

UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO
DI ECCELLENZA

 23
27

Giurisprudenza

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

Semestrale

ISSN 2974-9751

VOLUME LXIV
2023/2



JOVENE

UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO
DI ECCELLENZA



Giurisprudenza

**STUDI
ECONOMICO-GIURIDICI
ON LINE**

Semestrale

ISSN 2974-9751

**VOLUME LXIV
2023/2**



JOVENE

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

ISSN 2974-9751

ISBN 978-88-243-2839-5

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

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

Direttore responsabile: CRISTIANO CICERO

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

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

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

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

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

Sede del comitato editoriale:

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

Sede amministrativa:

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

INDICE

luglio - dicembre 2023

STUDI

FRANCESCO ARCARIA

- D. 42.1.59: Aspetti terminologici e contenutistici della sentenza
dei giudici dell'ordo e della cognitio extra ordinem p. 1

ALBERTO MARIA BENEDETTI

- Il diritto privato nella prospettiva del procedimento » 17

EMANUELE BILOTTI

- La compensazione dei sacrifici per la famiglia tra mantenimento dell'ex coniuge svantaggiato e redistribuzione della ricchezza familiare. Spunti comparatistici e prospettive di diritto interno » 25

ROBERTO CALVO

- Anonimato e illecito civile » 57

ALICE CHERCHI - CONSTANTIN WILLEMS

- Il diritto romano di fronte alla crisi tra prevenzione e reazione.
Profili giuridici e implicazioni economiche » 67

VALENTINA CORONA

- Fair competition e servizi di trasporto aereo in ambito europeo » 97

PAOLOEFISIO CORRIAS

- L'acquisizione alla massa fallimentare delle somme corrisposte dall'assicuratore all'assicurato-fallito: una antica e controversa questione » 123

MARIA FRANCESCA CORTESI

- La vittima nella fase esecutiva della pena: impianto normativo e nuove prospettive sistematiche » 143

RICCARDO FERCIA

- ‘*Periculi pretium*’. Realtà del procedimento e aleatorietà dell’atto p. 161

SILVIA IZZO

- Il ricorso della pubblica amministrazione alle soluzioni stragiudiziali delle controversie: vecchi problemi e nuove prospettive » 185

SARA LANDINI

- Sanzioni dell’autorità italiana di garanzia della concorrenza e del mercato (AGCM) per pratiche commerciali scorrette nella liquidazione dei sinistri rca. Brevi note » 215

ORIENTAMENTI

ALESSANDRA LEUZZI

- Sul diritto di abitazione e di uso del coniuge superstite separato senza addebito » 233

RECENSIONI

STEFANO MALPASSI

- La «democrazia economica» americana. Alla ricerca di un ordine giuridico del mercato, tra cultura individualistica e tentazioni corporativistiche (1919-1939)*

LORENZO SERAFINELLI

- U.S. Law Schools. *Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti* [Mauro Grondona] » 249

PASQUALE LAGHI

- Il testamento collettivo* [Cristiano Cicero] » 287

AUTORI » 289

STUDI

FRANCESCO ARCARIA

D. 42.1.59: ASPETTI TERMINOLOGICI E CONTENUTISTICI
DELLA SENTENZA DEI GIUDICI DELL'ORDO
E DELLA *COGNITIO EXTRA ORDINEM*

SOMMARIO: 1. D. 42.1.59 pr.-1. – 2. D. 42.1.59.2. – 3. D. 42.1.59.3.

1. Oggetto della presente indagine è un testo di Ulpiano, proveniente dai *libri de omnibus tribunalibus*, che, enunciando dei principii sul contenuto della sentenza del *iudex privatus* formulare e dei giudici della *cognitio extra ordinem*, conferma l'esistenza di regole di carattere generale che si applicavano tanto all'*ordo* quanto alla *cognitio*, provando in maniera inconfutabile, per un verso, che la *cognitio extra ordinem* fosse ormai considerata attività giurisdizionale in senso pieno, sicché non è un caso che proprio alla fine del II sec. d.C. iniziano a fiorire in ordine ad essa le opere giurisprudenziali di commento o di sistemazione concettuale, e, per altro verso, che questo tipo di processo si collocasse finalmente sullo stesso piano di quello formulare:

