita e di affetti⁵. Si tratta dunque di un negozio bilaterale liberamente concluso tra individui di sesso diverso, al fine di dar vita a una reciproca solidarietà affettiva e materiale con voluto carattere di durevolezza.

I “limiti stabiliti dalla legge” a cui allude la Costituzione figurano negli artt. 84-89 c. c., che si possono sicuramente annoverare tra le c.d. norme di applicazione necessaria⁶: si tratta infatti di norme che devono necessariamente essere applicate a

⁴ Sono numerose le norme del codice civile in cui si utilizzano i termini “marito” e “moglie” (artt. 89, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis*) o si fa riferimento a generi diversi (art. 87 n. 3): il mutamento del sesso di uno dei coniugi, inoltre, è motivo di scioglimento del matrimonio (art. 3 n. 2 lett. g, l. 1° dicembre 1970, n. 898 sul divorzio, e art. 4, l. 14 aprile 1982 n. 164, in materia di rettificazione di attribuzione di sesso). Con la già ricordata (*supra*, nota 2) sentenza 11 giugno 2014, n. 170, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni della citata l. n. 164 del 1982 “nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei due coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore”. Per le prime applicazioni v. Cass., 21 aprile 2015, n. 8095 (http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/04/Cass._8097_2015.pdf) e Trib. Milano, decreto 22 aprile 2015 (<http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/04/trib-MI-22-aprile-2015.pdf>). Sempre con riguardo alla legge n. 164 del 1982, la Corte di Cassazione (20 luglio 2015, n. 15138: <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/13155.pdf>) ha precisato che ai fini della rettificazione del sesso – stante il silenzio del legislatore in ordine alla tipologia di mutamento dei caratteri sessuali – è sufficiente la modifica dei caratteri sessuali secondari: a tutela della salute dell'interessato, non è dunque necessario intervenire chirurgicamente sui caratteri sessuali primari. Resta da aggiungere che sul c.d. divorzio imposto si è pronunciata anche la Corte EDU (sentenza 29 aprile 2013, *H. c. Finlandia*, reperibile – come tutte le altre sentenze citate *infra* – sul sito <http://hudoc.echr.coe.int>), con riferimento alla normativa finlandese che consente la trasformazione del matrimonio divenuto *same-sex* in unione registrata: questa possibilità di conversione è stata ritenuta dai giudici di Strasburgo sufficiente a garantire il diritto al rispetto della vita privata degli interessati (art. 8 CEDU).

⁵ Curiosamente, il requisito della “comunione spirituale e materiale tra coniugi” figura nella legge sul divorzio, laddove si prevede che il giudice pronunci lo scioglimento del matrimonio una volta accertata l'impossibilità di mantenimento o ricostituzione di detta comunione (art. 1, l. n. 898 del 1970).

⁶ Ai sensi dell'art. 17, l. 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, “(è) fatta salva la prevalenza ... delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera” operata dalle norme di diritto internazionale privato.

chiunque intenda sposarsi in Italia, si tratti di un italiano o di uno straniero. Perentorio al riguardo è l'art. 116 c. c. che ne dispone il rispetto anche in occasione della celebrazione in Italia del matrimonio dello straniero, il quale deve altresì presentare una dichiarazione delle autorità estere da cui risulti che “giusta le leggi a cui è sottoposto nulla osta al matrimonio”.

È utile ricordare, infine, che i limiti codicistici consistono vuoi in impedimenti assoluti – tra cui rilevano in particolare la minore età (e l'interdizione: artt. 84 e 85 c. c.) e la mancanza di stato libero (art. 86 c. c.) – vuoi in impedimenti relativi, come la parentela, l'affinità⁷ e l'adozione (art. 87 c. c.).

3. Mentre a Roma veniva redatta la nostra Carta Costituzionale, a New York la Commissione per i diritti umani della neonata Organizzazione delle Nazioni Unite elaborava un testo che sarebbe stato formalmente adottato dall'Assemblea generale il 9 dicembre 1948 come “Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo”. L'art. 16 della Dichiarazione garantisce a “(u)omini e donne in età adatta ... il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione”, precisando che il matrimonio “potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi” e che la famiglia “è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato”⁸.

Due anni dopo, il 4 novembre 1950, veniva aperta alla firma a Roma, sotto l'egida del Consiglio d'Europa, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), che dedica al matrimonio l'art. 12: “A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto”. Si tratta di una norma che ha avuto una genesi travagliata⁹: era dubbio infatti, da un lato, se si potesse imporre a livello internazionale un diritto al matrimonio in assenza di un denominatore giuridico comune dell'istituto negli Stati; dall'altro, se tale diritto dovesse configurarsi come assoluto (l'avamprogetto

⁷ Parentela e affinità, come l'età, sono impedimenti rimovibili, a certe condizioni, da parte dell'autorità giudiziaria.

⁸ Questa disposizione ha immediatamente suscitato la reazione del mondo islamico, di cui si è fatto portavoce il rappresentante saudita. Il Corano, infatti, prevede restrizioni di tipo religioso (v. *infra*, par. 4). Proprio per tener conto della posizione islamica, l'ONU ha evitato, nel successivo Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966), qualsiasi riferimento alla non discriminazione su base religiosa, attenuando nel contempo il principio di uguaglianza dei coniugi. Recita infatti l'art. 23 del Patto: “1. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato. 2. Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio. 3. Il matrimonio non può essere celebrato senza il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. 4. Gli Stati parti del presente Patto devono prendere misure idonee a garantire la parità di diritti e di responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento. In caso di scioglimento deve essere assicurata ai figli la protezione necessaria”.

⁹ Conseil de l'Europe, *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Haye, 1975, spec. vol. I, p. 195 ss., vol. II, p. 54 e 97 ss.

prevedeva infatti il diritto di sposarsi e fondare una famiglia *tout court*) o se si dovesse subordinarne l'esercizio alle regole dettate dai singoli legislatori nazionali. Alla fine si decideva di contemplare il diritto al matrimonio accompagnandolo a una clausola di regolamentazione¹⁰ (al riferimento cioè alle "leggi nazionali"): e mentre in un primo tempo diritto al matrimonio e diritto di fondare una famiglia erano concepiti come indipendenti, nel testo definitivo li troviamo fusi tra loro (si parla infatti, al singolare, di "diritto di sposarsi e di fondare una famiglia" e di "esercizio di tale diritto"). Scopo dell'art. 12 CEDU, pertanto, è la protezione del matrimonio in quanto fondamento della famiglia¹¹.

Nell'esercizio della loro discrezionalità i legislatori nazionali possono porre restrizioni al diritto di sposarsi ma "must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired"¹². Sarebbe, ad esempio, contraria all'art. 12 CEDU la legge che vietasse in generale a una persona (ad esempio, lo straniero) o a una determinata categoria di persone (ad esempio, i detenuti) di sposarsi.

Il matrimonio contemplato dall'art. 12 CEDU è, in linea di principio, duraturo, nel senso che non può essere celebrato a termine (come è, ad esempio, il matrimonio temporaneo, noto alla comunità sciita)¹³. Quanto alla sua dissolubilità, va detto che – in epoca ormai lontana, pervero – la Corte EDU ha dichiarato non essere desumibile dall'art. 12 CEDU il diritto al divorzio¹⁴.

Anche a proposito della diversità di sesso la Corte EDU si è pronunciata, chiarendo in molte occasioni che il divieto del matrimonio omosessuale rientra nella legittima regolamentazione dell'esercizio del diritto a sposarsi¹⁵. Ma se negli anni Ottanta e Novanta l'identità sessuale veniva ricostruita su basi biologiche (nell'accezione cromosomica: insomma, chi nasce uomo resta uomo anche se, a seguito di interventi chirurgici od ormonali, si trasforma esteriormente in donna), nel 2002 la Corte ha abbandonato la nozione di sesso "by purely biological criteria", rilevando come sia sempre meno evidente che "the chromosomal element, amongst all the others, must inevitably take on decisive significance for the purposes of legal attri-

¹⁰ Si tratta di qualcosa di diverso rispetto alla più utilizzata clausola di interferenza, in virtù della quale taluni diritti individuali (tra cui quello al rispetto della vita familiare protetto dall'art. 8 CEDU) possono subire restrizioni purché siano previste dalla legge e siano necessarie, in una società democratica, per la protezione di interessi collettivi (sicurezza nazionale, ordine pubblico, prevenzione di reati, ecc.). Si ritiene che la clausola di regolamentazione lasci allo Stato un margine di apprezzamento minore rispetto alla clausola di interferenza.

¹¹ Così, ancora alla fine degli anni Novanta, si esprime la Corte EDU: sentenza 30 luglio 1998, *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, punto 66.

¹² Il principio è stato chiarito sin dal caso *Rees c. Regno Unito*, 17 ottobre 1986, punto 50.

¹³ La *mut'ah* – che trova fondamento nel Corano, sura 4:24 – è una sorta di prostituzione legalizzata, la cui finalità è attribuire lo *status* di legittimità agli eventuali figli: l'Islam infatti riconosce solo la filiazione legittima.

¹⁴ Corte EDU, 18 dicembre 1986, *Johnston e altri c. Irlanda*, punto 54.

¹⁵ Casi *Rees e Sheffield e Horsham* cit.

bution of gender identity”¹⁶. Conseguenza di questo cambiamento di prospettiva è che lo Stato (nel caso concreto, il Regno Unito) che considera decisivo ai fini matrimoniali il sesso registrato alla nascita, e non quello successivo alla conversione, viola l’art. 12 CEDU.

È interessante osservare che, a suffragio di questo *revirement*, la Corte di Strasburgo ha invocato una norma adottata nell’ambito dell’Unione europea (e all’epoca ancora priva di valore vincolante) che riprende l’art. 12 CEDU espungendo però il riferimento a “uomini” e “donne”. Si tratta dell’art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (“Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio”), nel quale in realtà l’omesso riferimento al sesso dei nubendi mira – non già a incidere sulla nozione di sesso e sull’identità sessuale, riconducibile semmai alla vita privata tutelata dall’art. 7 della stessa Carta (corrispondente all’art. 8 CEDU), bensì – a consentire il riconoscimento di unioni matrimoniali tra persone del medesimo sesso¹⁷.

E proprio su questo specifico problema la Corte EDU è stata chiamata qualche tempo dopo a esprimersi, su ricorso di una coppia omosessuale a cui le autorità austriache avevano vietato di celebrare le nozze. Con una sentenza del 2010 destinata ad avere pesanti ripercussioni in tutti gli Stati europei, i giudici di Strasburgo prendono atto dell’evidente *consensus* europeo a favore del riconoscimento giuridico delle coppie del medesimo sesso, *consensus* che tuttavia non è ancora così diffuso da poter incidere sul margine di apprezzamento degli Stati (all’epoca solo 6 dei 47 Stati membri del Consiglio d’Europa prevedevano il matrimonio omosessuale). I legislatori nazionali restano dunque liberi di prevedere o meno forme alternative al matrimonio e di definire lo *status* derivante da queste forme di riconoscimento dell’unione (*status* che potrebbe in ipotesi essere esattamente coincidente con quello matrimoniale, anche ad esempio in vista dell’accesso a tecniche di procreazione assistita o all’adozione). L’art. 12 CEDU, in altri termini, non impedisce allo Stato di riservare il matrimonio a coppie di sesso diverso: qualora tuttavia – ed è questo il passaggio più significativo della sentenza – lo Stato lo consenta, anche il matrimonio omosessuale rientra nell’ambito della protezione accordata dall’art. 12 CEDU che,

¹⁶ Corte EDU (Grande Camera), 11 luglio 2002, *I. c. Regno Unito, e Goodwin c. Regno Unito*, punti 80 e 62 e risp. 100 e 82.

¹⁷ Nelle Spiegazioni che accompagnano la Carta si legge infatti: “La formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L’articolo non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda”. Vale la pena di aggiungere che la Carta scinde il diritto al matrimonio e il diritto di fondare una famiglia, riconoscendo quest’ultimo indipendentemente dalla celebrazione delle nozze.

alla luce dell'art. 9 della Carta dell'UE, non può più essere riferito solo alle persone di sesso diverso¹⁸.

Sul tema la Corte è ritornata nel 2014¹⁹ e – con specifico riferimento alla situazione italiana – nel 2015. Alla richiesta di tenere conto degli sviluppi intervenuti negli ultimi anni, valorizzando la natura “vivente” della CEDU, la Corte ha risposto ribadendo che, nonostante la crescente diffusione delle nozze *same-sex* tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa (sono 11, oggi, gli Stati che le ammettono²⁰), non è tuttora possibile desumere dall'art. 12 CEDU alcun obbligo positivo in merito al matrimonio omosessuale²¹. Se non hanno diritto di sposarsi, le coppie del medesimo sesso hanno però diritto di vedere giuridicamente tutelata la loro relazione: di qui l'obbligo, per il nostro Paese, di prevedere forme alternative al matrimonio, quali l'unione civile o il partenariato registrato²².

Tanto l'art. 12 della CEDU quanto l'art. 9 della Carta riconoscono insomma il *gender neutral marriage* ma non ne impongono la previsione agli Stati contraenti. I legislatori nazionali possono legittimamente continuare a contemplare solo il matrimonio eterosessuale e – secondo la stessa Corte di Strasburgo²³ – a imporre lo scioglimento del matrimonio divenuto omosessuale a seguito di mutamento di sesso di uno dei coniugi.

4. Assodato che l'art. 12 CEDU non intacca la sovranità statale, i legislatori nazionali sono liberi di fissare le condizioni (sostanziali e formali) per la celebrazione delle nozze²⁴. La CEDU non inficia inoltre la facoltà per i singoli Stati di stipulare intese con specifiche comunità religiose, atte ad attribuire effetti civili ai matrimoni celebrati secondo le regole e le formalità di tali comunità²⁵: intese di questo tipo

¹⁸ Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, punto 61: “Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex”.

¹⁹ Corte EDU (Grande Camera), 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia*, punto 96.

²⁰ Si tratta di Belgio, Danimarca, Francia, Islanda, Lussemburgo, Norvegia, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Spagna, Svezia. A questi si aggiungono Argentina, Brasile, Canada, Messico, Nuova Zelanda, Stati Uniti, Sudafrica, Uruguay.

²¹ Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, punti 189-192.

²² Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, punto 174: il Governo italiano – prosegue la Corte – “have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions” (punto 185): il nostro legislatore gode comunque di margine di apprezzamento nella definizione dello *status* (e dei correlati diritti ed obblighi) derivante dalla costituzione di un'unione civile (o dalla registrazione di un partenariato: punto 177).

²³ Vedi *supra* nota 4.

²⁴ Con la normativa pakistana, che consente il matrimonio telefonico e telematico, si sono confrontati Trib. Milano, 2 febbraio 2007, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 137; App. Milano, decr. 24 settembre 2003, inedito; e Trib. Bologna, decreto 7 gennaio 2014, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 679.

²⁵ In assenza di intese *ad hoc*, il matrimonio celebrato con particolari riti religiosi o tradizionali non ha effetti civili. Sulla inefficacia del c.d. matrimonio rom si sono pronunciate sia la Corte EDU (8 dicembre 2009,

sono state stipulate con la Santa Sede dall'Italia (Concordato del 1929, rivisto nel 1984), ma anche da Portogallo (Concordato del 1940 rivisto nel 2004), Spagna (Accordo su questioni giuridiche del 1979) e Malta (Accordo sul riconoscimento degli effetti civili dei matrimoni canonici e delle decisioni ecclesiastiche in merito a tali matrimoni)²⁶.

Le scelte legislative nazionali, comunque, non devono violare altri diritti protetti dalla CEDU, primo tra tutti il diritto di uguaglianza. Quantunque l'art. 12 CEDU (a differenza art. 16 della Dichiarazione universale, ma come l'art. 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici) non vi faccia riferimento espresso, il principio di non discriminazione opera anche in campo matrimoniale, essendo sancito in termini generali dall'art. 14 CEDU²⁷: e che tale principio fosse ben presente ai redattori è testimoniato dai lavori preparatori da cui risulta che una delle ragioni per cui è stato contemplato il diritto al matrimonio era proprio quella di reagire alle restrizioni razziali imposte negli anni precedenti dai regimi totalitari²⁸.

Sarebbero, ad esempio, illegittime le normative che prevedessero l'endogamia (ossia l'appartenenza degli sposi allo stesso gruppo o alla medesima casta²⁹), condizionassero le nozze alla professione di una determinata religione³⁰ o prevedessero impedimenti diversi a seconda del sesso³¹. Si tratta peraltro di situazioni che non si riscontrano negli Stati parti della CEDU, ma che possono loro presentarsi in fatti-specie con implicazioni transfrontaliere: ma su questo problema torneremo più avanti (par. 7).

Muñoz Diaz c. Spagna) sia la nostra Cassazione (ordinanza 27 settembre 2013, n. 22305, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 1019).

²⁶ Vale la pena di ricordare che in base al regolamento (CE) n. 2201/2003 in materia di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (sul quale v. *infra* nel testo, par. 11) le sentenze ecclesiastiche relative all'invalidità di un matrimonio, non appena integrate nell'ordinamento di uno di questi quattro Stati, producono automaticamente effetti in tutti gli Stati membri dell'Unione, al pari delle sentenze dei giudici nazionali (art. 63).

²⁷ "Il godimento dei diritti ... riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza distinzione di alcuna specie, come di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione".

²⁸ Conseil de l'Europe, *Recueil cit.*, vol. I, p. 199. Ricordo che in Italia l'art. 91 c. c. relativo alla "Diversità di razza o di nazionalità" ("I matrimoni tra persone appartenenti a razze diverse sono soggetti alle limitazioni poste dalle leggi speciali ...") è stato abrogato dall'art. 1, r.d.l. 20 gennaio 1944, n. 25 e dall'art. 3, d.lg.lgt. 14 settembre 1944, n. 287.

²⁹ Si pensi in particolare al sistema indiano: interessante il sito <http://www.shaadi.com/matrimonials/indian-castes>.

³⁰ Si veda *infra* nel testo, par. 7, la disciplina islamica.

³¹ Il diritto islamico richiede l'intervento di un tutore matrimoniale, musulmano e di sesso maschile, che integra, a pena di nullità, il consenso della donna.

Mentre non sembrano discriminatorie le normative che fissano un'età minima diversa per uomo e donna, collegandola ai diversi tempi di maturità sessuale³², discriminatorie sono le leggi di quegli Stati che richiedono la libertà di stato solo alla donna, potendosi invece l'uomo sposare contemporaneamente con più donne. Il riferimento è con tutta evidenza alla poligamia, istituto di derivazione coranica, che comunque non è ammessa in nessuno degli Stati parti della CEDU. In un caso relativo alla Turchia (in cui invero è stata abolita sin dal 1926), la stessa Corte EDU³³ nel 2003 ha indirettamente "condannato" la poligamia, sulla linea di precedenti prese di posizione di organismi ONU³⁴.

Dubbi di legittimità potrebbero infine sorgere riguardo alle limitazioni connesse alla residenza nello Stato o alla cittadinanza. Molti Stati che prevedono i matrimoni omosessuali hanno infatti posto vincoli per arginare forme di "turismo matrimoniale". Ad esempio, l'Olanda – primo Paese a introdurre l'istituto, nel 2000 – richiede che almeno uno dei nubendi sia olandese o residente in Olanda: in Belgio, invece, occorre che almeno uno dei due sposi appartenga a uno Stato che prevede il matrimonio omosessuale o vi risieda³⁵.

5. Più lapidario rispetto alle corrispondenti previsioni in ambito ONU (art. 16 Dich. univ. e art. 23 Patto dir. civ. pol.), l'art. 12 CEDU non fa cenno neppure al libero e pieno consenso dei nubendi³⁶ al momento della celebrazione del matrimonio: ma è pur vero che – nella prassi di Strasburgo – il principio di autonomia (autodeterminazione) è da ritenersi protetto dall'art. 8 CEDU, rientrando nel più ge-

³² Anche in Italia, del resto, l'età era 16 anni per gli uomini e 14 per le donne. Solo con la riforma del diritto di famiglia (art. 4, l. n. 151 del 1975) si è fissata un'età minima comune, 18 anni, riducibile a 16.

³³ Corte EDU, 13 febbraio 2003, *Refah Partisi e altri c. Turchia*, dove la Corte rileva che il principio di laicità è uno dei principi fondamentali dello Stato a tutela dei diritti umani e della democrazia.

³⁴ Il riferimento è principalmente alla General Recommendation 21 del 1994 ("Equality in Marriage and in Family Relations", punti 13 e 14) del Comitato ONU sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti della donna, e al General Comment 28(68) del 29 marzo 2000 relativo all'art. 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, punto 24) del Comitato ONU dei diritti dell'uomo.

³⁵ In Canada, invece, il legislatore ha espressamente disposto che i matrimoni celebrati nel territorio dello Stato (tra persone di sesso uguale o diverso) sono considerati validi anche se gli interessati, al momento delle nozze, sono privi della capacità matrimoniale secondo la legge dello Stato di residenza (la legge 26 giugno 2013 è pubblicata anche in *Rev. crit. droit int. privé*, 2014, p. 460). Sulla normativa maltese v. *infra* nel testo, par. 8.