D. 42.1.59 (Ulp. 4 *de omn. trib.*): *In summa sufficiet, si expresse-rit iudex summam in sententia solvique iusserit vel praestari vel quo alio verbo hoc significaverit. 1. Amplius est rescriptum, etsi in sententia non sit summa adiecta, si tamen is qui petit summam expresserit et iudex ait: 'solve, quod petitum est' vel 'quantum petitum est', valere sententiam. 2. Qui sortis quidem condemnationem faciunt, de usuris autem ita pronuntiant 'usurae si quae competunt' vel 'quae competunt, ut praestentur', non recte pronuntiant: debent enim de usuris quoque cognoscere et certam facere condemnationem. 3. Si quis ex edicto peremptorio post mortem sit condemnatus, non valet sententia, quia morte rei peremptorium solvitur. Ideoque, ut in re integra, de causa notio praestabitur et quod optimum patuerit, statuetur.*

Nel *principium* Ulpiano afferma che «*In summa*»¹ basterà (*sufficiet*) che il «*iudex*» abbia espresso la somma nella sentenza² ed abbia ordinato di pagare o di adempiere (*si ... praestari*)³ oppure che abbia fatto riferimento a ciò con qualunque altro verbo (*vel ... significaverit*). E, nel primo paragrafo, ricorda un rescritto con il quale si era stabilito «*amplius*» (*Amplius ... rescriptum*)⁴ che, sebbene nella sentenza non fosse stata «*adiecta*» la somma (*etsi ... adiecta*), tuttavia, se l'attore l'aveva espresso (*si ... expresserit*) ed il «*iudex*» dice (*et ... ait*) 'paga ciò che è stato domandato' oppure 'quanto è stato domandato' (*solve ... est*), la sentenza è valida (*valere sententiam*).

Ora, al di là di alcuni rilievi formali avanzati in ordine alla non

¹ Tale espressione può essere tradotta come 'Nella somma', facendosi così riferimento alla «*summa in sententiam*» menzionata subito dopo, oppure come 'In breve', 'Insomma', 'In conclusione', 'Alla fine', 'In sostanza': I. LANA, *Vocabolario della lingua latina*, Torino, 1978, p. 1725, s.v. «*summa*»; G. CAMPANINI - G. CARBONI, *Nuovo vocabolario latino-italiano*, Torino, 2000, p. 1527, s.v. «*summa*»; K.E. GEORGES - F. CALONGHI, *Dizionario enciclopedico della lingua latina*, 1, Torino, 2002, p. 1435, s.v. «*summa*»; G.B. CONTE - E. PIANEZZOLA - G. RANUCCI, *Dizionario di latino-italiano*, Firenze, 2004, p. 2066, s.v. «*summa*»; L. CASTIGLIONI - S. MARIOTTI, *Vocabolario della lingua latina*, Torino, 2007, p. 1357, s.v. «*summa*». La seconda opzione mi sembra preferibile, dal momento che la collocazione dell'inciso «*In summa*» all'inizio del testo ricorre anche in altri frammenti giurisprudenziali, nei quali sovente esso è seguito, al pari di quello in esame, da un verbo: D. 9.2.23.6 (Ulp. 18 *ad ed.*); 21.1.4.4 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); 39.3.1.15 (Ulp. 53 *ad ed.*: *In summam puto*); 43.17.4 (Ulp. 70 *ad ed.*: *In summam puto*); 44.5.1.6 (Ulp. 76 *ad ed.*); 10.3.11 (Gai. 7 *ad ed. prov.*: *In summam admonendi sumus*); 46.2.34.2 (Gai. 3 *de verb. oblig.*: *In summam admonendi sumus*); 12.6.65 pr. (Paul. 17 *ad Plaut.*); 39.3.2 pr. (Paul. 49 *ad ed.*); 40.12.23.1 (Paul. 50 *ad ed.*: *In summam sciendum est*); 43.24.16.2 (Paul. 67 *ad ed.*); 47.22.3.1 (Marcian. 2 *iud. publ.*); 48.17.4.2 (Macer 2 *de publ. iud.*: *In summam sciendum est*); 49.14.17 (Mod. 2 *de poen.*: *In summam sciendum est*); 49.17.18.1 (Maec. 1 *fideic.*).

² Che, secondo lo ZECHER, *Spiritual direction as a medical art in early Christian monasticism*, Oxford, 2022, p. 285 e nt. 75, sarebbe sinonimica di 'pronuntiatio'.

³ Sul verbo «*praestari*», che ricorre in tale frase, v. R. MAYR, 'Praestare', in ZSS 42, 1921, p. 219 e nt. 4 e, più recentemente, C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura* 44, 1993, p. 37 nt. 402 e C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in 'Actio in rem' e 'Actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di L. Garofalo, 1, Padova, 2011, p. 283 nt. 273.

⁴ Sull'utilizzo dell'espressione «*est rescriptum*» invece di «*rescriptum est*» v. T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*², Oxford, 2002, p. 63 s. e nt. 414.

genuinità degli incisi «*In summa*»⁵ e «*sufficiet, si*»⁶, che, però, a prescindere dalla loro fondatezza⁷, solo *prima facie* sembrano non avere alcuna refluenza sul contenuto delle affermazioni ulpianee, ma che, in realtà, appaiono importanti giacché stanno a significare che l'organo giudicante «nicht darlegen muss, welche einzelnen Positionen sich dahinter verbergen und wie er zu diesem Resultat gelangt ist»⁸, bisogna chiedersi chi fosse il «*iudex*» menzionato due volte ed all'interno di quale tipo di processo egli aveva pronunciato la sentenza del cui contenuto discorreva Ulpiano.

Il Pernice⁹ ha giudicato «ganz unzweideutig» che non solo il *principium*, ma anche tutti i successivi paragrafi del testo in esame facessero riferimento alla sentenza pronunciata da un «*iudex*» della *cognitio extra ordinem*¹⁰, che a ciò avrebbe provveduto «in feierlicher Sitzung nach Berathung mit dem Consilium».

E questa opinione è stata accolta, in relazione al *principium* ed a D. 42.1.59.1, dal Biondi¹¹, il quale, in specifico riferimento a que-

⁵ F. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna* [1921], in ID., *Gesammelte Schriften*, 1, Heidelberg, p. 434.

⁶ G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in ZSS 66, 1948, p. 372.

⁷ Contestata convincentemente, per il primo dei due, dal MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, in Cuad. hist. der. 2, 1995, p. 37, secondo cui «lo más llamativo de este texto es que viene a expresar lo que es suficiente que el juez indique en la sentencia (*in summa sufficiet*) para que sea válida, de donde podemos interpretar que la motivación, aun cuando no es exigida, tampoco está prohibida, muy al contrario, dicha motivación puede ser un apoyo justificativo de lo dispuesto en la misma sentencia», e, in un'ottica comparatistica, dall'ALISTE SANTOS, *La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta de motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal*, in Pensam. jurid. 21, 2008, p. 23 nt. 24.

⁸ C. GÜNZL, *Eine andere Geschichte der Begründungspflicht. Sichtweisen des frühen 19. Jahrhunderts*, Tübingen, 2021, p. 22.

⁹ 'Parerga'. V. Das 'Tribunal' und Ulpian's Bücher 'de omnibus tribunalibus', in ZSS 14, 1893, p. 160.

¹⁰ In realtà, questa opinione era stata espressa dal Maestro tedesco, a dire il vero con minore fermezza, già in precedenza: A. PERNICE, 'Parerga'. II. Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte, in ZSS 5, 1884, p. 44 nt. 1.