³⁶ Al riguardo le Nazioni Unite hanno adottato la Convenzione 7 novembre 1962 sul consenso matrimoniale, l'età minima e registrazione dei matrimoni (in vigore dal 1964), non ratificata peraltro dall'Italia. Il diritto di scelta libera del marito è espressamente sancito dalla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 18 dicembre 1979 (art. 16).

nerale diritto al rispetto della vita privata. Così, evidentemente, non godono di protezione il matrimonio forzato³⁷ e il matrimonio riparatore³⁸.

Implicita nell'art. 12 CEDU è poi la causa del matrimonio, ossia la volontà di creare una comunione di vita e di affetti. Laddove questa volontà manchi, non c'è matrimonio e dunque non scatta la protezione³⁹. È il caso del matrimonio simulato (fittizio, di convenienza), contratto cioè con l'intenzione non già di costituire effettivamente un rapporto coniugale ma di beneficiare di qualche conseguenza ricollegata allo *status* di coniuge. Come dimostra uno studio pubblicato nel 2010 dalla Commissione internazionale dello stato civile⁴⁰, si tratta di una pratica piuttosto frequente in Europa, al punto che nel 2014 la Commissione europea ha pubblicato un manuale per aiutare gli Stati membri nella lotta contro i matrimoni fittizi tra cittadini dell'Unione e cittadini di Paesi terzi, nel quadro della politica di contrasto all'immigrazione irregolare. La situazione più frequente, infatti, è quella che vede uno straniero extracomunitario convolare a nozze con un cittadino dell'Unione al solo scopo di acquistarne la cittadinanza e/o ottenere il permesso di soggiorno in uno Stato membro.

Del problema in verità l'Unione si era già fatta carico nel 1997, allorquando il Consiglio aveva approvato una risoluzione "sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni fittizi"⁴¹, alla luce della quale il Regno Unito aveva emanato nel 2004 una norma che richiedeva un certificato *ad hoc* per gli immigrati intenzionati a sposarsi. Nel 2009 anche il legislatore italiano ha deciso di esigere dal nubendo straniero (cittadino di uno Stato non membro dell'Unione europea), oltre al nulla osta da parte delle autorità del suo Paese, "un documento attestante la regola-

³⁷ Il matrimonio forzato è equiparato alla schiavitù e dunque vietato dalla Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù del 1956 (art. 1 lett. c). Da ultimo anche il Consiglio d'Europa ha affrontato il problema, in occasione dell'adozione della Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. In base agli artt. 32 e 37 di tale Convenzione, infatti, gli Stati contraenti devono "garantire che i matrimoni contratti con la forza possano essere invalidabili, annullati o sciolti senza rappresentare un onere finanziario o amministrativo eccessivo per la vittima".

³⁸ In Pakistan, ad esempio, vige la consuetudine del *vani*, per cui la donna viene costretta al matrimonio a parziale riparazione del reato commesso da un familiare maschio. In Italia fino al 1981 era previsto il matrimonio riparatore (art. 544 c. p.).

³⁹ L'art. 12 CEDU protegge infatti il *genuine marriage* (*mariage non fictif*). Così Corte EDU, 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, punto 62.

⁴⁰ Commission Internationale de l'État Civil (CIEC), *Les mariages simulés*, Strasbourg, 2010: <http://ciec1.org/Etudes/Fraude/MariagesSimulesVO-FR-sept2010.pdf>.

⁴¹ Risoluzione del Consiglio del 4 dicembre 1997 sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni fittizi, in *Gazz. Uff. C.E.*, 16 dicembre 1997, n. C 382: è definito fittizio "il matrimonio di un cittadino di uno Stato membro, o di un cittadino di un paese terzo che soggiorna regolarmente in uno Stato membro, con un cittadino di un paese terzo unicamente allo scopo di eludere le norme relative all'ingresso e al soggiorno dei cittadini dei paesi terzi e di ottenere per il cittadino del paese terzo un permesso di soggiorno o un titolo di soggiorno in uno Stato membro".

rità del soggiorno nel territorio italiano” (così l’ultima frase del 1° comma dell’art. 116 c. c.)⁴².

Nel 2010 tuttavia la Corte EDU ha ribadito – con riferimento alla sopra ricordata disciplina inglese – che il margine di apprezzamento riservato agli Stati non può estendersi fino al punto di introdurre una limitazione generale, automatica e indiscriminata, a un diritto fondamentale garantito dalla CEDU: la previsione di un divieto generale, senza che sia prevista alcuna indagine riguardo alla genuinità del matrimonio, è pertanto lesiva del diritto tutelato dall’art. 12 della CEDU⁴³.

Questa decisione ha spianato la strada alla Corte Costituzionale italiana⁴⁴, che ha dichiarato illegittimo – alla luce non solo dei parametri costituzionali interni (artt. 2, 3, 29 e 31 Cost.) ma anche del parametro esterno della CEDU (art. 117 Cost.) – l’art. 116, 1° comma, c. c., nella parte in cui richiede allo straniero extracomunitario che voglia sposarsi in Italia il documento di soggiorno. Anche nel caso dell’art. 116 del nostro codice civile, infatti, si trattava di un divieto generale giacché il legislatore – “lungi dal rendere più agevole le condizioni per l’accertamento del carattere eventualmente ‘di comodo’ del matrimonio di un cittadino con uno straniero” – ha introdotto, appunto, una generale preclusione a contrarre matrimonio per gli stranieri irregolari.

6. Tra gli impedimenti relativi i legislatori nazionali annoverano l’affinità. Anche su questo punto la Corte EDU ha preso posizione⁴⁵, ravvisando violazione dell’art. 12 CEDU nella normativa inglese che consente il matrimonio tra un uomo e l’ex moglie del figlio solo dopo la morte di quest’ultimo e di sua madre; e il matrimonio tra una donna e il padre del suo ex marito solo dopo la morte di quest’ultimo e della relativa madre. Secondo la Corte, infatti, il divieto – che pure persegue finalità legittime (tutela dell’integrità del nucleo familiare e dei minori eventualmente coinvolti) ed è suscettibile di deroga tramite atto *ad hoc* del Parlamento – non è in grado di raggiungere lo scopo in vista del quale è stato imposto, in quanto non previene di fatto l’instaurarsi di relazioni tra affini, come dimostra il caso sottoposto (relazione tra suocero e nuora, che – ormai liberi da vincoli matrimoniali – vorrebbero sposarsi). Balza immediatamente agli occhi l’analogia con la normativa italiana in cui l’impedimento persiste anche in caso di scioglimento del matrimonio da cui l’affini-

⁴² La modifica è stata introdotta dall’art. 1, 15° comma, l. 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica). Con circolare del Ministero dell’Interno 7 agosto 2009, n. 19, si precisava che “il matrimonio dello straniero (extracomunitario) è subordinato alla condizione che lo stesso sia regolarmente soggiornante sul territorio nazionale” e che detta condizione “deve sussistere all’atto della pubblicazione e al momento della celebrazione del matrimonio”.

⁴³ Corte EDU, 14 dicembre 2010, *O’Donoghue e altri c. Regno Unito*.

⁴⁴ Corte Cost., 20 luglio 2011, n. 245, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 133.

⁴⁵ Corte EDU, 13 settembre 2005, *B. e L. c. Regno Unito*.

tà deriva (art. 87 c. c.)⁴⁶: di qui il dubbio della conformità della previsione codicistica con l'art. 12 CEDU (e dunque con l'art. 117 Cost.).

7. La sempre maggior frequenza di rapporti transnazionali pone il nostro ordinamento a confronto con tipologie matrimoniali diverse dalle nostre, come il *nikah* islamico e il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Per quanto riguarda il *nikah*, va detto anzitutto che si tratta di un vero e proprio contratto di diritto civile, a prestazioni corrispettive: a fronte dei diritti di godimento sessuale e di autorità maritale, l'uomo è tenuto al donativo nuziale e al mantenimento della donna. La stipulazione di questo tipo di contratto è subordinata a condizioni di natura religiosa: la fede islamica del futuro marito (per la donna) e l'appartenenza alle "Genti del Libro" – cioè all'islam, al cristianesimo o all'ebraismo – della futura moglie (per l'uomo). L'uomo, infine, può sposare contemporaneamente fino a quattro donne: se vengono celebrate più nozze, il matrimonio diventa poligamico, in caso contrario resta monogamico.

L'esigenza di coordinamento con la normativa islamica emerge principalmente in due ipotesi: quella della celebrazione in Italia di nozze tra italiani e cittadini di Stati islamici⁴⁷, e quella del riconoscimento di effetti di matrimoni poligamici celebrati all'estero.

Per quanto riguarda la prima situazione, è ormai pacifico che l'ufficiale dello stato civile italiano non debba tenere conto delle limitazioni religiose, in quanto integrano una discriminazione vietata dalla Costituzione e dal diritto internazionale e fanno quindi scattare il limite dell'ordine pubblico. L'art. 16 della legge di diritto internazionale privato (n. 218 del 1995) stabilisce infatti espressamente che "(l)a legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico", inteso come l'insieme dei principi fondamentali del nostro ordinamento⁴⁸. Sarà invece in forza della norma (di applicazione necessaria) di cui all'art. 86 c. c. che l'ufficiale dello stato civile non potrà celebrare un matrimonio poligamico, dovendo verificare la sussistenza dello stato libero in capo allo straniero, anche in presenza di nulla osta.

Più delicato è il problema del riconoscimento di effetti del matrimonio poligamico già celebrato all'estero, ossia il riconoscimento dello *status* di coniuge alla seconda/terza/quarta moglie. Sul punto si può richiamare la già ricordata decisione della Cor-

⁴⁶ L'impedimento è dispensabile solo in caso di annullamento del matrimonio.

⁴⁷ Evidentemente nessun problema si pone se le nozze coinvolgono italiani (o stranieri appartenenti a Paesi non islamici) di fede islamica: in tal caso, infatti, si applica la legge dello Stato di cittadinanza, a nulla rilevando dal punto di vista civilistico i precetti religiosi.

⁴⁸ In passato gli ufficiali di stato civile si rifiutavano di celebrare le nozze in assenza di nulla osta da parte delle autorità straniere, costringendo i nubendi a rivolgersi all'autorità giudiziaria per la dispensa. Finalmente nel 2007 il Ministero dell'Interno ha imposto agli ufficiali dello stato civile di non tener conto della condizione relativa alla fede islamica eventualmente contenuta nel nulla osta al matrimonio (circolare 11 settembre 2007, n. 46, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 339). Si veda altresì l'ordinanza della Corte Costituzionale 30 gennaio 2003, n. 14, anche in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 937.

te EDU del 2003, che ha precisato che la libertà religiosa protetta a livello internazionale riguarda soltanto la sfera intima della persona e non può essere invocata per giustificare l'applicazione di regole sociali di matrice religiosa. Ne consegue che è legittimo impedire che norme di diritto privato d'ispirazione religiosa attentino ai valori fondamentali dello Stato democratico, il quale può ben disattendere – in pratica, disapplicare – le norme islamiche che prevedono discriminazioni in base al sesso, quali appunto quelle che consentono all'uomo di avere più mogli e di godere di privilegi in sede di scioglimento del matrimonio (il riferimento è al ripudio della moglie) o in sede successoria. In altre parole, lo Stato che non riconosce lo *status* di coniuge acquisito all'estero dalla seconda/terza/quarta moglie del poligamo, non può essere accusato di violazione di alcun diritto fondamentale e, specificamente, non può essere considerato colpevole di lesione della libertà religiosa degli interessati.

Ora, il settore in cui più frequentemente si pone il problema della poligamia è quello dei ricongiungimenti familiari, disciplinato negli Stati dell'Unione europea da una direttiva *ad hoc* (la direttiva n. 2003/86 relativa al diritto al ricongiungimento familiare), ai sensi della quale “(i)n caso di matrimonio poligamo, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge” (art. 4, 4° comma), a prescindere dal fatto che a convivere con l'uomo sia la prima moglie piuttosto che l'ultima in ordine di tempo. Così, se l'uomo è in Italia con la seconda moglie, la prima moglie (che ai nostri occhi sarebbe invero l'unica sposa legittima) non potrebbe riunirsi al marito. Né potrebbe obiettarsi che così facendo si viola il diritto al rispetto della vita familiare degli interessati (tutelato dall'art. 8 CEDU) perché – come emerge dalla giurisprudenza della Corte EDU – “in materia di immigrazione, l'art. 8 non può essere interpretato nel senso che esso implichi per uno Stato membro l'obbligo generale di rispettare la scelta, da parte di coppie coniugate, della loro comune residenza e di consentire il ricongiungimento familiare sul proprio territorio”⁴⁹.

8. Passando ora al problema del riconoscimento in Italia di matrimoni celebrati all'estero da individui dello stesso sesso, occorre prendere le mosse dalla già ricordata pronuncia della Corte EDU del 2010 da cui si può desumere che – come non sono tenuti a consentire la celebrazione di nozze tra individui del medesimo sesso – gli Stati sono liberi di negare effetti alle nozze omosessuali celebrate all'estero. A ben vedere, in questo modo, non viene garantita la continuità dello *status* di coniuge attraverso le frontiere (in presunta violazione del diritto al rispetto della vita privata e fa-

⁴⁹ Così si è espressa la Corte di Giustizia, 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea, sostenuto dalla Commissione delle Comunità europee e dalla Repubblica federale di Germania*: il testo si legge anche in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 253 ss.: il passo citato è al punto 55.

miliare protetto dalla stessa CEDU all'art. 8)⁵⁰: ma d'altronde una soluzione come quella adottata dal legislatore di Malta, che vieta alle coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio ma riconosce i matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati altrove⁵¹, peccherebbe di coerenza e violerebbe il principio di non discriminazione.

Già nel 2001 il nostro Ministero dell'Interno si è espresso nel senso della non trascrivibilità del matrimonio celebrato all'estero tra omosessuali, di cui uno italiano, trattandosi di atto contrario ai principi fondamentali (ordine pubblico) del nostro Paese⁵².

Proprio seguendo le indicazioni ministeriali, l'ufficiale dello stato civile di Latina si era rifiutato, nel 2004, di trascrivere il matrimonio celebrato in Olanda da due italiani. Contro questo rifiuto veniva proposto ricorso al Tribunale di Latina che confermava il rifiuto (2005): lo stesso avrebbe fatto la Corte d'Appello di Roma (2006), secondo cui il matrimonio omosessuale estero "non può essere trascritto nei registri dello stato civile dello Stato italiano perché non presenta uno dei requisiti essenziali per la sua configurabilità come matrimonio nell'ordinamento interno, la diversità di sesso tra i coniugi". Adita dalla coppia, anche la Corte di Cassazione (2012) ha negato la trascrivibilità dell'atto di matrimonio olandese, ricordando la sua stessa giurisprudenza secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è – unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale degli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante – requisito minimo indispensabile per la stessa esistenza del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante. Questa soluzione tuttavia – prosegue la sentenza – "non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica", dato che "nel nostro ordinamento giuridico è compresa una norma – l'art. 12 della CEDU, appunto, come interpretato dalla Corte europea – che ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi", superando radicalmente la concezione secondo cui tale diversità "è presupposto indispensabile,

⁵⁰ Violazione ravvisata dalla stessa Corte EDU nel caso del non riconoscimento di effetti all'adozione estera di un minore da parte di una single (cittadina di uno Stato che riserva l'adozione alle coppie) o del nipote maggiorenne da parte dello zio vescovo (contrariamente a quanto previsto dalle regole ecclesiastiche vigenti nel suo Stato nazionale), come pure nel caso di mancato riconoscimento dello *status* di madre attribuito all'estero alla committente (la cui legge nazionale vieta la surroga di maternità): si tratta rispettivamente delle sentenze 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*; 3 maggio 2011, *Negrepointis-Giannis c. Grecia*; e 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia* (e *Mennesson c. Francia*).

⁵¹ Il *Marriage Act* 1975 (art. 18) stabilisce che un matrimonio, celebrato a Malta o altrove, è a tutti gli effetti valido in territorio maltese se soddisfa i requisiti di validità nel Paese in cui viene celebrato e se ciascuna delle parti, nel Paese in cui è domiciliata, ha la capacità di contrarre matrimonio. Secondo il *Civil Unions Act* 2014 (art. 6), l'art. 18 *Marriage Act* deve essere ritenuto applicabile anche ai matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati altrove. L'Australia, che pure non ammette i matrimoni omosessuali, ha scelto un'altra strada, favorendo di fatto il turismo all'estero: dal 1° febbraio 2012, infatti, vengono rilasciati certificati di non impedimento a coppie omosessuali australiane che vogliono sposarsi all'estero, fermo restando che il matrimonio estero non sarà poi riconosciuto in Australia (ma costituirà prova di una relazione di fatto: v. <http://smartraveller.gov.au/tips/marriage.html#certificates>).

⁵² Circolare 26 marzo 2001, n. 2, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 283.

per così dire ‘naturalistico’, della stessa ‘esistenza’ del matrimonio”. Ciò porta la Cassazione ad affermare che “l’intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende – non più dalla loro ‘inesistenza’..., e neppure dalla loro ‘invalidità’, ma – dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell’ordinamento italiano”⁵³.

Nonostante questa presa di posizione della Cassazione⁵⁴ e a dispetto di una seconda circolare del Ministero dell’Interno (2007)⁵⁵, il Tribunale Grosseto nel 2014 ha ordinato la trascrizione del matrimonio tra due italiani del medesimo sesso celebrato a New York⁵⁶. La decisione del giudice toscano è stata interpretata da molti come una sorta di legalizzazione del matrimonio omosessuale e parecchi Comuni hanno iniziato a trascrivere matrimoni celebrati all’estero da italiani del medesimo sesso. Di qui una nuova circolare del Ministero dell’Interno⁵⁷ che invita i Prefetti a vigilare affinché non vengano trascritti matrimoni celebrati all’estero tra persone dello stesso sesso. In particolare si chiede ai Prefetti di imporre ai Sindaci la cancellazione di eventuali trascrizioni avvisando che, in caso d’inerzia, si provvederà all’annullamento d’ufficio degli atti illegittimamente adottati. Alcuni giudici amministrativi però hanno già annullato le ordinanze prefettizie disponenti la cancellazione delle trascrizioni dei matrimoni omosessuali eseguite da taluni sindaci: vi sarebbe infatti un difetto assoluto di attribuzione, potendo lo stato civile essere modificato solo a mezzo di provvedimento⁵⁸ dell’autorità giudiziaria (ordinaria) e non con provvedimento amministrativo⁵⁹. L’ultima parola, almeno fino ad ora, è stata quella

⁵³ Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 747, dove si leggono anche il decreto del Trib. Latina, 10 giugno 2005 (2005, p. 1095) e la sentenza di App. Roma, 13 luglio 2006 (2007, p. 426).

⁵⁴ Posizione ribadita da Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400 (http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/2400_02_15.pdf) che ha respinto il ricorso presentato da una coppia omosessuale che si era vista rifiutare le pubblicazioni matrimoniali dal Comune di Roma. La Cassazione riprende le considerazioni della Corte Costituzionale (sentenza n. 170 del 2014, cit. *supra*, nota 4), rimarcando da un lato l’illegittimità “della creazione giurisprudenziale dell’unione coniugale tra persone dello stesso sesso”, dall’altro la competenza del legislatore “in ordine alle forme ed ai modelli all’interno dei quali predisporre per le unioni tra persone dello stesso sesso uno statuto di diritti e doveri coerente con il rango costituzionale di tali relazioni”. In questo modo la Cassazione sembra ritenere possibile una soluzione “aperturista” da parte del legislatore che è stata invece esclusa dalla Corte Costituzionale.

⁵⁵ Circolare 18 ottobre 2007, n. 55, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 339.

⁵⁶ Trib. Grosseto, decreto 9 aprile 2014, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 1007. Il decreto è stato dichiarato nullo per difetto di integrazione del contraddittorio nei confronti del sindaco (App. Firenze, decreto 23 settembre 2014: http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/09/Appello_decreto-23_09_2014.pdf). A seguito di riassunzione del processo, il Tribunale ha ribadito l’ordine di trascrizione delle nozze: Trib. Grosseto, decreto 17 febbraio 2015 (<http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/02/decreto-trib-gr-chigiottebucci.pdf>).

⁵⁷ Circolare 7 ottobre 2014, n. 40, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 327.

⁵⁸ Consiglio di Stato, 26 ottobre 2015, n. 4897, in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 302.

⁵⁹ TAR Lazio, sez. I, 9 marzo 2015, n. 3911 (inedita); e TAR Friuli Venezia Giulia, 21 maggio 2015, n. 228 (<http://www.lexitalia.it/a/2015/53833>). Da segnalare App. Napoli, 13 marzo 2015, che – accogliendo il ricorso presentato contro Trib. Avellino, 7 ottobre 2014 – ha ordinato la trascrizione del matrimonio cele-

del Consiglio di Stato, pronunciatosi nel 2015, su ricorso del Ministero dell'Interno: secondo il Consiglio di Stato l'intervento dei Prefetti in autotutela gerarchica è legittimo.

9. Una volta celebrate le nozze, della solidità della comunione coniugale si rende garante lo stesso ordinamento giuridico. Considerata in passato un valore assoluto (che trovava espressione nel principio di indissolubilità del vincolo matrimoniale), col passare del tempo la stabilità della famiglia ha dovuto fare i conti con la crescente esigenza di tutela dei diritti individuali. In contesti culturali anche assai diversi tra loro, il contrasto ideologico tra interesse sociale e autonomia privata ha trovato soluzione nell'introduzione dell'istituto del divorzio, accolto ormai da tutti gli Stati⁶⁰, seppure con modelli differenti: divorzio-sanzione, divorzio consensuale, divorzio-rimedio. Ognuno di questi modelli si rifa a una precisa concezione di matrimonio e privilegia l'aspetto pubblico o quello privato.

Nel nostro ordinamento, come è noto, è stato accolto il modello rimediabile, nell'impossibilità di ricostituire la comunione spirituale e di vita dei coniugi. È forse questo il modello che meglio concilia gli aspetti istituzionali e le libertà individuali, subordinando lo scioglimento del vincolo alla sussistenza di cause tassativamente elencate, la più frequente delle quali è la separazione personale dei coniugi per un periodo di sei o dodici mesi (a seconda che la separazione sia consensuale o giudiziale)⁶¹. L'accertamento delle cause di divorzio è devoluto all'autorità giudiziaria, anche se la negoziazione assistita rende oggi possibile addivenire (alla separazione personale e poi) al divorzio sulla base di una convenzione con l'assistenza di almeno un avvocato per parte. I coniugi possono così modificare convenzionalmente il proprio *status*, ferma restando la necessità di controllo (da parte del Pubblico

brato in Francia da due donne, francese l'una e italo-francese l'altra ([http://www.articolo29.it/corte-appello-
napoli-sentenza-13-marzo-2015](http://www.articolo29.it/corte-appello-napoli-sentenza-13-marzo-2015)).

⁶⁰ Con la sola eccezione delle Filippine.

⁶¹ Fino all'entrata in vigore della l. 6 maggio 2015, n. 55, come è noto, il periodo era di tre anni.

Ministero o del sindaco) sulla sussistenza della previa separazione⁶². È ancora incerta invece l'introduzione del c.d. divorzio diretto⁶³.

10. Come si è già detto, la CEDU non garantisce (all'art. 12) un diritto al divorzio, limitandosi a imporre agli Stati il rispetto dell'uguaglianza dei coniugi anche nell'eventuale fase di scioglimento del matrimonio (art. 5 Protocollo n. 7 CEDU)⁶⁴. Così, ad esempio, sarebbe contraria alla CEDU la normativa nazionale che consentisse al marito di sciogliere il matrimonio prescindendo dalla volontà della moglie (è il caso del ripudio islamico).

L'unica indicazione fornita dalla Corte EDU riguarda il diritto di risposarsi. Una volta ammesso il divorzio, lo Stato deve infatti assicurare alle persone divorziate la possibilità di convolare a nuove nozze senza irragionevoli restrizioni⁶⁵: l'incapacità da parte delle autorità nazionali di decidere una causa di divorzio in tempi ragionevoli può, in certe circostanze, integrare una violazione dell'art. 12 CEDU⁶⁶, soprattutto laddove vi sia l'accordo dei coniugi⁶⁷.

11. Se nessun dubbio di legittimità convenzionale sorge in relazione alla disciplina italiana, qualche problema può emergere ancora una volta nella regolamentazione dei rapporti transnazionali, allorché si tratti di riconoscere un provvedimento di

⁶² Cfr. gli artt. 6 e 12, d. l. 12 settembre 2014, n. 132 (e relativa circolare del Ministero dell'Interno 24 aprile 2015, n. 6, reperibile in <http://servizidemografici.interno.it/sites/default/files/Circolare%20n.%206%20-%202015.pdf>). Il riconoscimento dell'autonomia negoziale e, in definitiva, della disponibilità dello *status* potrebbe forse aprire la strada ai patti in vista del divorzio, stipulati prima della crisi matrimoniale – se non addirittura prima della celebrazione delle nozze – per regolare il futuro assetto economico dei coniugi (*pre-nuptial* o *postnuptial agreements in contemplation of divorce*). La giurisprudenza è tuttora orientata a considerare tali patti nulli per illiceità della causa (art. 160 c.c.). Da segnalare una risalente pronuncia della Cassazione (Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, p. 579), secondo cui l'accordo concluso da cittadini americani residenti in Italia non è contrario all'ordine pubblico. Una parziale apertura si ritrova, più recentemente, in Cass., 30 luglio 2012, n. 13556 (in *Fam. dir.*, 2013, p. 879, con nota di Gancitano) che ha riconosciuto una sentenza straniera di divorzio che richiama il contenuto dei patti *in contemplation of divorce*.

⁶³ È all'esame del Senato un disegno di legge (1504 *bis*) che prevede di inserire nella l. n. 898 del 1970 un art. 3-*bis* così formulato: "1. Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può altresì essere richiesto da entrambi i coniugi, con ricorso congiunto presentato esclusivamente all'autorità giudiziaria competente, anche in assenza di separazione legale, quando non vi siano figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero figli di età inferiore ai ventisei anni economicamente non autosufficienti".

⁶⁴ L'art. 5 del Protocollo, firmato a Strasburgo nel 1984, riprende il dettato dell'art. 16 della Dichiarazione universale e dell'art. 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, stabilendo che "(i) coniugi hanno uguali diritti e responsabilità civili fra loro e nelle relazioni con i loro figli rispetto al matrimonio ... e all'atto dello scioglimento...".

⁶⁵ Corte EDU, 18 dicembre 1987, *F. c. Svizzera*, punto 38.

⁶⁶ Corte EDU, 19 luglio 2007, *Aresti Charalambous c. Cipro*, punto 56.

⁶⁷ Corte EDU, 27 novembre 2012, *V.K. c. Croazia*, punto 106.

divorzio o applicare la legge di Stati che accolgono un modello divorzile non conforme alla CEDU.

La nostra giurisprudenza è netta nel negare effetti al ripudio estero per contrarietà all'ordine pubblico (anche ove sia stata la moglie a sollecitarlo o a richiederne il riconoscimento in Italia)⁶⁸, mentre accetta di riconoscere sentenze di divorzio-sanzione (o per colpa) come pure di divorzio senza previa separazione personale dei coniugi⁶⁹. Né è stato ravvisato un contrasto con il limite dell'ordine pubblico nella trascrizione dello scioglimento del matrimonio su base consensuale e senza l'intervento all'estero dell'autorità giudiziaria (è il caso del divorzio notarile⁷⁰).

Quanto all'applicazione in Italia di norme straniere, va detto che negli ultimi anni in non pochi casi è stato dichiarato lo scioglimento di matrimoni celebrati in Italia tra italiani e stranieri senza previa separazione, in applicazione della legge straniera scelta dai coniugi stessi. L'*optio legis* non figura, a ben vedere, nella legge di diritto internazionale privato del 1995, stante l'allora indiscussa indisponibilità degli *status*. Alla normativa interna, tuttavia, si è da qualche anno sostituita quella

⁶⁸ Vedi, tra le altre, Cass., 5 dicembre 1969, n. 3881, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 1970, p. 868; App. Trieste, 23 ottobre 1980, *ibid.*, 1982, p. 395; App. Torino, 9 marzo 2006, in *Dir. fam.*, 2007, p. 156. Attribuisce invece rilievo alla volontà della donna (che, pur avendo conoscenza della volontà del marito di ripudiarla, non ha fatto valere le proprie ragioni) e riconosce il ripudio, App. Cagliari, 16 maggio 2008, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 647.

⁶⁹ Sul riconoscimento del divorzio per colpa v. Cass., 25 luglio 1997, n. 6975, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 437. Sul divorzio senza separazione cfr. Cass., 25 luglio 2006, n. 16978, *ibid.*, 2007, p. 432; Cass., 28 maggio 2004 n. 10378, *ibid.*, 2005, p. 129; App. Perugia, 10 marzo 2011, *ibid.*, 2012, p. 153; Trib. Pordenone, 14 ottobre 2014, *ibid.*, 2014, p. 1011.

⁷⁰ Già nel 1998 il Ministero di Grazia e Giustizia (nota 19 ottobre 1998, prot. n. 54-FG-18) aveva chiarito che il divorzio notarile cubano poteva essere riconosciuto in Italia alle medesime condizioni di una sentenza. Precede al riconoscimento App. Ancona, 7 marzo 2009 (inedita: il ricorso in cassazione viene dichiarato inammissibile da Cass., 26 settembre 2011, n. 19602 reperibile in <http://www.marincastellaneta.it/wp-content/uploads/2011/09/atto-notarile.pdf>). Nel Massimario di stato civile del Ministero dell'Interno (2009/2) si legge: "Nel caso di divorzio "consensuale" emesso all'estero da autorità non giurisdizionali, in conformità alle leggi vigenti in quel paese, è possibile procedere alla sua trascrizione solo quando ne sia stata verificata la conformità ai principi di cui all'art. 64 della legge 218/95 ..., e ciò in analogia a quello che accade per le sentenze straniere di divorzio". È dedicata invece al divorzio brasiliano presso il *cartorio* (ufficio notarile al quale è rimessa la gestione dello stato civile) la circolare del Ministero dell'Interno del 12 luglio 2011, n. 18, che così dispone: "la pronuncia del divorzio da parte di un'autorità straniera diversa da quella giurisdizionale non costituisce motivo di irricognoscibilità dello stesso se nell'ordinamento giuridico di quel paese a tale divorzio vengono attribuiti gli stessi effetti di una sentenza di divorzio passata in giudicato, ferma restando la verifica dell'irreversibile dissoluzione del vincolo coniugale" (http://servizidemografici.interno.it/sites/default/files/circ-2011_180001_0.pdf). Si veda infine la circolare del Ministero dell'Interno, 22 maggio 2014, n. 13, relativa al riconoscimento dei divorzi consensuali effettuati in Romania dinanzi agli ufficiali dello stato civile e ai notai, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 755. Sul riconoscimento del divorzio consensuale si vedano da ultimo le osservazioni svolte da Cass., 12 marzo 2014, n. 5710, *ibid.*, 2014, p. 686. Contraria al riconoscimento è invece la circolare del Ministero dell'Interno 18 luglio 2007, n. 40, sul divorzio lampo olandese (*ibid.*, 2007, p. 1189: non è trascrivibile in Italia la cessazione di effetti di un matrimonio trasformato dagli interessati in convivenza registrata (mediante semplice comunicazione all'ufficiale dello stato civile) successivamente sciolta con atto notarile (in quanto, si legge, occorre "un controllo giudiziario sulle condizioni del divorzio").

dell'Unione europea, che – se non può incidere sul diritto materiale degli Stati nel campo familiare – vanta competenza nel settore della cooperazione giudiziaria in tutte le questioni civilistiche “con implicazioni transfrontaliere” (art. 81 Trattato sul funzionamento U.E.), ivi comprese appunto le questioni in materia matrimoniale. Di questa competenza le istituzioni di Bruxelles si sono avvalse per uniformare dapprima le norme di diritto processuale civile internazionale⁷¹ e successivamente le norme di conflitto (le norme cioè che indicano la legge applicabile laddove la coppia sia “internazionale”): così, dal 21 giugno 2012 è in vigore il regolamento n. 1259/2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata⁷² nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

Il sistema comunitario che si è sviluppato dal 2000 a oggi è apertamente improntato al *favor divortii*: non solo, infatti, prevede la concorrenza di più fori competenti e un sistema privilegiato di circolazione delle sentenze che sciolgono il matrimonio, ma ha anche introdotto la possibilità per i coniugi di scegliere la legge applicabile al divorzio, con l’unica limitazione che si tratti della legge di un Paese (anche non membro dell’UE) con cui almeno uno dei coniugi presenta “un legame particolare” (la residenza abituale o la cittadinanza), o della legge del foro⁷³.

È piuttosto evidente che l’introduzione dell’*optio legis* favorisce di fatto una concorrenza al ribasso tra le norme materiali. A riprova di questo gioco al ribasso, basti guardare la giurisprudenza italiana successiva all’entrata in vigore del regolamento. In tutte le vertenze i coniugi hanno sfruttato la possibilità di scegliere la legge (talvolta a procedimento già avviato) e la scelta è quasi sempre caduta sulla legge di uno Stato che ammette il divorzio consensuale (Spagna⁷⁴, Svizzera⁷⁵ e Marocco⁷⁶): divorzio che

⁷¹ Il riferimento è al regolamento n. 1347/2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà sui figli, sostituito dal regolamento n. 2201/2003 attualmente in vigore.

⁷² La procedura di cooperazione rafforzata prevede l’adozione di atti che vincolano “solo gli Stati membri partecipanti” (art. 20 Trattato sul funzionamento U.E.), ferma restando la possibilità per gli altri Stati di aggiungersi in un secondo tempo (art. 328, 1° comma, Trattato sul funzionamento U.E.). Il regolamento n. 1259/2010 vincola attualmente (solo) 16 dei 28 Stati membri, tra cui l’Italia.

⁷³ Recita l’art. 5: “I coniugi possono designare di comune accordo la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale purché si tratti di una delle seguenti leggi: a) la legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi al momento della conclusione dell’accordo; o b) la legge dello Stato dell’ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora al momento della conclusione dell’accordo; o c) la legge dello Stato di cui uno dei coniugi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell’accordo; o d) la legge del foro...”.

⁷⁴ In Spagna è consentito lo scioglimento del matrimonio “una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio”, indipendentemente dai motivi: art. 86 codice civil. Cfr. Trib. Udine, 26 agosto 2013 (<http://www.altalex.com/index.php?idnot=68346>), e Trib. Parma, 9 giugno 2014, in *Fam. dir.*, 2014, 10, p. 943.

⁷⁵ Trib. Novara, 12 ottobre 2012 (inedita).

⁷⁶ Trib. Firenze, 20 maggio 2014 (inedita) e 15 giugno 2015 (<https://aldricus.files.wordpress.com/2015/06/trib-firenze-15-6-15.pdf>): si tratta di casi particolarmente interessanti perché entrambe le coppie erano composte da un italiano e da un italo-marocchino (nel primo caso ad avere la doppia cittadinanza era la moglie, nel secondo il marito).

il giudice italiano ha poi pronunciato non ravvisando alcun contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento.

12. Dal quadro che si è cercato di delineare, emerge chiaramente che anche il cuore del diritto di famiglia, tradizionalmente allergico a influenze esterne all'ordinamento, è stato progressivamente "internazionalizzato" e contaminato da modelli familiari stranieri. Travolto dalla globalizzazione dei rapporti interpersonali, il matrimonio sta perdendo anche in Italia il proprio valore di istituzione, in nome di logiche individualiste. La volontà comune, l'autodeterminazione dei coniugi, indispensabile per la celebrazione, assume un ruolo sempre maggiore anche nella fase patologica del rapporto, aprendo spazi alla negoziabilità dello *status* coniugale. Il cammino iniziato sembra inesorabilmente portare a un nuovo modello di matrimonio sempre più funzionale agli interessi individuali, ai limiti forse della *deregulation*.

Cause and Consideration in Canadian Contract Law: a Civil Lawyer's Perspective

by Francesco Delfini¹

As law school students, during the late Eighties, we were taught that *cause* and *consideration* perform quite a similar task, but they are specific to different legal systems, and therefore they do not coexist within the same framework, thus relinquishing any comparison between them on a merely theoretical point.

Moreover, the doctrine of consideration was a very complicated one and, on the other hand, civil law code drafters did not involve themselves in definitions of *cause*, so the concept is mostly ambiguous and the matter seems to be difficult to deal with.

Quebec Civil Code (QCC), enacted in 1994 and inspired and created by the decade-long work of the Law Reform Commission, led by the prominent Canadian scholar Roderick Macdonald, proves the contrary and is of significant interest to a civil lawyer.

In effect, for the validity of the contract, QCC not only requires *cause* (*cause* also in French, the same term used in the English version of QCC and named "*causa*" in the Italian Civil Code: ICC), but also defines it: such a daunting task that neither the old Napoleonic Code, nor the Italian Civil Code had dared to attempt it!

In addition, QCC is part of a whole, the Legal System of Canada, which in most of its Provinces includes the doctrine of consideration as a tool to ascertain whether a simple contract, or a promise, is binding and enforceable. So Canada can be regarded as a unique and privileged situation where the two concepts – *cause* and *consideration* – are known and coexist and must be placed in relation to each other and, if possible, not in contradiction, for the sake of the unity of the entire legal system.

Consideration is the requirement to enforce a promise under common law, on the basic assumption that, due to the natural selfishness of every human being, a promise can be regarded as serious – and therefore binding – only if made in return for, or in relation to a detriment of the promisee. Using the words of Cardozo, consideration must consist of three elements: (a) The promisee must suffer legal detriment; (b) The detriment must induce the promise; (c) The promise must induce the detriment².

¹ Lecture delivered on 6th January 2016 at Peter A. Allard School of Law, University of British Columbia, Vancouver, BC Canada

² CALAMARI – PERILLO, *The Law of Contracts*, 3rd ed., West Publishing, St. Paul, 1987, 187-188.

Canadian scholars add that «*a bargain is not formed merely by mutual assent. There must be some exchange of values. Something must be given or promised*»³. However, they are aware of the ambiguity and uncertainty that the long history of the doctrine of *consideration* shoulders. It also happens that the approach to use contractual remedies in any dispute brings a precedent not suitable in other cases: for example “*those who have expectations, even reasonable expectations, of another’s generosity, i.e. willingness to make a gift, will, when their expectations are disappointed, sometimes make their case on a promise to make a gift. (...) Because these claims have nothing in common with a claim arising in a commercial relation, their treatment as contractual claims with a careful analysis of the extent to which the requirements of a bargain were met appear almost ludicrous. Again, the use of such case as authorities on the doctrine of consideration tends to create awkward, if not bad, precedents*”⁴.

Canadian scholars note that the final purpose of the doctrine of consideration is to protect legitimate reliance – “*the protection of reliance can be achieved both by contract and by tort*”⁵: therefore the involvement of the concept of consideration occurs only if the claim is raised on contract, but the need for protection is wider.

A more modern approach in Canadian doctrine on promise enforceability can therefore focus on the protection of the parties’ *reasonable expectations*: “*the questions which any court that is asked to enforce a promise must consider [are]: (i) will the promisor be caught by surprise if the promise is enforced? (ii) will the promisee be similarly caught if the promise is not enforced? (iii) will either party be unjustly enriched if the promise is either enforced or refused enforcement? (...) The common law has dealt with the pervasive risk of surprise by adopting the standard of reasonableness: the belief of the party who runs the risk of being surprised has to be reasonable. The promisor’s expectation that the promise will not be enforced has to be reasonable, as has the promisee’s expectation that it will be enforced*”⁶.

Although other tools exist to ascertain whether a promise must be enforced or not (i.e. the abovementioned “risk of surprise” beyond reasonable expectation in the court’s decision, that appears to be another way to name the protection of a ground-

³ S. WADDAMS, *The Law of Contracts*, 5th ed., Aurora (ON) Canada Law Books, 2005, § 118, at 82. We can add that consideration must be present and not merely declared in the recitals of the contract: “*in all commercial agreements, the statement or declaration [of an existing consideration] is unnecessary; it adds nothing to the enforceability of the agreement and does not change a court’s approach to its interpretation. Consideration (in the technical sense now being examined) will be supplied by the promises made by the parties or by the payment of the price by one of them. If the agreement is not a commercial one and, for example, involves a gratuitous promise to transfer land or to make a gift, the recital or declaration that there is consideration will not transform the promise into an enforceable commercial agreement*” (J. SWAN, *Canadian Contract Law*, 1st ed. LexisNexis Canada, 2006, 33).

⁴ J. SWAN, *Canadian Contract Law*, 1st ed. LexisNexis Canada, 2006, 19.

⁵ J. SWAN, *Canadian Contract Law*, 1st ed. LexisNexis Canada, 2006, 24, adding: “*Anyone who relies on a promise may incur detrimental reliance in two principal ways: (i) money may be expended in preparation for the other’s reciprocal performance; or (ii) opportunities to make other deals or other arrangements may be foregone*”.

⁶ J. SWAN, *Canadian Contract Law*, 1st ed. LexisNexis Canada, 2006, 23.

ed reliance), the traditional common lawyers' approach remains moored on consideration. And, as appears clear from Cardozo's doctrine, the doctrine of consideration remains more focused on the *promise* than on the *contract*, although the statement of lett. (c) above – requiring that a promise must have induced the detriment of the promisee – refers to a *contract* because it means, as was affirmed, “*that the offeree must know of the offer and intend to accept*”⁷.

In effect, contracts – and in particular bilateral contracts – are borne in mind by common lawyers when drafting the consideration doctrine and weighting its consequence, as they say: “*The essence of consideration, then, is legal detriment, that has been bargained for by the promisor and exchanged by the promisee in return for the promise of the promisor*”⁸.

Thus, simple contract is a bargain and must be sustained by consideration; on the other hand, the promisee that seeks remedy in law can obtain it only if the detriment he has suffered justifies the enforceability he requires: in other words, he will obtain damages only if his reliance upon the promise was justified.

That was quite the same approach which the French codification reflected on France's Civil Code or Napoleonic Code (NC), enacted in March 1804 – that led in turn to most of the European private law codes, including the first Italian one, enacted in 1865, after completion of the reunification of the country.

French Code lawmakers speak of contract, but have in mind the obligation and seek the reason, the justification for the obligation itself, finding it in what was named as “*cause*”.