¹¹ *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in Studi in onore di

st'ultimo paragrafo, ha precisato che «qui siamo fuori del sistema formulare, sia perché non è l'attore, ma la formula che enuncia la somma dovuta o sia perché (come attesta Gai IV, 51) *iudex certam pecuniam condemnare debet*»¹², e, in seguito, dalla La Rosa¹³, sull'indimostrato presupposto che nei *libri de omnibus tribunalibus* non si facesse «alcun accenno alla procedura ordinaria», dal Wieacker¹⁴ e, per il solo *principium*, dal Visky¹⁵, il quale, però, non è stato della stessa idea per il primo paragrafo, che avrebbe avuto invece ad oggetto il processo formulare¹⁶.

Al contrario, il Medicus¹⁷, il Liebs¹⁸, sulla base di D. 49.8.1.1¹⁹, C. 7.45.3²⁰ ed Inst. 4.17.1²¹, e, più di recente, la Gil García²² hanno

Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento, a cura di E. Albertario, P. Ciapessoni e P. De Francisci, 4, Milano, 1930, p. 46.

¹² *Appunti intorno alla sentenza*, cit., pp. 69 e 152.

¹³ *L'actio iudicati' nel diritto romano classico*, Milano, 1963, p. 5 nt. 16.

¹⁴ *Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère à l'avènement de Dioclétien (235-284 apr. J.-C.)*, in *RHDFE* 49, 1971, p. 212.

¹⁵ *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess*, in *RIDA* 18, 1971, p. 735, 741 s. e nt. 23 e 746.

¹⁶ *Urteilsbegründung*, cit., p. 741 e nt. 20.

¹⁷ *Zur Urteilsberichtigung in der 'actio iudicati' des Formularprozesses*, in *ZSS* 81, 1964, p. 275 s.

¹⁸ *'Damnum', 'damnare' und 'damnas'. Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter*, in *ZSS* 85, 1968, p. 218 s. nt. 191.

¹⁹ (Macer 2 de app.): *Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est: veluti si iudex ita pronuntiaverit: 'Cum constet Titium Seio ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie viginti quinque debere, idcirco Lucium Titium Seio centum condemno': nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est et citra provocationem corrigitur. Sed et si huius quaestionis iudex sententiam centum confirmaverit, si quidem ideo, quod quinquaginta et viginti quinque fieri centum putaverit, adhuc idem error computationis est nec appellare necesse est: si vero ideo, quoniam et alias species viginti quinque fuisse dixerit, appellationi locus est.*

²⁰ (Imp. Alexander A. Vettio): *Praeses provinciae non ignorat definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro iusta non haberi* (a. 223).

²¹ *Et ideo si noxali iudicio addictus est, observare debet, ut, si condemnandus videbitur dominus, ita debeat condemnare: 'Publium Maevium Lucio Titio decem aureis condemno aut noxam dedere'.*

²² *La congruencia de la sentencia en el proceso civil romano*, in *Riv. jurid. FA7 (law rev.)* 17.1, 2020, p. 155.

ritenuto che entrambi i paragrafi trattassero della sentenza del *iudex privatus* formulare e così pure, in precedenza e per il solo *principium*, il Costa²³.

Ora, esprimersi in favore dell'una o dell'altra tesi non è affatto semplice e, tuttavia, a me pare che gli autori ora ricordati abbiano aprioristicamente escluso, non tenendola in alcun conto, una terza possibile interpretazione dei due paragrafi in esame, e cioè che Ulpiano, come sembra potersi evincere dalla formulazione del principio in termini generali, enunciasse, in realtà, una regola che trovava applicazione sia nel processo dell'*ordo* che in quello della *cognitio*²⁴.

E quanto ciò sia vero appare confermato, per un verso, dal richiamo del giurista al *rescriptum*²⁵, che, per quanto emanato certamente in riferimento ad un singolo processo della cui natura formulare o cognitoria non è dato sapere, sembra quasi fare trasparire la necessità psicologica, avvertita da Ulpiano, di avvalorare l'enunciazione di un principio comune a tutti e due i tipi di processo con la forza derivante da un provvedimento autoritativo imperiale.