Section 1108 of the Napoleonic Code – which is still in force with the same original wording – reads⁹: “*Four conditions are essential for the validity of an agreement: The consent of the party who binds himself; His capacity to contract; A certain object forming the matter of the contract; A lawful cause in the bond*”, where the bond is an English barrister's translation of the French word *obligation* (the *obligation*). But the *obligation* – its etymology explains¹⁰ – is the equivalent of a legal promise, and the cause, therefore, is the reason in consideration of which the legal system gives its sanction to the obligation, to the promise.

Regarding the Napoleonic Code's requirement of a cause, it is also important to bear in mind that a contract was primarily considered a means to acquire property (Section 711¹¹) – was the main means to – so it was of the essence that an obligation, such as that of transferring ownership of a property, was counterbalanced by a cause.

⁷ CALAMARI – PERILLO, *The Law of Contracts*, 3rd ed., West Publishing, St. Paul, 1987, 189.

⁸ CALAMARI – PERILLO, *The Law of Contracts*, 3rd ed., West Publishing, St. Paul, 1987, 189.

⁹ According to the translation by “*a Barrister of the Inner Temple*” published in London, 1827, by William Benning.

¹⁰ “*Obligatio est iuris vinculum quo, necessitate, adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*” (*Institutiones Justiniani*, I, 3,13 Pr), where in Latin “*vinculum*” literally means “*binding*”.

¹¹ Section 711 Code Civil: “*La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations*”.

Therefore, the Napoleonic Code speaks of a contract – and requires a cause – referring to a contract that involved an obligation – a *promise*, we can say with the common law term – that implies a detriment, especially a conveyance of property. That is why Section 1131 NC reads: “*An obligation without cause or with a false cause, or with an unlawful cause, may not have any effect*”, and the convergence between the unenforceability of a promise lacking consideration and Section 1131 French Civil Code is evident.

And because the contract borne in mind in drafting the discipline in the Napoleonic Code is bilateral¹², we can easily comprehend why Section 1132 NC reads: “*An agreement is nevertheless valid, although its cause is not expressed*”: that is, because the cause is implicit in the *mutual* promises. The usual reciprocal justification of the mutual promises contained in contract also explains why the unilateral promise – the one that is not embedded in a contract, but “stands alone” – is now regarded with distrust by the Italian Civil Code: Section 1987 reads: “*a unilateral promise of performance is not binding except in specific cases permitted by law*”¹³.

Civil Code makers are however more familiar than common law practitioners with an abstract approach and have been trained based on the idea of a code – born out of the French *Enlightenment Movement* – as a book summarizing all the duties and rights of a private citizen with respect to others.

They like generalizations more than practical examples and therefore they re-group every bilateral agreement in the contract, despite the common economic sense. As was reported, Napoleon himself, attending a work session of the Committee drafting the Civil Code, showed surprise and even concern listening to the commissioners defining a gift as a contract, although the donor receives no benefit for himself from the donation, but only a detriment or a disposal. In that case – that of the gift, defined by Section 894 NC¹⁴ – the evident lack of justification for the disposal of the property is balanced by the solemnity of the deed made before a public notary.

If we wish to return to the reason underlying the requirements of *consideration* or *cause*, we may discover the strict parallelism between them. On one hand, they both ensure protection of the promisor against a disposal not counter balanced by an income (the detriment of the counterpart); on the other hand, they assure a ground-

¹² As defined by Section 1102 as “*A contract is synallagmatic or bilateral where the contracting parties bind themselves mutually towards each other*”.

¹³ The only cases permitted by law are set forth by Section 1988, according to promisee only a relief in the proof of a legitimate *cause* of the promise, but allowing the promisor to prove the lack of any *cause*. Section 1988 ICC states: “*A promise of payment or the acknowledgement of a debt exonerates the person in whose favor it is made from the burden of proving the underlying obligation. Such obligation is presumed, subject to contrary evidence*”.

¹⁴ Section 894 NC: “*A gift inter vivos is a transaction by which the donor divests himself now and irrevocably of the thing donated, in favour of the donee who accepts it*”.

ed and legitimate reliance¹⁵ of the counterpart seeking to enforce the promise or obligation.

In addition, we can note that the two main legal systems (common law and civil law) have developed alternative ways to enforce simple promises – those that lack consideration or a sound cause – like in the case of a gift: a special form of expression of consent that guarantees the necessary attention and reflection of the promisor on the promise and the obligation he wants to enter into. We refer, in civil law, to the requirement of the intervention of a public notary with witnesses at the execution of the deed and, in common law, to the special form that consists of the *deed under seal*. As has been said, “*the essence of the law regarding deeds is that it provides a method for making promises enforceable that depends solely on the fact that the writing that records the parties’ promises (or perhaps the promise of one person only) is completed with a certain prescribed formality. What is equally important in light of the general concerns that underlie the enforcement of any promise, is that the necessary formality should be something that brings home to the person making the promise the significance of what he or she is doing*”¹⁶.

The achievements both legal systems are seeking with such formal prescriptions are the same: the full consciousness and awareness of the donor of the detriment he is causing himself without any consideration or relevant *cause*.

It is since the time civil lawyers lost the root of the concept of *cause* that problems have arisen in managing the concept of *cause* itself and even in communicating on these concept between the two legal systems.

To give an example familiar to me, the first Italian Civil Code, enacted in 1865, was consistent with the Napoleonic Code: the paragraph called “upon the cause of contracts” contained Sections 1119 and 1120, which read “*An obligation without cause or with a false cause, or with an unlawful cause, may not have any effect*” and “*A contract is valid, although its cause is not expressed*”, following quite literally what Sections 1131 and 1132 NC stated¹⁷.

In the second generation Italian Civil Code, the current one, enacted in 1942, the rules changed in wording and now *cause* is mentioned in number 2 of Section 1325 – which sets out the requirement for a valid contract – but without any explanation of its meaning.

After 1942, therefore, the concept of *cause* started to be referred, by scholars and courts, also (or exclusively) to the due control of the legal system on the lawfulness

¹⁵ We would say “*affidamento*”, in Italian.

¹⁶ J. SWAN, *Canadian Contract Law*, 1st ed. LexisNexis Canada, 2006, 121. We must point out, however, that due to the complication of the doctrine of consideration, deeds under seal are used (more in the past, than nowadays) also to enforce promises or contracts that are not gratuitous, but do not consist in the simple exchange of promises between two parties (i.e. options, irrevocable offers, rescheduling of debts, amendments of modifications of a previous contract or promise).

¹⁷ Nap. Code Section 1131: “*An obligation without cause or with a false cause, or with an unlawful cause, may not have any effect*”; Section 1132: “*An agreement is nevertheless valid, although its cause is not expressed*”.

of the legal operation the parties to the contract wish to implement and on the result they wish to achieve.

Following these paths, the meaning of the term *cause* lost its certainty also in the civil law systems itself and often became a duplication of the concept of object (or subject matter)¹⁸.

Some Italian Scholars – aware of the legal comparison – proposed to return to the root of the concept – *cause* as a reason for the binding promise – as the only way to give it back an understandable meaning¹⁹, but nowadays the concept of *cause* (and the request of it as per Section 1325, n° 2 ICC) is often used, in courts, as a *general clause* (or *general provision*) to challenge the validity of contracts whose outcomes are not acceptable to the parties to them.

When the contract is of prejudice to the *public interest*, Courts may state that the cause is unlawful (Section 1346 ICC) – and in that meaning *cause* has lost any connection with *consideration* – but may also declare, with the same result (nullity of the contract) that the object (or the subject matter, used as a synonym) of the contract is unlawful or contrary to public policy and therefore null as per Section 1325, n° 3 and 1418 sub-section 2 Italian Civil Code.

When, on the contrary, the contract is of prejudice to the position of one of the parties to it (i.e. it affects only *private interest*), the lack of *cause* is the tool used by courts to deny validity to the contract. Consider the case, for example, of a derivative swap contract entered into OTC (: over the counter) allegedly to provide coverage for a risk of change to which one party is already exposed, but in effect drafted by the financial professional in a manner rendering it incapable of covering such a risk: in that case courts often declare a lack of *cause* and dismiss the request to enforce the contract.

In conclusion, in some civil law jurisdictions the concept of cause has lost its clarity to the extent that, given a proposal of European restatement or uniform codification, it is doubtful whether it would be worth maintaining it or not.

In such a situation, the provision, in the Quebec Civil Code, of a mention and even a definition of *cause*, which reminds us of the root of the concept and recalls its scope, is of great interest also for the civil lawyer and it is so from different points of view.

¹⁸ For example, though learned scholars such as Guido Alpa and Vincenzo Zeno Zencovich, publishing for Texas University, Austin, in 2007, *Italian Private Law*, 162, referring to *cause* (Section 1325, no 2, Italian Civil Code) translate it as “*the object [that] is the outcome that the transaction is calculated objectively to produce*” and therefore speak about the *object* (Section 1325, no 3, Italian Civil Code) as “*subject matter [that] is whatever the declarer is making disposition of, in other words the content of the legal transaction*”, giving definitions far less accurate and useful as the ones given by Sections 1410 and 1412 Macdonald QCC.

¹⁹ Rodolfo Sacco, in Sacco – De Nova, *Il contratto*, in Trattato Sacco, 3rd ed, Torino Utet, 2004, I, 790 following the paths of Gino Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1955; Gorla, entry on “*Consideration*”, in Enciclopedia giuridica, IX, Milano, 1961, 176 ss.

Firstly, QCC refers the *cause* to the obligation as a balance of the promise itself. Section 1371 QCC reads: “*It is of the essence of an obligation that there be persons between whom it exists, a prestation which forms its object, and, in the case of an obligation arising out of a juridical act, a cause which justifies its existence*”²⁰.

Secondly, it considers cause implicit when the promises are mutual, as Section 1380 QCC states: “*A contract is synallagmatic, or bilateral, when the parties obligate themselves reciprocally, each to the other; so that the obligation of one party is correlative to the obligation of the other*”²¹.

Thirdly, as the QCC was fueled by a doctrinal source, it did not refuse to involve itself in a definition of the concept: Section 1410 QCC reads: “*The cause of a contract is the reason that determines each of the parties to enter into the contract*”. On the other side, Section 1412 QCC provides, better than any other definition of cause by Italian scholars after the 1942 ICC²², a definition of the content of the contract, the object, useful to ascertain its lawfulness in relation to the public and general interest, stating: “*The object of a contract is the juridical operation envisaged by the parties at the time of its formation, as it emerges from all the rights and obligations created by the contract*”.

The above-mentioned Section 1410 QCC provides the only given legislative definition of cause, if I am not mistaken. And it is worthy, because it can include both the counter obligation typical of bilateral contracts, and also the interest of the promisor that supports the unilateral contract not intended to be a gift: for example the case of an employer providing transportation for his employees without charging them but not as a gift.

In conclusion, the Macdonald Quebec Civil Code has achieved, in my opinion, the significant result of reminding civil lawyers of the origin and meaning of the concept of cause and of giving a civil law province like Quebec a discipline of contract that harmonizes with the one – on ascertaining enforceability of the contract – provided by common law for other Canadian provinces.

²⁰ Section 1371 : “*Il est de l'essence de l'obligation qu'il y ait des personnes entre qui elle existe, une prestation qui en soit l'objet et, s'agissant d'une obligation découlant d'un acte juridique, une cause qui en justifie l'existence*”.

²¹ Section 1380 : “*Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les parties s'obligent réciproquement, de manière que l'obligation de chacune d'elles soit correlative à l'obligation de l'autre. Il est unilatéral lorsque l'une des parties s'oblige envers l'autre sans que, de la part de cette dernière, il y ait d'obligation*”.

²² E. BETTI (*Teoria generale del negozio giuridico*, 1955, 169 ss.) proposed a definition of cause of the contract – different to the one of cause of the obligation – that sounded as follows: “*cause is the social and economic goal or aim sought by the contract (or by the juridical operation)*”. Definition that is not other than the one of the object of the contract.

Difese e decisioni

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

13 febbraio 2014 (*)

«*Rinvio pregiudiziale – Ravvicinamento delle legislazioni – Diritto d'autore e diritti connessi – Direttiva 2001/29/CE – Società dell'informazione – Armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi – Articolo 3, paragrafo 1 – Comunicazione al pubblico – Nozione – Collegamenti Internet (“collegamenti cliccabili”) tramite i quali si accede ad opere protette*»

Nella causa C - 466/12,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dallo *Svea hovrätt* (Svezia), con decisione del 18 settembre 2012, pervenuta in cancelleria il 18 ottobre 2012, nel procedimento

**Nils Svensson,
Sten Sjögren,
Madelaine Sahlman,
Pia Gadd**

contro

Retriever Sverige AB,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta da *L. Bay Larsen*, presidente di sezione, *M. Saffan*, *J. Malenovský* (relatore), *A. Prechal* e *S. Rodin*, giudici,

avvocato generale: *E. Sharpston*

cancelliere: *C. Strömholm*, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 7 novembre 2013, considerate le osservazioni presentate:

- per *N. Svensson*, *S. Sjögren* e *M. Sahlman*, da *O. Wilöf*, *förbundsjurist*;
- per *P. Gadd*, da *R. Gómez Cabaleiro*, *abogado*, e *M. Wadsted*, *advokat*;
- per la *Retriever Sverige AB*, da *J. Åberg*, *M. Bruder*, e *C. Rockström*, *advokater*;
- per il governo francese, da *D. Colas*, *F. X. Bréchet* e *B. Beaupère-Manokha*, in qualità di agenti;
- per il governo italiano, da *G. Palmieri*, in qualità di agente, assistita da *S. Fiorentino*, avvocato dello Stato;
- per il governo del Regno Unito, da *J. Beeko*, in qualità di agente, assistita da *N. Saunders*, *barrister*;
- per la Commissione europea, da *J. Samnadda* e *J. Enegren*, in qualità di agenti,
- vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1) La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (GU L 167, pag. 10).
- 2) Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia avviata dai sigg. *Svensson e Sjögren*, nonché dalle sig.re *Sahlman e Gadd*, nei confronti della società *Retriever Sverige AB* (in prosieguo: la «*Retriever Sverige*») ai fini del risarcimento del preteso danno da essi subito per effetto dell'inserimento sul sito Internet di tale società di collegamenti cliccabili («ipertestuali») che rinviano ad articoli di cui i medesimi sono titolari del relativo diritto d'autore.

Contesto normativo

Il diritto internazionale

Il Trattato dell'OMPI sul diritto d'autore

- 3) L'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI) ha adottato a Ginevra, il 20 dicembre 1996, il Trattato dell'OMPI sul diritto d'autore (in prosieguo: il «Trattato dell'OMPI sul diritto d'autore»). Esso è stato approvato a nome della Comunità europea con la decisione 2000/278/CE del Consiglio, del 16 marzo 2000 (GU L 89, pag. 6).
- 4) L'articolo 1, paragrafo 4, del Trattato dell'OMPI sul diritto d'autore prevede che le parti contraenti devono conformarsi agli articoli da 1 a 21 della Convenzione per la protezione delle opere artistiche e letterarie, firmata a Berna il 9 settembre 1886 (Atto di Parigi del 24 luglio 1971), nel testo risultante dalla modifica del 28 settembre 1979 (in prosieguo: la «Convenzione di Berna»).

La Convenzione di Berna

- 5) L'articolo 20 della Convenzione di Berna, intitolato «Accordi particolari tra i Paesi dell'Unione», dispone quanto segue:

«I Governi dei Paesi dell'Unione si riservano il diritto di concludere tra loro accordi particolari, in quanto questi conferiscano agli autori diritti più estesi di quelli concessi dalla Convenzione, ovvero contengano altre stipulazioni che non siano in contrasto con la presente Convenzione. Rimangono applicabili le disposizioni degli accordi esistenti che soddisfino le condizioni precitate».

Il diritto dell'Unione

6) I considerando 1, 4, 6, 7, 9 e 19 della direttiva 2001/29 enunciano:

«(1) Il trattato prevede l'instaurazione di un mercato interno, e la creazione di un sistema che garantisca l'assenza di distorsioni della concorrenza nel mercato interno. L'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative al diritto d'autore e ai diritti connessi contribuisce al raggiungimento di tali obiettivi.

(...)

(4) Un quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, creando una maggiore certezza del diritto e prevedendo un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale, promuoverà notevoli investimenti in attività creatrici ed innovatrici, segnatamente nelle infrastrutture delle reti, e di conseguenza una crescita e una maggiore competitività dell'industria europea per quanto riguarda sia la fornitura di contenuti che le tecnologie dell'informazione nonché, più in generale, numerosi settori industriali e culturali.

(...)

(...)

(6) Senza un'armonizzazione a livello comunitario, la produzione legislativa già avviata a livello nazionale in una serie di Stati membri per rispondere alle sfide tecnologiche può generare differenze significative in materia di protezione e, di conseguenza, restrizioni alla libera circolazione dei servizi e prodotti che contengono proprietà intellettuale o su di essa si basano, determinando una nuova frammentazione del mercato interno nonché un'incoerenza normativa. L'impatto di tali differenze ed incertezze normative diverrà più significativo con l'ulteriore sviluppo della società dell'informazione che ha già incrementato notevolmente lo sfruttamento transfrontaliero della proprietà intellettuale. Tale sviluppo è destinato ad accrescersi ulteriormente. L'esistenza di sensibili differenze e incertezze giuridiche in materia di protezione potrebbe ostacolare la realizzazione di economie di scala per i nuovi prodotti e servizi contenenti diritti d'autore e diritti connessi.

(7) Anche il quadro giuridico comunitario relativo alla protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe, di conseguenza, essere adattato e completato per il buon funzionamento del mercato interno. A tal fine dovrebbero essere modificate le disposizioni nazionali sul diritto d'autore e sui diritti connessi che siano notevolmente difformi nei vari Stati membri o che diano luogo a incertezze giuridiche ostacolanti il buon funzionamento del mercato interno e l'adeguato sviluppo della società dell'informazione in Europa, e dovrebbero essere evitate risposte nazionali incoerenti rispetto agli sviluppi tecnologici, mentre non è necessario eliminare o prevenire le differenze che non incidono negativamente sul funzionamento del mercato interno.

(...)

(9) *Ogni armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale. La loro protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in generale. (...)*

(...)

(19) *I diritti morali dei titolari dei diritti devono essere esercitati in base al diritto degli Stati membri nel rispetto delle disposizioni della convenzione di Berna, sulla protezione delle opere letterarie e artistiche, del trattato WIPO sul diritto d'autore e del trattato WIPO sulle interpretazioni, le esecuzioni e i fonogrammi (...)*».

7) L'articolo 3 della direttiva di cui trattasi così dispone:

«1. *Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.*

(...)

3. *I diritti di cui ai paragrafi 1 e 2 non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico o con la loro messa a disposizione del pubblico, come indicato nel presente articolo».*

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

- 8) I ricorrenti nel procedimento principale, tutti giornalisti, sono i redattori di taluni articoli pubblicati, da un lato, sul giornale *Göteborgs-Posten* e, dall'altro lato, sul sito Internet del *Göteborgs-Posten*. La *Retriever Sverige* gestisce un sito Internet che fornisce ai suoi clienti, secondo le loro necessità, liste di collegamenti Internet cliccabili verso articoli pubblicati da altri siti Internet. È pacifico *inter partes* che gli articoli erano liberamente accessibili sul sito del giornale *Göteborgs-Posten*. Secondo i ricorrenti nel procedimento principale, se il cliente clicca su uno di questi collegamenti non si rende conto chiaramente di essere trasferito su un altro sito per accedere all'opera di suo interesse. Per contro, secondo la *Retriever Sverige* il cliente è consapevole del fatto che cliccando su uno di questi collegamenti viene trasferito su un altro sito.
- 9) I ricorrenti nella causa principale hanno citato la *Retriever Sverige* dinanzi allo *Stockholms tingsrätt* (Tribunale di Stoccolma) per ottenere il risarcimento del

- danno derivante dal fatto che tale società avrebbe sfruttato, senza la loro autorizzazione, taluni loro articoli, mettendoli a disposizione dei suoi clienti.
- 10) Con sentenza dell'11 giugno 2010 lo *Stockholms tingsrätt* ha respinto la domanda. Contro tale sentenza i ricorrenti nel procedimento principale hanno quindi proposto appello dinanzi allo *Svea hovrätt* (Corte d'appello di Svea).
 - 11) I ricorrenti nel procedimento principale hanno giustamente fatto valere dinanzi a tal giudice che la *Retriever Sverige* ha violato il loro diritto esclusivo di mettere le loro rispettive opere a disposizione del pubblico, nel senso che, grazie ai servizi offerti dal suo sito Internet, i suoi clienti avrebbero avuto accesso alle loro opere.
 - 12) La *Retriever Sverige* adduce a sua difesa che la fornitura di liste di collegamenti Internet verso opere messe a disposizione del pubblico su altri siti Internet non costituisce un atto idoneo a ledere i diritti d'autore. La *Retriever Sverige* sostiene altresì di non aver effettuato alcuna trasmissione di una qualsiasi opera protetta, essendosi limitata a segnalare ai suoi clienti i siti Internet in cui si trovano le opere di loro interesse.
 - 13) 13) Alla luce di queste considerazioni, lo *Svea hovrätt* ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il fatto che un soggetto diverso dal titolare del diritto d'autore su una determinata opera fornisca un collegamento cliccabile alla stessa sul proprio sito Internet si configuri come comunicazione al pubblico dell'opera ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

2) Se sia rilevante, ai fini della soluzione della prima questione, il fatto che l'opera alla quale rimanda il collegamento si trovi su un sito Internet accessibile a chiunque senza limitazioni oppure che l'accesso sia in qualche modo limitato.

3) Se, ai fini della soluzione della prima questione, si debba distinguere il caso in cui l'opera, dopo che l'utente abbia cliccato il collegamento, sia presentata su un altro sito Internet da quello in cui l'opera sia presentata con modalità tali da offrire al cliente l'impressione di restare nello stesso sito Internet.

4) Se uno Stato membro possa stabilire una maggiore tutela del diritto esclusivo dell'autore includendo nella nozione di comunicazione al pubblico più forme di messa a disposizione di quante stabilite all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulle tre questioni pregiudiziali

- 14) Con le sue prime tre questioni, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva

2001/29 debba essere interpretato nel senso che costituisce un atto di comunicazione al pubblico, come previsto da tale disposizione, la fornitura su un sito Internet di collegamenti cliccabili verso opere protette disponibili su un altro sito Internet, fermo restando che le opere di cui trattasi sono liberamente accessibili su questo altro sito.

- 15) A tale proposito, l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 prevede che qualsiasi comunicazione di un'opera al pubblico deve essere autorizzata dal titolare del diritto d'autore.
- 16) Da tale disposizione risulta quindi che la nozione di comunicazione al pubblico consta di due elementi cumulativi, vale a dire «un atto di comunicazione» di un'opera e la comunicazione di quest'ultima a un «pubblico» (v., in tal senso, sentenza del 7 marzo 2013, *ITV Broadcasting e a.*, C - 607/11, punti 21 e 31).
- 17) Per quanto riguarda il primo di tali elementi, ossia l'esistenza di un «atto di comunicazione», tale nozione deve essere intesa in senso ampio (v., in tal senso, sentenza del 4 ottobre 2011, *Football Association Premier League e a.*, C - 403/08 e C - 429/08, Racc. pag. I, 9083, punto 193) e ciò allo scopo di garantire, come risulta segnatamente dai considerando 4 e 9 della direttiva 2001/29, un elevato livello di protezione ai titolari del diritto d'autore.
- 18) Nel caso di specie, occorre rilevare che il fatto di mettere a disposizione su un sito Internet dei collegamenti cliccabili verso opere protette, pubblicate senza alcun limite di accesso su un altro sito, offre agli utilizzatori del primo sito un accesso diretto a tali opere.
- 19) Orbene, come risulta dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, perché vi sia «atto di comunicazione» è sufficiente, in particolare, che l'opera sia messa a disposizione del pubblico in modo che coloro che compongono tale pubblico possano avervi accesso, senza che sia determinante che utilizzino o meno tale possibilità (v., per analogia, sentenza del 7 dicembre 2006, *SGAE*, C - 306/05, Racc. pag. I, 11519, punto 43).
- 20) Ne consegue che in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, il fatto di fornire collegamenti cliccabili verso opere tutelate deve essere qualificato come «messa a disposizione» e, di conseguenza, come «atto di comunicazione», nel senso di detta disposizione.
- 21) Per quanto riguarda il secondo degli elementi summenzionati, ossia che l'opera protetta deve essere effettivamente comunicata ad un «pubblico», dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 discende che, con «pubblico», tale disposizione si riferisce ad un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende, peraltro, un numero di persone piuttosto considerevole (sentenze citate *SGAE*, punti 37 e 38, nonché *ITV Broadcasting e a.*, punto 32).
- 22) Orbene, un atto di comunicazione, come quello compiuto dal gestore di un sito Internet tramite i collegamenti cliccabili, è diretto a tutti gli utilizzatori potenziali del sito gestito da tale soggetto, vale a dire un numero indeterminato e piuttosto considerevole di destinatari.

- 23) Pertanto, si deve ritenere che tale gestore effettui una comunicazione ad un pubblico.
- 24) Ciò premesso, come risulta da costante giurisprudenza, per ricadere nella nozione di «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, occorre che una comunicazione, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, riguardante le stesse opere della comunicazione iniziale ed effettuata in Internet come la comunicazione iniziale, quindi con le stesse modalità tecniche, sia rivolta ad un pubblico nuovo, cioè ad un pubblico che i titolari del diritto d'autore non abbiano considerato, al momento in cui abbiano autorizzato la comunicazione iniziale al pubblico (v., per analogia, sentenza SGAE, cit., punti 40 e 42; ordinanza del 18 marzo 2010, *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*, C - 136/09, punto 38, nonché sentenza ITV *Broadcasting* e a., cit., punto 39).
- 25) Nel caso di specie si deve rilevare che la messa a disposizione delle opere di cui trattasi tramite un collegamento cliccabile, come quello esaminato nel procedimento principale, non porta a comunicare le opere di cui trattasi ad un pubblico nuovo.
- 26) Infatti, il pubblico cui la comunicazione iniziale era diretta era costituito dal complesso dei potenziali visitatori del sito considerato, poiché, essendo a conoscenza del fatto che l'accesso alle opere su tale sito non era assoggettato ad alcuna misura restrittiva, tutti gli internauti potevano avere liberamente accesso ad esse.
- 27) Si deve pertanto dichiarare che, qualora il complesso degli utilizzatori di un altro sito, ai quali siano state comunicate le opere di cui trattasi tramite un collegamento cliccabile, potesse direttamente accedere a tali opere sul sito sul quale siano state inizialmente comunicate, senza intervento del gestore dell'altro sito, gli utilizzatori del sito gestito da quest'ultimo devono essere considerati come potenziali destinatari della comunicazione iniziale e, quindi, ricompresi nel pubblico previsto dai titolari del diritto d'autore al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale.
- 28) Di conseguenza, in mancanza di un pubblico nuovo, l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore non è necessaria per una comunicazione al pubblico come quella di cui al procedimento principale.
- 29) Tale constatazione non potrebbe essere rimessa in discussione nel caso in cui il giudice del rinvio dovesse rilevare – cosa che non risulta chiaramente dagli atti – che, quando gli internauti cliccano sul collegamento in esame, l'opera appare dando l'impressione di essere a disposizione sul sito in cui si trova tale collegamento, mentre in realtà proviene da un altro sito.
- 30) Infatti, tale circostanza aggiuntiva non modifica affatto la conclusione secondo cui la fornitura su un sito di un collegamento cliccabile verso un'opera protetta, pubblicata e liberamente accessibile su un altro sito, ha l'effetto di mettere a disposizione degli utilizzatori del primo sito l'opera medesima e costituisce,

quindi, una comunicazione al pubblico. Tuttavia, dal momento che non vi è un pubblico nuovo, per tale comunicazione al pubblico in ogni caso non è necessaria l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore.

- 31) Per contro, nell'ipotesi in cui un collegamento cliccabile consenta agli utilizzatori del sito in cui si trova tale collegamento di eludere misure restrittive adottate dal sito in cui l'opera protetta si trova per limitare l'accesso del pubblico ai soli abbonati e, in tal modo, costituisca un intervento senza il quale tali utilizzatori non potrebbero beneficiare delle opere diffuse, il complesso di tali utilizzatori dovrà essere considerato quale pubblico nuovo, che non è stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale, ragion per cui per tale comunicazione al pubblico si impone l'autorizzazione dei titolari. Ciò avviene, in particolare, allorché l'opera non sia più a disposizione del pubblico sul sito in cui sia stata comunicata inizialmente o sia ormai disponibile su tale sito esclusivamente per un pubblico ristretto, mentre sia accessibile su un altro sito Internet senza autorizzazione degli aventi diritto.
- 32) Pertanto, occorre rispondere alle prime tre questioni proposte che l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 deve essere interpretato nel senso che non costituisce un atto di comunicazione al pubblico, ai sensi di tale disposizione, la messa a disposizione su un sito Internet di collegamenti cliccabili verso opere liberamente disponibili su un altro sito Internet.

Sulla quarta questione

- 33) Con la sua quarta questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 debba essere interpretato nel senso che osti a che uno Stato membro possa stabilire una tutela maggiore per i titolari del diritto d'autore, prevedendo che la nozione di comunicazione al pubblico comprenda più forme di messa a disposizione di quante stabilite in tale articolo.
- 34) A tale proposito, risulta segnatamente dai considerando 1, 6 e 7 della direttiva 2001/29 che quest'ultima è volta, in particolare, a rimediare all'incoerenza normativa e all'incertezza giuridica che accompagnano la protezione del diritto d'autore. Orbene, ammettere che uno Stato membro possa stabilire una tutela maggiore per i titolari del diritto d'autore prevedendo che la nozione di comunicazione al pubblico comprenda altresì operazioni diverse da quelle elencate all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, avrebbe l'effetto di creare incoerenza normativa e, quindi, incertezza giuridica per i terzi.
- 35) Di conseguenza, l'obiettivo perseguito dalla direttiva 2001/29 risulterebbe inevitabilmente compromesso se la nozione di comunicazione al pubblico potesse essere intesa dai diversi Stati membri come comprendente più forme di messa a disposizione di quelle stabilite all'articolo 3, paragrafo 1, di tale direttiva.
- 36) È pur vero che il considerando 7 della summenzionata direttiva non è finalizzato a sopprimere o a prevenire le disparità che non incidono negativamente sul

funzionamento del mercato interno. Tuttavia, si deve rilevare che, se agli Stati membri dovesse essere riconosciuta la facoltà di stabilire che la nozione di comunicazione al pubblico comprende più forme di messa a disposizione rispetto a quelle previste all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva stessa, il funzionamento del mercato interno ne risulterebbe necessariamente compromesso.

- 37) Ne consegue che l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 non può essere inteso nel senso che consenta agli Stati membri di stabilire una tutela maggiore per i titolari del diritto d'autore, prevedendo che la nozione di comunicazione al pubblico comprenda più forme di messa a disposizione di quelle disposte da tale articolo.
- 38) Tale conclusione non è inficiata dalla circostanza, dedotta dai ricorrenti nel procedimento principale nelle loro osservazioni scritte, che l'articolo 20 della Convenzione di Berna prevede che i Paesi firmatari possano concludere «accordi particolari» per conferire ai titolari di diritti d'autore diritti più ampi di quelli riconosciuti da tale Convenzione.
- 39) A tale proposito, è sufficiente rammentare che, allorché una convenzione consenta a uno Stato membro di adottare un provvedimento che risulti contrario al diritto dell'Unione, senza tuttavia obbligarlo in tal senso, lo Stato membro deve astenersi dall'adottarlo (sentenza del 9 febbraio 2012, *Luksan*, C - 277/10, punto 62).
- 40) Poiché l'obiettivo della direttiva 2001/29 risulterebbe inevitabilmente compromesso se la nozione di comunicazione al pubblico fosse intesa come comprendente più forme di messa a disposizione di quante stabilite all'articolo 3, paragrafo 1, di tale direttiva, uno Stato membro deve evitare di utilizzare la facoltà attribuitagli dall'articolo 20 della Convenzione di Berna.
- 41) Di conseguenza, occorre rispondere alla quarta questione dichiarando che l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 deve essere interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro possa stabilire una maggiore tutela dei titolari del diritto d'autore, includendo nella nozione di comunicazione al pubblico più forme di messa a disposizione di quelle disposte da tale articolo.

Sulle spese

- 42) Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

- 1) L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del

diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, deve essere interpretato nel senso che non costituisce un atto di comunicazione al pubblico, ai sensi di tale disposizione, la messa a disposizione su un sito Internet di collegamenti cliccabili verso opere liberamente disponibili su un altro sito Internet.

- 2) L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 deve essere interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro possa stabilire una maggiore tutela dei titolari del diritto d'autore, includendo nella nozione di comunicazione al pubblico più forme di messa a disposizione di quelle disposte da tale articolo.

L' "esauribilità" del *making available right* e le sue implicazioni sulla (il)legittimità delle "link taxes" europee

di Nicoletta de Mucci

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I diritti d'autore in rete a seguito della sentenza Svensson e altri v. Retriever. – 3. Il problema dell'esauribilità del making available right dai WIPO Internet Treaties alla sentenza della CGE Svensson e altri v. Retriever. – 4. Il "caso Google News" in Spagna: profili di illegittimità delle "link taxes" europee alla luce della sentenza Svensson e altri v. Retriever. – 5. Conclusioni

1. La sentenza *Svensson e altri v. Retriever* è stata pronunciata dalla Corte di Giustizia Europea in data 13 febbraio 2014 all'esito della domanda di pronuncia pregiudiziale proposta ai sensi dell'art. 267 del TFUE dallo Svea Hovrätt nell'ambito del procedimento *Nils Svensson– Sten Sjögren – Madelaine Sahlman – Pia Gadd v. Retriever Sverige AB*.

Tale procedimento era stato intentato dai signori *Svensson, Sjögren, Sahlman e Gadd* contro la società *Retriever Sverige AB*.

I primi erano i redattori di alcuni articoli sul quotidiano *Göteborgs - Posten*, pubblicati sia nella versione cartacea del giornale, sia nella versione *on - line* sul sito internet del quotidiano; la seconda, un aggregatore di notizie *on - line*, ossia una società operante nel settore dell'informazione che metteva a disposizione dei propri clienti, sul proprio sito internet, collegamenti ipertestuali (*link*) ad articoli di attualità, tra cui vi erano anche gli articoli dei ricorrenti.

Questi ultimi, pertanto, avevano citato la *Retriever* dinanzi al Tribunale di Stoccolma per ottenere il risarcimento del danno per violazione dei loro diritti d'autore, in specie, per avere la società convenuta messo a disposizione dei propri clienti tramite *link* alcuni dei loro articoli su internet senza previa autorizzazione.

La domanda di risarcimento del danno era stata respinta dal Tribunale adito con sentenza dell'11 giugno 2010.

Avverso tale sentenza, gli attori soccombenti avevano così instaurato giudizio di appello dinanzi allo *Svea Hovrätt*, di nuovo insistendo nella tesi che la *Retriever*, mettendo i loro articoli a disposizione dei propri clienti sul proprio sito internet tramite collegamento ipertestuale senza la loro autorizzazione, avesse invero violato il loro **diritto esclusivo di messa a disposizione al pubblico delle proprie opere d'ingegno in rete**.

In sua difesa, la *Retriever* aveva precisato che i servizi offerti ai propri clienti consistevano nella messa a disposizione di *link* ad articoli invero già presenti su altri siti internet. In altri termini, la società non forniva direttamente ai propri clienti il materiale da essi ricercato, ma si limitava a segnalare loro dove potevano reperire tale materiale in rete tramite la messa a disposizione dei relativi collegamenti ipertestuali.

In questo contesto fattuale, la Corte svedese ha sollevato alla Corte di Giustizia Europea quattro questioni pregiudiziali:

- 1) se il diritto esclusivo dell'autore di comunicare la propria opera al pubblico come definito dall'art. 3, paragrafo 1, della Direttiva 2001/29 (*Infosoc*) includesse anche la messa a disposizione di un collegamento ipertestuale (*link*) alla stessa;
- 2) se, ai fini della soluzione della questione di cui al punto precedente, fosse rilevante se l'opera protetta si trovasse su un sito internet liberamente accessibile ovvero l'accesso alla stessa fosse in qualche modo limitato;
- 3) se, ai fini della soluzione della questione di cui al punto 1), fosse rilevante che il *link* venisse presentato in modo tale da far chiaramente percepire all'utente di essere trasferito su altro sito internet rispetto a quello ospite del *link* per la fruizione dei relativi contenuti;
- 4) se uno Stato membro potesse attribuire ai diritti d'autore una più incisiva tutela includendo nella nozione di "comunicazione al pubblico" ulteriori forme di messa a disposizione dell'opera rispetto a quelle previste *ex art.* 3, par. 1 della Direttiva *Infosoc*.

In relazione alle questioni pregiudiziali sopra riportate, la CGE ha affermato che non costituisce atto riservato al titolare dei diritti d'autore ai sensi dell'art. 3 della Direttiva *Infosoc* la messa a disposizione di opere liberamente fruibili in rete tramite *link*, indipendentemente se la struttura tecnica di tale *link* sia tale che l'utilizzatore finale abbia l'impressione di fruire dei contenuti *linkati* dal loro sito di origine ovvero dal sito ospite del *link* stesso. In tal modo, la CGE ha di fatto equiparato, ai fini della compatibilità con la disciplina dei diritti d'autore, il *link* realizzato tramite collegamento ipertestuale al *link* c.d. "per transclusione". Quest'ultimo è una particolare forma di *linking* attraverso la quale è possibile mostrare un contenuto presente altrove in rete sulla propria pagina *web*, in modo che l'utente finale abbia l'impressione di visualizzare tale contenuto come se esso fosse stato originariamente caricato sulla pagina ospite del *link*.

La Corte ha infine affermato che l'art. 3 della Direttiva *Infosoc* non consente di attribuire ai titolari dei diritti maggiore tutela ampliando il novero degli atti di comunicazione loro riservati.

2. Con la sentenza *Svensson e altri v. Retriever* in commento, la Corte di Giustizia ha fornito nuovi spunti di riflessione sull'inquadramento del diritto di comunicazio-

ne interattiva¹ dell'opera al pubblico, conosciuto nella più nota formulazione anglofona come "*making available right*".

Quest'ultimo consiste nel diritto esclusivo riconosciuto al titolare dei diritti d'autore di mettere l'opera a disposizione del pubblico in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso nel luogo e nel momento scelti individualmente: si tratta della fattispecie in virtù della quale al titolare dei diritti d'autore è attribuita la facoltà esclusiva di rendere disponibile la propria opera in rete.

In ambito comunitario, il diritto di comunicazione interattiva dell'opera al pubblico è attribuito ai titolari dei diritti d'autore dall'art. 3 della Direttiva *Infosoc*: "*Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente*".

Sin dalla sua introduzione in ambito internazionale ad opera dei WIPO *Internet Treaties* nel 1996, il dibattito sul *making available right* si è incentrato sulla possibilità di applicare a tale fattispecie il principio dell'esaurimento.

Tale dibattito sembrava tuttavia, quantomeno a livello comunitario, destinato a rimanere privo di rilevanza pratica, poiché il par. 3 dello stesso art. 3 della Direttiva *Infosoc* aveva espressamente sancito, e sancisce ancora oggi, l'inesauribilità del diritto comunicazione interattiva dell'opera al pubblico.

Nella sentenza in commento, tuttavia, la Corte, pronunciandosi sulla legittimità del c.d. *linking*², ha indirettamente rimesso in discussione l'eventuale applicabilità del principio dell'esaurimento al *making available right*³.

Infatti, se, da un lato, la Corte ha riconosciuto che il *linking* sia un atto di comunicazione interattiva al pubblico ai sensi dell'art. 3 della Direttiva *Infosoc*, dall'altro, tuttavia, ha altresì affermato che, se il *link* in questione ha ad oggetto contenuti già liberamente fruibili in rete, il suo esercizio non necessita dell'autorizzazione dei titolari dei diritti d'autore, in quanto non costituisce atto loro riservato ai sensi dell'art. 3 della Direttiva *Infosoc*.

Si tratta, pertanto, di un principio molto simile a quello dell'esaurimento in quanto, se il titolare dei diritti d'autore comunica su internet la propria opera in modo che questa sia liberamente accessibile agli interessati, "perde" contestualmen-

¹ La comunicazione dell'opera presa in considerazione è stata ritenuta appartenente in particolare al *genus* della comunicazione ad un pubblico distante, ossia effettuata tramite mezzi di diffusione (telefono; telegrafo; radio; televisione), così Romano, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Milano, 2001, 233 ss.; Ercolani, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, Torino, 2004, 147 ss.

² Giova precisare, ancora una volta, che il *linking* è una pratica informatica che consiste nel mettere a disposizione sul proprio sito *web* un collegamento a dei contenuti presenti su siti *web* altrui.

³ Cfr. l'interpretazione della sentenza in commento di Zencovich, *Le "rassegne stampa" telematiche nella recente legislazione spagnola e la sua (dubbia) compatibilità comunitaria*, in *Diritto, mercato e tecnologia*, 16 dicembre 2014, www.dimt.it.

te il diritto di controllare le successive comunicazioni interattive della stessa in rete da parte di terzi.

La questione dell'eventuale esauribilità del *making available right* ha una rilevanza particolare nell'attuale quadro normativo europeo, nel quale già due Paesi Membri, la Germania e la Spagna, seppur in forme assai diverse, hanno adottato la c.d. *link tax*⁴ nei confronti degli aggregatori di notizie *on – line* (tra i più celebri, si ricordano *Yahoo News*, *Google News*).

L'attività degli aggregatori di notizie consiste nell'indicizzare articoli di attualità dai vari quotidiani nazionali e/o stranieri già liberamente fruibili *on – line* e nel metterli a disposizione del pubblico sotto forma di *link* alla loro pagina *web* di origine. Tali *link* sono presentati dagli aggregatori di notizie *on – line* tramite un riquadro (c.d. *snippet*) dal quale sono visibili il titolo dell'articolo, la relativa immagine di apertura, se presente, e un frammento non significativo delle prime frasi dell'articolo *linkato*.