Conclusione, questa, che, da un lato, sembra trovare un preciso riscontro di ordine testuale anche nell'avverbio «*amplius*», che viene utilizzato da Ulpiano, non a caso all'inizio del primo paragrafo, in funzione di raccordo e, soprattutto, di 'potenziamento' delle «*allgemeine Richtlinien*»²⁶ enunciate nel *principium*. E, dall'altro, risulta avvalorata dal fatto che, a ben vedere, Ulpiano faceva riferimento ad uno dei requisiti necessari, a pena di nullità (come, ad esempio, quello della pronuncia della sentenza nei confronti di tutte le parti della controversia), perché vi fosse una *res iudicata*, cioè la certezza

²³ *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, p. 77 e nt. 2.

²⁴ Di questa opinione sembra essere anche il FREUDENBERGER, *Das Verhalten der römischen Behörden gegen die Christen im 2. Jahrhundert, dargestellt am Brief des Plinius an Trajan und den Reskripten Trajans und Hadrians*², München, 1969, 74 e nt. 115.

²⁵ Del quale è impossibile accertare la paternità: G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, 1, Milano, 1963, p. 292.

²⁶ La felice definizione è formulata dall'ERMANN, *Das 'senatus consultum de Cn. Pisone patre' und die Funktion des 'Consilium' im römischen Strafprozess*, in ZSS 119, 2002, p. 387 nt. 36, proprio in specifico riferimento a D. 42.1.59.1.

che «der Betrag entweder bestimmt ansgedrückt, oder durch Verweisung auf andere Theile der Acten deutlich erkennbar gemacht wurde»²⁷: principio, questo, che trovava applicazione tanto nel processo formulare quanto in quello cognitorio.

Se questa ricostruzione è plausibile, dietro il «*iudex*» menzionato da Ulpiano si celava allora sia il *iudex privatus* formulare e sia un qualunque organo giudicante *extra ordinem*²⁸ e questa conclusione consente perciò di confutare tanto la supposizione – avanzata dubitativamente e senza alcuna motivazione dal Lenel²⁹ ed accolta con pari cautela da una parte della dottrina successiva³⁰ – che, nel testo originario del *principium* e del primo paragrafo, Ulpiano avesse menzionato non il «*iudex*», bensì il *praeses*³¹, quanto la congettura del Wlassak³², il quale ha immaginato, anche in questo caso in maniera non argomentata e poco convincente³³, che si trattasse invece del *iuridicus*.

2. Le conclusioni alle quali si è ora pervenuti sono confermate, a mio avviso, anche da D. 42.1.59.2, in cui Ulpiano afferma che coloro i quali condannano al pagamento del capitale (*Qui ... faciunt*) e per gli interessi così pronunciano (*de ... pronuntiant*) ‘siano prestati gli interessi, se competono’ oppure ‘siano prestati quelli che competono’ (*usurae ... praestentur*)³⁴ non giudicano correttamente (*non ...*

²⁷ J.T.B. LINDE, *Beiträge zu der Lehre von den Nichtigkeiten im Civilprozesse*, in *Zeit. civil. proz.* 12, 1839, p. 31 s.

²⁸ E, quindi, anche il *iudex pedaneus*: M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 494 e ntt. 3-4.

²⁹ *Palingenesia iuris civilis*, 2, Lipsiae, 1889, p. 996 e nt. 1.

³⁰ H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexicon des römischen Rechts*, Jena, 1907, p. 293, s.v. «*iudex*».

³¹ Cfr. H. KRELLER, *Ipsam rem condemnare*. Zur Kritik von Gai. IV 48, in *ZSS* 58, 1938, p. 56 s.

³² *Zum römischen Provinzialprozeß*, Wien, 1919, p. 77 nt. 53.

³³ A.-J. BOYÉ, *La 'denuntiatio' introductive d'instance sous le Principat*, Bordeaux, 1922, p. 285 e nt. 17 e 317 s.

³⁴ Sul verbo «*praestare*», che ricorre in tale frase, v. MAYR, *Praestare*, cit., p. 221 e nt. 1.

pronuntiant)³⁵ perché devono esaminare anche gli interessi e rendere certa la condanna (*debent ... condemnationem*)³⁶.