Ebbene, le *link taxes* ad oggi adottate da Germania e Spagna⁵ subordinano l'utilizzo di questi *snippets* da parte degli aggregatori di notizie *on – line* al pagamento di un equo compenso ai titolari dei diritti d'autore degli articoli *linkati*.

Se, tuttavia, come affermato dalla Corte di Giustizia Europea nella sentenza in commento, il *linking* ad opere già liberamente fruibili in rete non costituisce atto riservato ai titolari dei diritti, e ciò nemmeno nel caso in cui gli utenti ricevano l'impressione di fruire di tali opere direttamente sul sito ospite del *link*, non è di immediata comprensione quali possano essere allora i presupposti legittimanti la corresponsione di un equo compenso ai titolari dei diritti d'autore da parte degli aggregatori di notizie *on – line* in ragione dei *link* corredati da *snippet* ad articoli di giornale già liberamente fruibili in rete.

⁴ L'espressione "tassa" risente della *communis opinio*, diffusa dalla stampa, secondo la quale la *ratio* alla base delle diverse leggi promulgate in Germania e in Spagna sarebbe stata quella di colpire in specie il principale aggregatore di notizie in rete – *Google Inc.* – obbligandolo a versare parte dei propri profitti a beneficio del territorio nazionale sotto la forma di equo compenso agli editori. In realtà non si tratta di una tassa, in quanto non è una prestazione patrimoniale che viene imposta a un soggetto privato in favore dello Stato, ma che viene imposta ad un privato nei confronti di un altro privato.

⁵ La legge spagnola era stata, infatti, preceduta da un'analoga legge tedesca, che differiva tuttavia dalla legge iberica per il fatto che agli editori, come si approfondirà in seguito, era stato concesso il diritto di rinunciare all'equo compenso. Per quanto riguarda la Francia e il Belgio, l'esigenza di corrispondere un compenso agli editori in ragione dell'utilizzazione dei loro contenuti perpetrata dagli aggregatori di notizie *on – line* si è concretizzata non in vere e proprie *link taxes*, ma nella creazione di un fondo destinato agli editori di stampa periodica a spese del celebre aggregatore di notizie *Google News*. Si veda, per una ricostruzione sintetica della vicenda, Cosimi, *Google News, non solo Spagna: la battaglia del copyright in Europa*, 11 dicembre 2014, http://www.repubblica.it/tecnologia/2014/12/11/news/google_ue_braccio_di_ferro-102625494/. Per quanto attiene allo stadio del dibattito in Italia, si vedano Coraggio, *Web tax, link tax, fisco o niente?*, in *TechEconomy*, 26 febbraio 2015, <http://www.techeconomy.it/2015/02/26/web-tax-link-tax-fisco-niente/>; Bernocco, *Il caso Google tra Web tax, link tax e il fisco italiano*, in *Technopolis*, 27 febbraio 2015, <http://www.technopolismagazine.it/cont/news/il-caso-google-tra-web-tax-link-tax-e-il-fisco-italiano/3955/1.html#Vecwic7lZhA>.

Questi aspetti sulla compatibilità delle *link taxes* con la sentenza *Svensson a altri v. Retriever* saranno affrontati nella seconda parte del lavoro, con un approfondimento particolare sulla *link tax* spagnola⁶.

Nella prima parte, si affronteranno invece le problematiche relative alla fattispecie del *making available right*, in particolare quelle attinenti ai presupposti della sua esauribilità, alla luce dei principi affermati dalla Corte nella sentenza in commento.

3. Il *making available right*, formalmente introdotto nell'ordinamento comunitario dall'art. 3 della Direttiva *Infosoc*, costituisce il recepimento⁷ degli *Internet Treaties*⁸, negoziati sotto l'egida della *World Intellectual Property Organization (WIPO)* nel 1996 e ratificati da 90 Paesi, tra cui gli Stati Uniti, dell'Unione Europea (allora Comunità Europea) e dagli Stati Membri.

L'obiettivo degli *Internet Treaties* era quello di fornire ai titolari dei diritti d'autore una efficace tutela a livello internazionale avverso le emergenti possibilità di sfruttamento abusivo delle opere protette offerte dalle nuove tecnologie, in specie dalla rete internet.

Prima dell'adozione degli *Internet Treaties*, infatti, la fonte di riferimento a livello internazionale relativamente ai diritti d'autore era la Convenzione di Berna, la quale, essendo stata aggiornata l'ultima volta nel 1971, non prevedeva il diritto di comunicare l'opera al pubblico in maniera che ciascuno potesse avervi accesso nel tempo e nel luogo scelti individualmente.

Né sarebbe stato possibile ricondurre in via analogica tale diritto nella fattispecie di comunicazione dell'opera a un pubblico distante, in quanto tale quest'ultima era stata disciplinata dalla stessa Convenzione di Berna secondo un'impostazione casistica⁹.

⁶ Si tratta, infatti, della *link tax* che ha avuto il maggiore impatto sul settore dell'editoria periodica, in quanto, a seguito della sua entrata in vigore, *Google News*, l'aggregatore di contenuti di stampa *on – line* della *Google Inc.*, ha chiuso la propria divisione spagnola.

La chiusura di *Google News* in Spagna ha suscitato indignazione nell'opinione pubblica, si vedano in proposito Scorza, *Google News chiude in Spagna, un altro autogol europeo?*, in *Wired*, www.wired.it, 11 dicembre 2014; Russo, *Google News chiude per divieto di link: la Spagna rinuncia al web e alla libertà di espressione*, in *Wired*, www.wired.it, 11 dicembre 2014; Pollicino, *La legge spagnola Google News tra interessi in gioco e profili costituzionali*, in *Diritto, mercato, tecnologia*, 12 dicembre 2014, www.dimt.it.

Infatti, secondo l'opinione riportata, gli aggregatori di notizie *on – line* costituiscono un non secondario strumento di penetrazione del mercato per le testate di stampa periodica di più piccole dimensioni ed, in questo senso, l'attività di tali aggregatori costituisce un presidio per il pluralismo nell'informazione.

⁷ Cfr. il considerando 15 della Direttiva.

⁸ Gli *Internet Treaties* sono costituiti dal *WIPO Copyright Treaty* relativo ai diritti d'autore e dal *WIPO Performances and Phonograms Treaty* relativo ai diritti connessi.

⁹ Cfr. artt. 11, 11-*bis* e 11-*ter* della Convenzione di Berna.

È in questo contesto che il *WIPO Copyright Treaty (WCT)*¹⁰, all'art. 8¹¹, ha introdotto la fattispecie del *making available right*.

I termini utilizzati dalla norma nella descrizione della fattispecie in commento sono stati volutamente generici, allo scopo di superare la suddetta impostazione casistica della Convenzione di Berna e creare così una fattispecie che fosse abbastanza duttile da ricomprendere ogni forma di trasmissione delle opere protette in ambiente digitale e interattivo¹². Trattasi della c.d. “*umbrella solution*”¹³, così denominata proprio in quanto idonea a ricomprendere la più disparata casistica.

L'*umbrella solution* ha tuttavia suscitato non indifferenti problemi interpretativi, in quanto ha sintetizzato nell'unica fattispecie del *making available right* modalità di esercizio di tale diritto strutturalmente differenti tra di loro, al punto da ritenere dubbia l'opportunità di una loro disciplina unitaria.

È sufficiente in proposito avere riguardo alla differenza che intercorre tra il mettere l'opera a disposizione del pubblico in rete per un suo godimento effimero (mera visualizzazione *on – line*, c.d. *streaming*) e il metterla a disposizione in modo tale da consentire agli utenti di realizzarne una copia stabile sul proprio elaboratore (visualizzazione possibile anche *off-line*, c.d. *download*).

Nel primo caso, infatti, il *making available right* consiste evidentemente in una comunicazione dell'opera, nel secondo caso, sembrerebbe costituire invece l'esercizio di un diritto di natura distributiva, dunque, soggetto ad esaurimento¹⁴.

¹⁰ Per ragioni di economia di trattazione, in questo approfondimento non verranno prese in considerazione le soluzioni fornite dal *WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)* in materia di diritti connessi.

¹¹ Si riporta di seguito il testo della norma citata: “*Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them*”. La circostanza che la fattispecie preveda la messa a disposizione di un'opera al “pubblico”, quindi ad una cerchia indeterminata ed indeterminabile di persone, sottrae dal suo ambito di applicazione le comunicazioni di posta elettronica o tra cerchie di persone ristrette (*clouds*).

¹² Così Guglielmetti, *Il diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico*, in *AIDA*, 2010, 149.

¹³ L'espressione è di Ficsor, *The law of Copyright and Internet*, New York, 2002, 628 - 9.

¹⁴ Il principio dell'esaurimento è un principio comune a tutto il diritto industriale, la cui *ratio* è quella di contemperare i diritti dei titolari di private con il principio di libera circolazione dei beni; così Sarti, *Diritti Esclusivi e Circolazione dei Beni*, Milano, 1996, 79 ss.

In ambito di diritti d'autore, il principio dell'esaurimento trova attuazione a livello comunitario nell'art. 4 della Direttiva *Infosoc* e, a livello nazionale, nell'art. 17 della L. n. 633/1941 (Legge Autori).

Sull'applicazione di tale principio agli esemplari delle opere oggetto di vendita *on – line*, o comunque distribuiti *on – line* in forma gratuita, vi sono due orientamenti contrapposti. Il primo, ritiene che il *making available right* sia una fattispecie che rientra nell'ambito del diritto di comunicazione anche quando prevede la messa a disposizione di un'opera per il *download*; così Guglielmetti, *op. cit.*, 148; Romano, *Diritto d'autore europeo*, Padova, 2001, 166.

Peraltro, secondo l'opinione riportata, quand'anche il *download* dell'opera a seguito della sua messa a disposizione costituisca esercizio del diritto di distribuzione, l'utente/acquirente non potrebbe comunque ridistribuire la copia acquisita senza incorrere in una violazione dei diritti d'autore. Ciò in quanto, da un punto di

A fronte dell'*umbrella solution* prospettata dall'art. 8 del *WCT*, gli Stati firmatari hanno dunque dovuto decidere se disciplinare il *making available right* in maniera diversa a seconda delle diverse modalità di esercizio del diritto in concreto prescelte dal titolare, o se invece prevedere una disciplina unitaria della fattispecie¹⁵.

Il Legislatore statunitense ha optato per la prima soluzione: se le modalità di esercizio *making available right* consistono in una comunicazione dell'opera *on – line* (*streaming*), allora il *making available right* rientra nel *display right*; se invece il diritto in questione viene esercitato attraverso la messa a disposizione dell'opera al pubblico per il *download*, esso è considerato come esercizio del *distribution right* ed è soggetto al principio della *first sale doctrine*, l'“equivalente” statunitense del principio dell'esaurimento¹⁶.

Al contrario, il Legislatore comunitario ha deciso di sottoporre il *making available right* a una disciplina unitaria.

Si legge, infatti, all'art. 3 della Direttiva *Infosoc*, che di fatto riutilizza la stessa terminologia dell' “*umbrella solution*” dell'art. 8 del *WCT*: “ 1. *Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.*

[...]

3. I diritti di cui ai paragrafi 1 e 2¹⁷ non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico o con la loro messa a disposizione del pubblico, come indicato nel presente articolo¹⁸.

L'art. 3 della Direttiva, dunque, ha classificato il diritto di comunicazione interattiva dell'opera come un'autonoma specificazione del diritto di comunicare l'opera al pubblico ed ha stabilito, al paragrafo 3 dell'art. 3, che si tratta di un diritto non esauribile.

vista tecnico, ogni nuova distribuzione della copia legittimamente acquisita, implicherebbe una sua riproduzione, ossia l'esercizio di un diritto esclusivo del titolare non soggetto a esaurimento.

Un opposto orientamento ritiene invece che la messa a disposizione dell'opera per il *download* costituisca esercizio del diritto di distribuzione da parte del titolare e sia, in quanto tale, esauribile; così Gambino, *Le trasmissioni telematiche del bene immateriale*, in *AIDA*, 1997, 507; Nimmer, *Brains and other paraphrenalia of the digital age*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1997, I, 64 ss.

¹⁵ Montagnani, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, in *Quaderni Giur. Comm.*, 2012, 90.

¹⁶ Per sottrarre gli esemplari distribuiti *on – line* al principio dell'esaurimento, i titolari dei diritti d'autore fanno ricorso al *licence paradigm*: attraverso restrizioni d'uso imposte al destinatario sulle utilizzazioni dell'esemplare distribuito impediscono che l'atto di distribuzione realizzi gli effetti traslativi reali che gli sono propri, “neutralizzando” così l'operatività della *first sale doctrine*; in questi termini Nimmer, *Nimmer on copyright*, San Francisco, 2012, § 8.

¹⁷ Il secondo paragrafo dell'art. 3 citato attribuisce ai titolari dei diritti connessi il diritto di messa a disposizione al pubblico, ambito d'indagine che, come detto, esula dall'oggetto di questa trattazione.

¹⁸ L'art. 3 della Direttiva *Infosoc* è stato trasposto nell'ordinamento italiano, con identica terminologia, all'art. 16 della L. n. 633/1941.

Non sono mancate in dottrina¹⁹ le voci di chi ha colto l'anomalia di una simile previsione, che sembrerebbe risolversi in un enunciato normativo sovrabbondante: l'art. 3 disciplina le forme di comunicazione dell'opera al pubblico, e il diritto dell'autore di comunicare l'opera al pubblico, qualunque sia la sua specificazione (a un pubblico presente; a un pubblico distante; in maniera che ciascuno possa avervi accesso nel luogo e nel tempo scelti individualmente), non può per definizione esaurirsi, essendo l'esaurimento, nell'ambito dei diritti d'autore, una fattispecie che interessa il solo diritto di distribuzione dell'opera o di esemplari di essa.

Una delle spiegazioni prospettate in dottrina²⁰ alla *ratio* di tale "sovrabbondante" formulazione dell'art. 3, par. 3, della Direttiva sulla non esauribilità del *making available right*, è stata che tale formulazione sarebbe stata utile a sottrarre il *web download* dalla categoria dei diritti di distribuzione dell'opera. Grazie a tale previsione, infatti, l'utente finale che entrasse in possesso di un esemplare dell'opera tramite *download* otterrebbe così tale esemplare non già a seguito dell'esercizio del diritto del diritto di distribuzione da parte del titolare, bensì a seguito dell'esercizio da parte del medesimo titolare del *making available right*, dunque di un diritto non esauribile²¹ per espressa statuizione normativa. In questa prospettiva, a tale utente reste-

¹⁹ Marzano, *Diritto d'autore e digital technologies*, Milano, 2005, 163; Ricolfi, *Il diritto d'autore*, in *Tratt. Cotino*, III, Diritto Industriale, Padova, 2001, 427.

²⁰ Marzano, *op. cit.*, 167. In questi termini, si veda anche Guglielmetti, *ibidem*.

²¹ Quest'impostazione è stata confermata dalla Corte di Giustizia Europea nella sentenza *UsedSoft GmbH v. Horacle International Corporation* (C 128 – 2011, sent. 3 luglio 2012).

La vicenda sulla quale la Corte era stata chiamata a pronunciarsi era quella di una società di *software* di proprietà della società *Oracle* – la *Usedsoft* – che commercializzava licenze usate, acquisite a propria volta da legittimi licenziatari.

Interrogata se la messa a disposizione in rete per il *download* del *software* esaurisse il diritto di distribuzione del titolare sull'esemplare "scaricato" dall'utente, la Corte ha risposto positivamente in virtù del richiamo all'art. 4, par. 2, della Direttiva 24/2009, il quale prevede che: "*La prima vendita della copia di un programma nella Comunità da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il diritto di distribuzione della copia all'interno della Comunità*".

In tale contesto, la Corte ha colto l'occasione per precisare che l'art. 4, par. 2, della Direttiva 24/2009 costituisce *lex specialis* (si veda Rivo, *L'applicazione del principio dell'esaurimento alla distribuzione digitale di contenuti protetti*, in *Giur. Comm.*, 2015, 1149 – 1164) rispetto all'art. 3 della Direttiva *Infosoc*: il principio dell'esaurimento del diritto di distribuzione sulle opere messe a disposizione del pubblico tramite *web download* si applicherebbe cioè con esclusivo riferimento al *software*.

E, infatti, anche se la sentenza non prende sul punto una posizione netta, questa sembrerebbe alludere al fatto che il principio dell'esaurimento non operi con riferimento ad opere protette distribuite in formato intangibile diverse dal *software*, ai sensi dell'art. 3 della Direttiva *Infosoc*: "È ben vero che le nozioni utilizzate nelle direttive 2001/29 e 2009/24 devono avere, in linea di principio, lo stesso significato (v. sentenza del 4 ottobre 2011, *Football Association Premier League e a.*, C-403/08 e C-429/08, *Racc. pag. I-9083, punti 187 e 188*). Tuttavia, anche nell'ipotesi in cui l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2001/29, interpretato alla luce dei considerando ventottesimo e ventinovesimo della direttiva medesima nonché del Trattato sul diritto d'autore, di cui la direttiva 2001/29 costituisce attuazione (sentenza del 9 febbraio 2012, *Luksan*, C-277/10, punto 59), affermasse, per le opere oggetto di tale direttiva, che l'esaurimento del diritto di distribuzione riguarda unicamente oggetti tangibili, tale circostanza, tenuto conto della differente volontà espres-

rebbe preclusa la possibilità di distribuire ulteriormente l'opera percepita tramite *web – download*.

Si ritiene tuttavia che la prevenzione dell'esaurimento del diritto di distribuzione sulle copie dell'opera messe a disposizione del pubblico da parte del titolare tramite *web – download* non fosse la sola ragione fondante l'anomala previsione del paragrafo 3 dell'art. 3 della Direttiva *Infosoc*.

Al contrario, la previsione della non esauribilità del *making available right* ha avuto la non secondaria funzione di attribuire ai titolari dei diritti d'autore uno strumento per contrastare i più vari fenomeni di "appropriazione" dell'opera caricata *on – line* da parte di terzi.

Infatti, una volta che un contenuto protetto sia disponibile in rete, è possibile "ri" – metterlo a disposizione su un sito internet diverso da quello prescelto dal titolare dei diritti attraverso un mero collegamento ipertestuale (*link*) basato su algoritmi, che funziona senza duplicare il contenuto con il quale crea il collegamento.

sa dal legislatore dell'Unione nel preciso contesto della direttiva 2009/24, non sarebbe tale da incidere sull'interpretazione dell'articolo 4, paragrafo 2, di quest'ultima direttiva".

Sulla non esauribilità del diritto esclusivo di distribuzione del titolare sulle opere oggetto di *web – download*, ben più esplicita è stata la Corte statunitense nel caso *Redigi* (*Capitol Records LLC v. ReDigi Inc., USA District Court of the Southern District of New York, No. 12 Civ. 95*).

In punto di fatto, la vicenda era analoga a quella del caso *Horacle*: *ReDigi* era (ed è) una piattaforma che offriva in vendita non già *software*, ma contenuti musicali digitali di seconda mano.

La tecnologia utilizzata permetteva a *ReDigi* di distinguere tra contenuti leciti (acquisiti legittimamente dall'utente rivenditore) e contenuti pirata (non acquisiti legittimamente dall'utente che procede alla rivendita).

Tale tecnologia permetteva inoltre di trasferire i *file* riconosciuti come legittimi dall'*hard disk* del potenziale rivenditore alla memoria di *ReDigi*, attraverso la quale sarebbero stati rivenduti agli utenti interessati.

Il trasferimento del *file* dall'*hard disk* del potenziale rivenditore alla memoria di *ReDigi* avrebbe comportato la contestuale cancellazione del suddetto *file* da tale *hard disk*, così che non vi sarebbe stata una riproduzione dell'opera ma solo una sua nuova distribuzione, legittima in base alla *first sale doctrine*.

La Corte Distrettuale ha tuttavia respinto questa tesi, sulla base del fatto che la *first sale doctrine* non potrebbe, secondo l'interpretazione fornita, trovare applicazione alla rivendita dei contenuti digitali, in quanto implicherebbe sempre e comunque una loro riproduzione (in tal caso, sia pure per un lasso di tempo minimo funzionale al trasferimento, una riproduzione aveva luogo tecnicamente dall'*hard disk* del potenziale rivenditore alla memoria di *ReDigi* e successivamente dalla memoria di *ReDigi* al compratore) e, come noto, la *first sale doctrine* non si applica al diritto di riproduzione dell'opera.

Dunque, allo stato dell'arte, il principio dell'esaurimento dei diritti di distribuzione non sembra potersi ritenere applicabile ai contenuti digitali: nell'Unione Europea, in quanto la distribuzione di contenuti digitali non è considerata una vera e propria "distribuzione", ma una "messa a disposizione per il *download*" rientrante nell'art. 3 della Direttiva *Infosoc* e quindi non esauribile; negli Stati Uniti in quanto la *first sale doctrine* non si estende agli atti di riproduzione, ritenuti sempre necessari per effettuare una successiva rivendita di contenuti digitali.

Si ritiene che l'interpretazione statunitense sia tuttavia più elastica di quella comunitaria: se si realizzasse una tecnologia in grado di trasferire l'opera immateriale legittimamente acquisita dal venditore senza a tal fine dover effettuare una riproduzione della stessa, tale trasferimento dovrebbe, infatti, considerarsi legittimo in virtù della *first sale doctrine* applicabile al diritto di distribuzione del titolare.

Generalmente, attraverso il *link* si viene rimandati al sito di origine del contenuto protetto *linkato*. Esiste tuttavia anche una forma di collegamento più complessa denominata “*link* per transclusione”, attraverso la quale non si è rimandati al sito di origine dei contenuti protetti, ma il contenuto oggetto del *link* viene mostrato nella sua integralità direttamente sul un sito internet ospite del *link* stesso, in modo che gli internauti non hanno la percezione di “spostarsi” dal sito ospite del *link* al sito di origine dei contenuti *linkati*.

Non è mancato in dottrina²² chi ha ritenuto che il *linking* fosse una pratica illegittima proprio perché violazione del *making available right*, diritto quest’ultimo che, per espresso dettato normativo, non si esaurisce con il primo atto di messa a disposizione dell’opera in rete. In questa prospettiva, al titolare dei diritti d’autore dovrebbe essere pertanto riconosciuto il diritto di controllare *ogni* comunicazione interattiva della propria opera in rete successiva alla prima.

Nella sentenza *Svensson e altri v. Retriever* in commento, la Corte di Giustizia ha invece affermato l’opposto principio secondo il quale il *linking*, anche per transclusione, di un’opera liberamente fruibile in rete debba considerarsi legittimo.

Ci si chiede, dunque, se l’aver sottratto all’autore il diritto di controllare gli atti di messa a disposizione dell’opera in rete successivi alla prima messa a disposizione della stessa (sempre se non subordinata a misure restrittive all’accesso) possa intendersi equivalente all’esaurimento del *making available right* all’atto del primo *upload* dell’opera in rete.

Se si accogliesse la sentenza in commento come l’estensione del principio dell’esaurimento al *making available right*, si trascurerebbero tuttavia importanti elementi relativi a tale sentenza, sia di carattere letterale, sia di carattere sistematico.

L’elemento di carattere letterale è che la Corte non ha fatto mai riferimento nella sentenza in commento al principio dell’esaurimento del *making available right*.

Infatti, la Corte è arrivata ad affermare che il *linking* non costituisca atto riservato ai sensi dell’art. 3 della Direttiva *Infosoc* non attraverso il principio dell’esaurimento, ma attraverso una peculiare applicazione del principio d’indipendenza orizzontale dei diritti d’autore.

Tale principio, nell’ambito del diritto di comunicazione dell’opera al pubblico, consente al titolare dei diritti d’autore di mantenere l’esclusività non solo del diritto di comunicare la stessa opera con diversi mezzi di comunicazione (c.d. principio

²² Sull’illegittimità del *link* ad opere protette disponibili *on – line* in quanto pratica in violazione del *making available right* si vedano Ballarino, *Internet nel mondo della legge*, Milano, 1998, 195; Romano, *op. ult. cit.*, 251 ss.; O’Rourke, *Fencing Cyberspace*, in *Minesota L. Rev.*, 1998, 655 ss.; Ricolfi, *op. cit.*, Padova, 2001, 443.

Contra, nel senso che il *linking* fornisce solo un’informazione su dove reperire l’opera *linkata* e non è dunque di per sé illecito, si vedano Cavazos – Coé, *Linking and Liability*, in *Rich. J.L. & Tech.* 3, 1997, 345 ss.; Bertani, *Diritto d’autore e uso personale non “sanzionabile”*, in *AIDA*, 2000, 380 ss.; in seguito anche Ricolfi, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in *AIDA*, 2002, 77, peraltro quest’ultimo con argomentazioni analoghe a quelle che saranno utilizzate dalla CGE nella sentenza in commento.

d'indipendenza verticale dei diritti d'autore), ma anche l'esclusivo diritto di prede-terminare il pubblico di destinazione dell'opera.

Dunque, il titolare dei diritti d'autore, una volta effettuata la comunicazione dell'opera al pubblico, conserva, in virtù del richiamato principio di indipendenza orizzontale dei diritti d'autore, il diritto esclusivo di comunicare la medesima opera, con il medesimo *medium*, a un pubblico diverso da quello preso in considerazione all'atto di comunicazione precedente.

Così, per esemplificare, secondo costante giurisprudenza della CGE²³, costituisce atto riservato di comunicazione al pubblico ai sensi dell'art. 3 della Direttiva *Infosoc* la trasmissione di programmi radiofonici o televisivi da parte di gestori di pubblici esercizi (bar; alberghi; ristoranti; studi professionali) ai loro clienti, in quanto tale trasmissione raggiunge un pubblico più ampio rispetto a quello preso in considerazione dal titolare al momento della comunicazione (il pubblico connesso al proprio apparecchio Tv o radio).

Ebbene, secondo la Corte di Giustizia, con riferimento alla comunicazione interattiva dell'opera, per le sue peculiari caratteristiche tecniche, il principio d'indipendenza orizzontale dei diritti d'autore non potrebbe trovare applicazione.

Se, infatti, un'opera viene caricata in rete senza misure restrittive all'accesso, il pubblico preso in considerazione dal titolare dei diritti all'atto della prima immisione non potrà che essere la generalità di tutti gli internauti.

Dunque, il *linking*, pur costituendo una comunicazione interattiva dell'opera, non può essere una comunicazione riservata al titolare dei diritti d'autore, poiché il *link* raggiunge lo stesso pubblico – la generalità degli internauti – che il titolare dei diritti d'autore ha preso in considerazione all'atto della prima comunicazione dell'opera in questione.

Differente sarebbe il caso in cui il titolare dei diritti avesse messo a disposizione l'opera in rete limitandone la fruibilità attraverso misure restrittive all'accesso (il pagamento di un prezzo; un'iscrizione al sito *web* ospite; l'inserimento di una parola chiave; etc.).

In tali casi, infatti, un *link* a tale opera consentirebbe la fruibilità della stessa ad un pubblico non preso in considerazione dal titolare al momento della prima messa a disposizione (ossia gli utilizzatori non disposti a rispettare le condizioni di accesso). Il *linking* sarebbe dunque in questo caso illegittimo poiché consisterebbe in una comunicazione interattiva rivolta a un pubblico nuovo, dunque, riservata al titolare dei diritti in virtù del principio d'indipendenza orizzontale dei diritti d'autore.

Per quanto attiene agli elementi di carattere sistematico che non sembrano consentire di interpretare la sentenza in commento come un'estensione del principio dell'esaurimento al *making available right*, valgano le considerazioni che seguono.

In primo luogo, una simile interpretazione si porrebbe in aperto contrasto con l'art. 3, par. 3, della Direttiva *Infosoc*.

²³ CGE, C - 403/08, punto 194; CGE, C - 306/05, punto 42.

In secondo luogo, se il *making available right* fosse soggetto ad esaurimento, ciò vorrebbe dire che il titolare dei diritti d'autore non potrebbe più decidere di restringere il pubblico di destinazione in un momento successivo al primo *upload* dell'opera in rete. Proprio come, una volta distribuita la copia di un libro, il titolare dei diritti d'autore non potrebbe più pretendere di averla indietro.

Una simile ricostruzione sarebbe tuttavia incompatibile con la stessa natura dei diritti di comunicazione dell'opera al pubblico, a cui il *making available right* appartiene ai sensi dell'univoco disposto dell'art. 3 della Direttiva *Infosoc*.

4. Sebbene non sia giunta ad affermare l'esaurimento del *making available right* all'atto della prima messa a disposizione dell'opera in rete da parte del titolare, la CGE ha statuito in ogni caso che il *linking* ad opere liberamente fruibili in rete è una pratica legittima, anche nel caso in cui l'utente non percepisca chiaramente di essere rinviato ad un sito diverso rispetto a quello ospite del *link*.

Il *linking* non è, infatti, suscettibile di raggiungere un pubblico nuovo rispetto a quello preso in considerazione dal titolare dei diritti d'autore e non costituisce pertanto atto riservato ai sensi dell'art. 3 della Direttiva *Infosoc* per il principio d'indipendenza orizzontale dei diritti d'autore.

Il principio sostenuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento potrebbe sollevare alcuni dubbi sulla legittimità delle c.d. *link taxes*, l'ultima delle quali approvata in Spagna il 28 ottobre 2014 ed entrata in vigore il 1 gennaio 2015²⁴.

Nel Preambolo di tale Legge, si legge che la sua promulgazione si è resa necessaria per rispondere alle sfide di internet nell'ambito della protezione dei diritti d'autore.

Per quanto qui interessa, il Legislatore iberico ha ritenuto opportuno “*modificare l'estensione del diritto di citazione di opere protette*”²⁵, in particolare nell'ambito della stampa periodica, “*attualizzando*”²⁶ il regime applicabile ai prestatori di servizi sulle reti di comunicazione elettronica che svolgano servizi di aggregazione di contenuti di attualità (i c.d. aggregatori di notizie).

In questa prospettiva, è stato dunque modificato l'art. 32 della legge sulla proprietà intellettuale previgente.

La norma, nella versione attuale, prescrive: “***La messa a disposizione del pubblico da parte dei prestatori di servizi aggregatori di contenuti sulle reti di comunicazione elettronica di frammenti non significativi di contenuti protetti, divulgati in pubblicazioni periodiche o in siti Web relativi a pubblicazioni periodiche a finalità informativa, di critica o di intrattenimento non richiederà l'autorizzazione [dei titolari dei diritti, ndr], senza pregiudizio del diritto dell'editore o del diverso titolare dei diritti a percepire un equo compenso. Questo diritto sarà irrinunciabile.***”

²⁴ Si tratta del “*Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*”, L. n. 422 del 24 ottobre 2014, Serie A, *Boletín Oficial de las Cortes Generales Congreso de los Diputados*, Núm. 81-5, 28 ottobre 2014.

²⁵ Cfr. il Preambolo della Legge, par. III.

²⁶ Cfr. il Preambolo della Legge, *ibidem*.

bile e sarà amministrato dagli enti di gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale. In qualsiasi caso la messa a disposizione del pubblico di qualsiasi immagine, opera fotografica o mera fotografia divulgata in pubblicazioni periodiche o siti web relativi a pubblicazioni periodiche sarà soggetta ad autorizzazione [dei titolari dei diritti, ndr].

Fermo quanto stabilito al precedente paragrafo, la messa a disposizione del pubblico da parte dei prestatori di servizi che facilitano la ricerca per parole chiave incluse nei contenuti di cui al paragrafo precedente non sarà soggetta a autorizzazione né equo compenso, sempre che tale messa a disposizione del pubblico si produca senza finalità commerciale propria e si concretizzi in quanto indispensabile per offrire i risultati di ricerca in risposta alle consultazioni effettuate da un utente, e sempre che la risposta messa a disposizione del pubblico includa un collegamento alla pagina di origine dei contenuti”.

I Soggetti passivi della nuova previsione sono dunque solamente gli aggregatori di notizie *on – line*²⁷ nell’ambito della loro attività di messa a disposizione del pubblico in rete di frammenti non significativi di contenuti di stampa divulgati in pubblicazioni periodiche o in siti *web* relativi a pubblicazioni periodiche (siti *web* che vengono regolarmente aggiornati, ai fini di informare, o creare opinione pubblica o intrattenimento).

Relativamente a tale attività, agli aggregatori di notizie è stato imposto l’obbligo di corrispondere un equo compenso²⁸ agli editori, o al diverso titolare dei diritti

²⁷ Non vi rientrano invece, purché rispettino determinate condizioni, i motori di ricerca in relazione al servizio da questi fornito di indicizzazione dei risultati di ricerca per parole chiave nel caso in cui queste ultime siano contenute in pubblicazioni periodiche o siti web relativi a pubblicazioni periodiche. La norma sembra così prevedere un’esplicita esenzione per i motori di ricerca medesimi.

Per beneficiare di tale esenzione, tuttavia, è prescritto che:

- la messa a disposizione dei frammenti di articoli da parte dei motori di ricerca non abbia finalità commerciale propria;
- la messa a disposizione dei frammenti di articoli da parte dei motori di ricerca sia indispensabile per consentire la ricerca per parole chiave agli utenti;
- la messa a disposizione dei frammenti di articoli da parte dei motori di ricerca fornisca dei risultati di ricerca agli utenti che includano tra i risultati la pagina di origine dei contenuti di stampa.

Quest’ultima appare una condizione difficilmente controllabile aprioristicamente da parte dei motori di ricerca, i quali forniscono i risultati alla ricerca per *key words* secondo algoritmi matematici a loro volta basati sulle ricerche in precedenza effettuate dagli utenti stessi e sui risultati cliccati. In altri termini, se, per ipotesi, gli utenti non scegliessero nell’ambito delle proprie ricerche il sito di origine dei contenuti, quest’ultimo non verrebbe più indicizzato in automatico tra i risultati della ricerca.

²⁸ Non sfugge come la messa a disposizione al pubblico di immagini relative a pubblicazioni periodiche o a siti *web* relativi a pubblicazioni periodiche sia stata sottoposta a un regime ben più stringente rispetto ai frammenti dei contenuti protetti: il loro utilizzo, in virtù della norma in commento, diventa possibile solo previa autorizzazione del titolare. Come rilevato da Zencovich, *ibidem*, l’art. 32 della Legge spagnola sottopone così ad autorizzazione del titolare anche la messa a disposizione di semplici fotografie, l’utilizzazione delle quali, nel *real world*, dovrebbe essere solo oggetto di equo compenso da parte dell’utilizzatore.

Peraltro, la norma utilizza la formulazione “*In qualsiasi caso la messa a disposizione del pubblico di qualsiasi immagine, opera fotografica o mera fotografia divulgata in pubblicazioni periodiche o siti web relativi a pubblicazioni periodiche sarà soggetta ad autorizzazione*”. Ciò potrebbe indurre a ritenere che il suo ambito di applicazione sia esteso anche ad utilizzatori diversi dagli aggregatori di notizie.

d'autore, degli articoli indicizzati, i quali, per parte loro, non potranno rinunciare a percepire l'equo compenso stabilito in loro favore dalla norma.

Attraverso l'espedito normativo dell'irrinunciabilità²⁹ all'equo compenso da parte dei titolari dei diritti d'autore sugli articoli indicizzati, il Legislatore spagnolo

²⁹ Tradizionalmente, le legislazioni dell'Europa continentale riconoscono due componenti dei diritti d'autore: la componente morale e la componente patrimoniale. I diritti morali sono equiparati, quanto a classificazione e regime giuridico, ai diritti della personalità: sono dunque irrinunciabili, inalienabili ed intrasmissibili. All'opposto, i diritti patrimoniali sono nella piena disposizione del titolare, che, pertanto dovrebbe potervi anche rinunciare.

Accanto a queste due categorie di diritti vi è una terza categoria definita come "diritti all'equo compenso", Mucciché; Molinari in (a cura di) Ruscica, *I diritti della personalità*, Milano, 2013.

Si tratta di una particolare categoria di diritti di credito, in virtù dei quali al titolare spetta di ricevere dagli utilizzatori della sua opera una remunerazione anche nei casi in cui detto titolare abbia precedentemente, e validamente, alienato i propri diritti di sfruttamento patrimoniale dell'opera medesima a terzi.

Si tratta di un diritto riconosciuto talvolta in funzione di corrispettivo, talvolta in funzione d'indennizzo.

Della prima categoria fa parte, ad esempio, l'equo compenso riconosciuto all'autore delle opere cinematografiche. Nella seconda categoria rientra invece l'equo compenso per copia privata: l'utilizzatore di supporti per registrazione vergine deve corrispondere un *quid plus* sul prezzo di questi ultimi in quanto si parte dal presupposto che li utilizzerà per incidervi opere d'ingegno, recando così ai titolari dei diritti d'autore un danno in termini di potenziali occasioni di guadagno perse.

Al di là della sua funzione, il diritto all'equo compenso è comunque un diritto di credito, che, dunque, dovrebbe essere suscettibile di rinuncia da parte del suo titolare. Quando, in deroga ai principi generali, la legge impone l'irrinunciabilità di un diritto di credito solitamente ciò è in genere a tutela del soggetto creditore che si trova in uno stato di debolezza (si pensi all'irrinunciabilità del diritto agli alimenti).

Ed, in effetti, in materia di proprietà intellettuale, prendendo come parametro di riferimento la Legge Autori italiana, l'art. 84, comma 4, della L. n. 633/1941 stabilisce testualmente che l'equo compenso previsto in favore degli artisti, interpreti ed esecutori nell'opera cinematografica a carico degli organismi di emissione e di coloro che esercitano il diritto di sfruttamento economico non sia rinunciabile. L'irrinunciabilità al diritto deriva in questo caso, si ritiene, proprio dal fatto che lo stesso art. 84, comma 1, prevede una presunzione di cessione, salvo espresso patto contrario, da parte degli artisti interpreti ed esecutori dei loro diritti patrimoniali sulle proprie opere e *performance*. Tali soggetti vertono dunque in una situazione di debolezza rispetto all'imprenditore con cui si interfacciano, ragion per cui la legge vuole evitare che la presunzione di cessione investa anche il diritto all'equo compenso. La dottrina dominante – sensibile alla deroga che l'irrinunciabilità all'equo compenso comporta al principio della disponibilità dei diritti patrimoniali in capo al loro titolare – ha interpretato la norma citata nel senso che essa prescriverebbe il divieto legale di cessione del credito futuro, ma che sarebbe legittima invece la cessione del diritto all'equo compenso una volta che tale diritto fosse divenuto esigibile dal titolare (in quanto detto titolare avesse cominciato a percepirlo), così Ubertazzi, *le Collecting degli artisti*, in *AIDA*, 2012, 394; Meruzzi, *I diritti degli artisti ex artt. 73, 73bis e 84 L. Aut.*, in *AIDA*, 2012, 55 -57.

Ci si chiede dunque se anche l'equo compenso introdotto dall'art. 32 della Legge iberica in favore degli editori di stampa *on – line* a carico degli aggregatori di notizie *on – line* non debba essere interpretato nel senso che la sua irrinunciabilità riguardi solo la sua cessione *pro futuro*, non anche quella del credito ormai maturato nei confronti di un singolo aggregatore. Questa interpretazione avrebbe forse permesso agli editori spagnoli di rinunciare all'equo compenso nei confronti di Google, ed avrebbe evitato la chiusura del servizio *News* in Spagna.

L'interpretazione proposta del regime applicabile all'equo compenso è tuttavia smentita da altre norme, che esplicitamente vietano non solo la cessione del credito futuro, ma anche gli atti di disposizione successivi alla sua percezione: ad esempio, in relazione al diritto di seguito riconosciuto a titolo di equo compenso agli

ha così eliminato la possibilità che questi ultimi concludessero con gli aggregatori di notizie *on – line* accordi separati e continuassero così, di fatto, ad esercitare la propria attività senza corrispondere invero alcun equo compenso³⁰.

La *link tax* spagnola, come le analoghe Leggi adottate da altri Paesi Membri³¹, risulta l'espressione di un'analisi del settore dell'editoria di stampa periodica secondo la quale gli aggregatori di notizie *on – line* contribuirebbero a sottrarre quote di mercato all'editoria tradizionale³².

autori di opere d'arte e di manoscritti sulle vendite successive alla prima cessione, l'art. 146 Legge Autori italiana prevede espressamente che il diritto non possa formare oggetto di rinuncia “*nemmeno preventivamente*”, *i.d.*, non “solo” preventivamente. L'applicazione del divieto di cessione del diritto all'equo compenso solo con riguardo al credito futuro non sembra dunque suscettibile di essere elevata a principio generale, essendovi delle differenze a seconda del titolo in base al quale l'equo compenso è riconosciuto all'autore.

Di questo avviso sembra essere anche il Tribunale di Milano, che si è pronunciato per l'irrinunciabilità del diritto all'equo compenso nella sentenza del 3 gennaio 2014 nel caso *Sky v. SLAE*.

Non mancano comunque in Dottrina posizioni che ravvisano un contrasto tra le disposizioni che prevedono l'irrinunciabilità all'equo compenso da parte dei titolari dei diritti d'autore e l'art. 41 della Costituzione italiana e, più in generale, gli analoghi principi costituzionali di altri Paesi che garantiscono la libertà di iniziativa economica; così Pollicino, *La legge spagnola Google News tra interessi in gioco e profili costituzionali*, in *Diritto, mercato, tecnologia*, 12 dicembre 2014, www.dimt.it. La violazione della libertà di iniziativa economica è presa in considerazione dall'Autore in particolar modo riguardo l'impatto che l'irrinunciabilità all'equo compenso può avere sugli editori di più piccole dimensioni, per i quali la visibilità garantita dagli aggregatori di notizie come *Google News* costituisce una delle principali fonti di affermazione tra il pubblico.

³⁰ Attraverso la previsione dell'irrinunciabilità dell'equo compenso, il Legislatore spagnolo ha probabilmente voluto evitare il ripetersi di quanto avvenuto in Germania. Infatti, anche il Legislatore tedesco aveva promulgato una legge in virtù della quale l'aggregazione di contenuti di stampa *on – line* era stata subordinata alla corresponsione di un equo compenso agli editori da parte degli aggregatori di notizie. Tuttavia, rispetto alla Legge spagnola, vi era una fondamentale differenza: gli editori avevano la possibilità di rinunciare all'equo compenso attribuito loro dalla legge. Il risultato era stato che molti editori, preoccupati delle ripercussioni negative in termini di traffico di utenza di cui avrebbero risentito nel caso in cui gli aggregatori di notizie si fossero rifiutati di corrispondere loro l'equo compenso e avessero così cessato di indicizzare i loro contenuti nell'ambito del servizio di aggregazione di notizie *on – line*, avevano deciso di rinunciare al diritto a percepire l'equo compenso loro riconosciuto. Si vedano sulla vicenda Meta; Anastasio, *Google tax: ok dal Bundersat: Germania apripista*, in *Cor. Com.*, 22 marzo 2013, www.corrierecomunicazioni.it/media/20361_google-tax-ok-dal-bundersat-germania-apripista.htm.

³¹ Sulla legge tedesca, si veda la nota precedente. In Francia e in Belgio, invece, l'esigenza di corrispondere un compenso agli editori in ragione dell'utilizzazione dei loro contenuti perpetrata dagli aggregatori di notizie *on – line* si è concretizzata nella creazione di un fondo loro destinato finanziato dal celebre aggregatore di notizie *Google News*. Si veda per una ricostruzione della vicenda Cosimi, *Google News, non solo Spagna: la battaglia del copyright in Europa*, 11 dicembre 2014, http://www.repubblica.it/tecnologia/2014/12/11/news/google_ue_braccio_di_ferro-102625494/.

³² È in atto, infatti, un processo di sostituzione tra il mercato analogico dei quotidiani di informazione in favore dell'omologo mercato digitale; è stata dunque avvertita l'esigenza di “riservare” agli editori quest'ultimo mercato, come una sorta di contropartita in relazione alla perdita di introiti dal mercato analogico. Probabilmente, la ragione per la quale tale esigenza si è manifestata con particolare riferimento alla stampa periodica e non al settore dei libri, della musica, o dei cinema, è dipeso dal fatto che questi ultimi presentano, al contrario del settore della stampa periodica, un grado di sostituibilità minore tra prodotto analogico e prodotto digitale.

In questa prospettiva, l'equo compenso imposto agli aggregatori di notizie *on-line* avrebbe dunque una funzione compensativa.

Ciò che vi è tuttavia da chiedersi è se, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia *Svensson e altri v. Retriever*, possa ancora ritenersi ammissibile (o comunque quale sia il fondamento di) la corresponsione di un equo compenso in ragione della comunicazione interattiva di opere già liberamente fruibili in rete.

Infatti, secondo la Direttiva *Infosoc*³³, due sono i presupposti del diritto del titolare di diritti d'autore a percepire un equo compenso:

- 1) un uso da parte di terzi dei loro materiali protetti;
- 2) che tale uso sia oggetto di un'eccezione o limitazione normativa ai diritti d'autore.

Sul fatto che gli aggregatori di notizie *on-line* utilizzino *frammenti non significativi* di contenuti di stampa, non vi è dubbio.

Ciò che invece appare incerto, alla luce della sentenza in commento, è che tale utilizzo costituisca un'eccezione ai diritti d'autore.

Dal Preambolo della Legge spagnola, risulta che il Legislatore iberico, come quello tedesco e, *mutatis mutandis*, i Legislatori belga e francese, ha considerato l'utilizzo dei frammenti di contenuti di stampa divulgati in pubblicazioni periodiche o in siti *web* relativi a pubblicazioni periodiche come esercizio del diritto di citazione³⁴ da parte degli aggregatori di notizie *on-line*. Tale diritto costituirebbe un'eccezione a tre categorie dei diritti riservati all'autore dell'opera o al suo avente causa: il diritto

Innanzitutto perché i contenuti protetti digitali diversi dalla stampa sono di regola a pagamento come gli omologhi analogici. Al contrario, il quotidiano cartaceo è un prodotto a pagamento, mentre a quello *on-line*, di norma, si accede gratuitamente.

In secondo luogo perché il mercato analogico di libri, film, contenuti musicali è costituito non solo da utenti interessati alla fruizione dei contenuti in sé, ma anche alla modalità di fruizione in concreto utilizzata (si pensi alle collezioni di libri o di vinili) la quale pertanto non può ontologicamente trovare corrispondente soddisfazione nel mondo digitale.

Non così per i quotidiani, dal momento che il pubblico, nella maggior parte dei casi, è interessato alla fruizione del prodotto (l'articolo di giornale, se non addirittura la notizia in sé), non anche alla modalità di tale fruizione, di modo che la fruizione via internet può essere percepita come completamente alternativa a quella analogica. Il fatto che la legge spagnola si riferisca unicamente ai contenuti a stampa e non agli altri contenuti protetti, è già stato rilevato da un Autore, il quale ha definito il fenomeno "*discriminazione tra i titolari di diritti di proprietà intellettuale*", vedi Zencovich, *ibidem*.

³³ Cfr. il Considerando 35 della Direttiva: "*In taluni casi di eccezioni o limitazioni i titolari di diritti dovrebbero ricevere un equo compenso affinché siano adeguatamente indennizzati per l'uso delle loro opere o dei materiali protetti*".

³⁴ Il "diritto di citazione", ossia la libertà di fare riferimento ad un'opera già diffusa lecitamente tra il pubblico dal titolare dei diritti sulla stessa, è espressamente sancito dall'art. 10, primo comma, della Convenzione di Berna, ai sensi del quale: "*1) Sono lecite le citazioni tratte da un'opera già resa lecitamente accessibile al pubblico, nonché le citazioni di articoli di giornali e riviste periodiche nella forma di rassegne di stampe, a condizione che dette citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo*".

di riproduzione dell'opera; il diritto di elaborazione dell'opera e il diritto di comunicazione dell'opera³⁵.

Consistendo l'attività degli aggregatori di notizie *on – line* nella messa a disposizione di *link* a contenuti già liberamente fruibili in rete, in astratto, un simile utilizzo potrebbe dunque incidere, in questa prospettiva, sul diritto dell'autore di comunicare l'opera al pubblico in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso nel luogo e nel momento scelti individualmente.

Ciò in quanto la circostanza che il *linking* costituisca un atto di comunicazione non muta in ragione dell'utilizzo degli *snippets* correlati ai collegamenti ipertestuali da parte degli aggregatori di notizie *on – line*.

Gli *snippets*, infatti, non sono che una particolare declinazione del collegamento cliccabile, sebbene, a differenza del primo, consentano di mostrare anche un'anteprima dei contenuti *linkati*. Tale anteprima non costituisce tuttavia una duplicazione dei contenuti, ma si realizza tramite *tag*, ossia tramite un collegamento ai metadati del sito di origine, a seguito del quale l'anteprima si genera automaticamente sul sito ospite dello *snippet*.

In altri termini, gli *snippets* costituiscono una sorta di vetrina su una determinata pagina *web* di ciò che è già presente in rete, seppur su un'altra pagina *web*, analogamente a quanto avviene attraverso il *link* per transclusione³⁶.

Ora, secondo quanto affermato dalla CGE nella sentenza *Svensson e altri v. Retriever*, il *linking* per transclusione, al pari del *link* ipertestuale, se è utilizzato allo scopo di mettere a disposizione del pubblico in rete un'opera che è già ivi liberamente fruibile non rientra tra le facoltà riservate al titolare dei diritti d'autore³⁷.

³⁵ Così, nella ricostruzione della dottrina italiana, Cartella, *Presupposti e limiti dei riassunti (e citazioni) in opere altrui*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1980, I, 410; Fazzini, *Diritto di citazione e tutela del diritto d'autore*, in *Dir. Inf.*, 1993, 100; Ubertazzi, *Le utilizzazioni libere della pubblicità*, in *AIDA*, 1994, 79.

³⁶ In senso parzialmente contrario, sebbene con riferimento a fenomeni diversi dall'attività degli aggregatori di notizie *on – line*, si veda Cogo, *Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Giur. It.*, 2014, 2201 ss, secondo il quale non sarebbe escluso che il *linking* per transclusione possa implicare una riproduzione dei contenuti ivi rappresentati.

³⁷ Il principio è stato ribadito dalla CGE nel caso *Best Water*, 21 ottobre 2014, C- 348 – 13, ordinanza. La Corte di appello federale tedesca aveva richiesto alla Corte di Giustizia Europea se fosse da considerarsi lecita ai sensi dell'art. 3, par. 1, della Direttiva *Infosoc* la condotta di due agenti di commercio (*Meibes e Potsch*) nei confronti della società *Best Water International GmbH*. Quest'ultima aveva prodotto un filmato a fini promozionali e lo aveva messo a disposizione del pubblico in rete sul proprio sito. I due agenti, i quali lavoravano per una società concorrente, avevano permesso al pubblico di visualizzare il filmato dai loro rispettivi siti internet, mediante la tecnica della transclusione. Tale tecnica consiste in un particolare genere di *linking* attraverso il quale è possibile collegare l'utilizzatore direttamente al contenuto. In questo modo, il soggetto terzo che mette a disposizione il *link* "si appropria" dell'opera, collegandovi il pubblico direttamente dal proprio sito.

La Corte, in risposta alla questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di Appello tedesca sul caso *Best Water*, si è pronunciata con ordinanza ai sensi dell'art. 99 del proprio Regolamento di Procedura, in base al quale, se la questione pregiudiziale sollevata dalla Corte nazionale è identica ad altra questione su cui la Corte ha

Risulta pertanto difficile ipotizzare che, se la Corte ha ritenuto legittimo, ai fini della disciplina dei diritti d'autore, il *linking* per transclusione delle opere di ingegno, il principio non valga *a fortiori* per gli *snippets*, i quali consentono la visualizzazione dal sito ospite degli stessi non già dell'intera opera d'ingegno, ma solo di un suo frammento.

Dunque, individuata l'attività svolta dagli aggregatori di notizie *on – line* come *linking* ipertestuale corredato da una sorta di *link* per transclusione, lo *snippet*, si evince come la Legge spagnola abbia invero riconosciuto il diritto all'equo compenso ai titolari dei diritti d'autore di frammenti di contenuti di stampa periodica o di siti *web* relativi a stampa periodica utilizzati da tali aggregatori di notizie *on – line* non già in ragione di un'"eccezione" ai loro diritti esclusivi, ma in virtù di un utilizzo degli stessi che, alla luce della giurisprudenza comunitaria in commento, non dovrebbe considerarsi atto loro riservato³⁸.

In questa prospettiva, le *link taxes* europee difetterebbero del secondo dei presupposti del diritto all'equo compenso individuati dalla Direttiva *Infosoc*³⁹, ossia, come detto, che l'equo compenso sia riconosciuto in virtù di un'eccezione o libera utilizzazione ai diritti d'autore.

Infine, si ritiene che la normativa spagnola, al pari delle omologhe *link taxes*, sia in contrasto con la posizione espressa dalla CGE nella sentenza *Svensson e altri v. Retriever* sotto un ulteriore profilo.

Nella seconda parte della sentenza in esame, infatti, la Corte ha statuito che se uno Stato Membro approntasse sistemi di tutela ulteriori in favore dei titolari dei diritti d'autore rispetto a quelli stabiliti nella Direttiva *Infosoc*, contravverrebbe alla *ratio* di armonizzazione del diritto dei Paesi Membri sottesa alla Direttiva stessa⁴⁰.

Al contrario, le *link taxes*, riconoscendo ai titolari dei diritti d'autore l'equo compenso rispetto a un utilizzo dei loro contenuti che non rientra nella fattispecie del

già statuito, o comunque può essere dedotta dalla giurisprudenza, la Corte di Giustizia può pronunciarsi con ordinanza motivata.

E, nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che la questione fosse già stata risolta nella sentenza *Svensson e altri v. Retriever*, nella quale era stato deciso che ai fini della legittimità del *linking* ad un'opera resa disponibile in rete dal titolare e ivi liberamente accessibile, la circostanza che l'utilizzatore comprendesse o meno di essere rimandato sul sito *web* scelto dal titolare dei diritti all'atto della prima messa a disposizione dell'opera era da considerarsi irrilevante.

³⁸ Lo stesso principio dovrebbe valere per le immagini divulgate dal titolare in rete senza restrizioni all'accesso, per l'utilizzo delle quali la Legge iberica richiede, come detto, non già la corresponsione di un equo compenso, ma addirittura l'autorizzazione del titolare.

³⁹ Graziadei, *Google News, siamo sicuri che gli editori possano farsi pagare?*, in *Cor.Com.*, 12 dicembre 2014, http://www.corrierecomunicazioni.it/tlc/31539_google-news-siamo-sicuri-che-gli-editori-possano-farsi-pagare.

⁴⁰ Con specifico riferimento al *making available right*, la Corte ha affermato che: "L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 deve essere interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro possa stabilire una maggiore tutela dei titolari del diritto d'autore, includendo nella nozione di comunicazione al pubblico più forme di messa a disposizione di quelle disposte da tale articolo".

making available right ai sensi dell'art. 3, comma 3, della Direttiva *Infosoc* come interpretato dalla Corte di Giustizia nella sentenza in esame, di fatto attribuiscono ai titolari dei diritti d'autore una più ampia tutela rispetto a quella loro garantita dalla Direttiva medesima.

Non appare pertanto fuor d'opera ipotizzare un processo di revisione della legge spagnola, e delle omologhe *link taxes* in commento, utile ad eliminarne i profili di incompatibilità con il diritto comunitario⁴¹.

5. Il dibattito sulla legittimità delle *link taxes* ai fini della disciplina dei diritti d'autore, in specie, sulla loro (in)compatibilità con il *making available right* come delineato dall'art. 3, comma 3, della Direttiva *Infosoc*, è di notevole importanza, soprattutto alla luce del preannunciato intervento in materia da parte della Commissione Europea, la quale, premessa l'esigenza di aggiornare il quadro normativo nell'ambito dello sfruttamento delle opere d'ingegno *on – line*, deciderà anche se intervenire sulla fattispecie suddetta del *making available right* e, in particolare, sul regime applicabile agli aggregatori di notizie in rete⁴².

In questa prospettiva, si ritiene che la sentenza della CGE in commento dovrebbe costituire un imprescindibile punto di partenza per i lavori della Commissione⁴³.

Con tale sentenza, la Corte di Giustizia Europea ha introdotto, infatti, una forma di "esaurimento improprio" del *making available right*: "improprio" perché, se si

⁴¹ In particolare, si nota che la revisione della Legge iberica è un processo già in atto, catalizzato peraltro dagli stessi editori che avevano in precedenza auspicato l'intervento legislativo in commento, si veda *Google News, la Spagna ci ripensa*, in *Cor.Com.*, 7 gennaio 2015, http://www.corrierecomunicazioni.it/tlc/31815_google-tax-la-spagna-ci-ripensa.htm, (contributo anonimo).

Ciò in quanto la chiusura del principale aggregatore di notizie *Google News* a seguito dell'entrata in vigore della *link tax*, anziché aumentare la loro visibilità in rete, l'ha di fatto compromessa (solo il primo giorno dopo la chiusura del servizio è stato registrato un calo del traffico sui siti di informazione locali superiore al 10%); *Stop Google News, in Spagna crolla il traffico dei siti di informazione*, in *Cor.Com.*, 17 dicembre 2014, http://www.corrierecomunicazioni.it/it-world/31634_stop-google-news-in-spagna-crolla-il-traffico-dei-siti-di-informazione.htm (contributo anonimo).

⁴² Ciò è quanto si evince dalla Comunicazione della Commissione Europea del 9 dicembre 2015 [COM(2015) 626 final], nella quale la Commissione ha esplicitamente affermato che: "*The Commission is reflecting and consulting on the different factors around the sharing of the value created by new forms of online distribution of copyright-protected works among the various market players. The Commission will consider measures in this area by spring 2016. [...] In this context, the Commission will examine whether action is needed on the definition of the rights of 'communication to the public' and of 'making available'. It will also consider whether any action specific to news aggregators is needed, including intervening on rights*", cfr. pag. 10 della Comunicazione, enfasi aggiunta.

⁴³ Questa è peraltro la posizione manifestata dal Parlamento Europeo con l'approvazione, in data 9 luglio 2015, del *Progetto di Relazione sull'attuazione della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione* (2014/2256(INI)), meglio noto come *Reda Report*, nel quale si sosteneva la tesi per cui, alla luce della sentenza della CGE *Svensson e altri v. Retriever*, il *linking* non costituirebbe atto riservato ai titolari dei diritti d'autore delle opere *linkate* (cfr. punto n. 15 del *Report*, nel quale si fa peraltro espressa menzione in nota dell'Ordinanza *BestWater*, CGE, 21 ottobre 2014, C – 348/13).

trattasse di un'ipotesi di esaurimento in senso tecnico, il titolare non potrebbe più "riappropriarsi" dell'opera messa liberamente a disposizione del pubblico in rete imponendo misure restrittive all'accesso in un momento successivo alla prima messa a disposizione della stessa, il che non appare, in assenza di un'esplicita previsione normativa in tal senso, un'ipotesi plausibile; "esaurimento" perché, di fatto, il titolare dei diritti d'autore "perde" l'esclusività del *making available right* a seguito del primo *upload* dell'opera, sempre se l'accesso alla stessa non sia subordinato a misure restrittive, in virtù del principio di indipendenza orizzontale dei diritti d'autore.

Quest'ultimo, applicato al diritto di comunicazione dell'opera, *genus* del quale fa parte il *making available right*, implica che, a seguito del primo atto di comunicazione dell'opera medesima, gli atti di comunicazione successivi al primo saranno riservati al titolare dei diritti d'autore solo se indirizzati ad un nuovo pubblico rispetto a quello preso in considerazione con il primo atto.

In tal modo, la Corte ha "adattato" la struttura del *making available right* al mondo della rete, nel quale, una volta caricato un contenuto *on – line* senza misure restrittive all'accesso, questo è fruibile da tutti gli internauti nel momento e nel luogo da ciascuno scelti individualmente, di modo che non è possibile distinguere tra il pubblico preso in considerazione dal titolare all'atto della prima immissione dell'opera in rete da quello raggiunto da successive comunicazioni della stessa tramite *link* effettuati da terzi sulle proprie pagine *web*.

Così, alla luce dell'interpretazione del *making available right* fornita dalla Corte di Giustizia, la legittimità delle c.d. *link taxes* nei confronti degli aggregatori di notizie *on – line* appare quantomeno dubbia, dal momento che, attraverso queste ultime, ai titolari dei diritti d'autore viene attribuito un equo compenso per un'utilizzazione delle loro opere la quale, consistendo in una forma di *linking*, non costituisce un'eccezione ai loro diritti, bensì non rientra nelle facoltà loro riservate.

Si ritiene pertanto che la Commissione, laddove considerasse opportuno assicurare agli editori una forma di remunerazione per lo sfruttamento dei loro contenuti da parte degli aggregatori di notizie, salvo modificare la struttura della fattispecie del *making available right*, non dovrebbe ricercare il fondamento di tale remunerazione nella disciplina dei diritti d'autore, ma, ricorrendone i presupposti, nella diversa disciplina della concorrenza sleale.

In linea di principio, infatti, la circostanza che il *linking*, anche per transclusione, ad un'opera già liberamente fruibile *on – line* non costituisca un atto censurabile sotto il profilo dei diritti d'autore, non esclude che esso possa tuttavia integrare un atto di parassitismo commerciale, laddove, nello specifico ambito dei contenuti di stampa periodica, l'attività dell'aggregatore di notizie *on – line* avesse scopo di lucro, restando dunque esclusi i casi in cui l'aggregatore di notizie svolgesse la propria attività a mero scopo informativo, giacché verrebbe qui a mancare il rapporto di concorrenza con i titolari dei contenuti aggregati presupposto per l'applicazione della disciplina sulla concorrenza sleale.

Resterebbe pertanto in questi ultimi casi, i quali non costituiscono affatto una realtà di scarsa rilevanza nel mondo della rete (si pensi, per tutti, a *Google News*), un “vuoto di tutela” per i titolari dei diritti d’autore sui contenuti di stampa periodica, al quale potrebbe farsi fronte in due diversi modi.

Il primo potrebbe essere modificare la struttura della fattispecie del *making available right* per sottrarla all’applicazione del principio d’indipendenza orizzontale dei diritti d’autore, configurando il *linking* come un’eccezione a tale diritto, così superando l’interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Svensson e altri v. Retriever*. Tale soluzione, tuttavia, non è immune da rischi, poiché potrebbe implicare una battuta d’arresto delle potenzialità di comunicazione e interazione offerte dalla rete internet.

Non dovrebbe pertanto escludersi che il “vuoto di tutela” che i titolari dei diritti d’autore sopportano nell’ambito delle forme di comunicazione dell’opera *on – line* tramite *linking* successive al primo *upload* della stessa possa considerarsi non come una “falla” nel sistema normativo, ma come il risultato del bilanciamento tra i diritti d’autore con altri di pari dignità, quali il diritto alla libertà di espressione e il diritto all’informazione.



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

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTERESTAZIONE 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 2016	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2016	<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. 080/62030890, 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. 080/62030890, 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

UN LEGAME INDISSOLUBILE.



Cosa ci lega alla terra in cui nasciamo? La solidità delle nostre radici, per esempio, che ci fanno crescere e guardare sempre a nuovi orizzonti. Così facciamo noi di Banca Carime, instaurando un rapporto fondamentale con il territorio in cui operiamo e sostenendone le iniziative culturali e sociali.



€ 38,00

UBI  **Banca Carime**