Il Wieacker³⁷ ha desunto l'applicabilità alla sola *cognitio extra ordinem* del principio enunciato in questo testo unicamente dalla sua provenienza dai *libri de omnibus tribunalibus* e sul presupposto, tutto da dimostrare, che essi concernessero esclusivamente tale tipo di processo, ma la formulazione in termini generali di tale principio da parte del giurista consente di concludere che anche questa regola³⁸, al pari di quelle illustrate nel *principium* e nel primo paragrafo, valesse indifferentemente per i giudizi formulari e per quelli cognitori³⁹ e per tutti i «*iudices*» preposti ad essi.

³⁵ Sul significato del verbo «*pronuntiant*», che ricorre in tale frase ed in quella immediatamente precedente, v. K.E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Interpretationen aus den Schriften der Justinianeischen Juristen*, in *Zeit. gesch. recht.* 14, 1847-1848, p. 98. Sull'espressione «*recte pronuntiant*» v. F. PERGAMI, «*Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*». *Studi sull'invalidità e sulla sanatoria degli atti negoziali nel sistema privatistico romano*, Torino, 2012, p. 36 e nt. 124.

³⁶ Secondo il BESELER, *Romanistische Studien*, in *ZSS* 54, 1934, p. 25, l'espressione «*condemnationem facere*» equivarrebbe a «*verurteilen*». Nel medesimo senso v. L. FRANCHINI, *Il giudicato in rapporto alle formalità di rito (a proposito della struttura dell'obligatio iudicati)*, in *TSDP* 6, 2013, p. 27 nt. 46.

³⁷ *Le droit romain*, cit., p. 212.

³⁸ Sulla quale v. L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, 1, Milano, 1961, p. 90, secondo cui sarebbe espressione di un preciso atteggiamento formalistico volto a non riconoscere validità alla sentenza il cui contenuto non sia determinabile con tutta esattezza, e, più recentemente, MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia*, cit., p. 37 s., secondo il quale «los que condenan al demandado deudor de una cantidad y fallan sobre los intereses diciendo: "si se deben intereses" o "los intereses que se deban, que sean pagados", no formulan bien el fallo, pues deben entrar también en la deuda de intereses y dar una condena concreta sobre ellos. En este supuesto, si bien la sentencia es formalmente perfecta, sin embargo, no es idónea para resolver la controversia entre los particulares, pues la parte dispositiva no permite comprender cuál era la decisión de juez. En consecuencia, la validez de la sentencia se pone en relación con la justicia de su contenido, cosa que no ocurría originariamente cuando el razonamiento interno con el cual el juez, en las formas legales y como conclusión de un procedimiento regular, resolvía la controversia sometida a su juicio, pues no tenía ninguna repercusión sobre la validez del fallo».

³⁹ Cfr. GIL GARCÍA, *La congruencia de la sentencia*, cit., p. 155, secondo cui la «discrezionalità del juez, si bien es más amplia que en el *ordo iudiciorum privato*».

Ciò che sembra trovare una precisa conferma nel fatto che l'imperatore Gordiano, nel richiamarsi in C. 7.46.3⁴⁰ apertamente al principio espresso da Ulpiano in D. 42.1.59.2⁴¹, discorreva appunto di «*iudices*» e, più in generale, nello stesso titolo dell'opera dal quale proviene D. 42.1.59.2, il *De omnibus tribunalibus*, nel quale l'espressione «*omnia tribunalia*», proprio nella misura in cui l'equazione «*tribunal*» = «giudice» appare *prima facie* finalizzata a rendere edotto il lettore che il giurista si proponeva di esporre i criteri regolatori dei processi e di tutti i tribunali, considerati quindi nella loro eterogeneità, sembra appunto fare riferimento onnicomprensivamente sia agli organi giurisdicenti dell'*ordo* che a quelli della *cognitio* ed a quelli del processo provinciale e sia ai diversi tipi di processo ai quali essi sovrintendevano⁴².

3. La ricostruzione che qui si propone, cioè che in D. 42.1.59 pr.-2 Ulpiano enunciassero dei principii generali sul contenuto della sentenza del *iudex privatus* formulare e dei giudici della *cognitio extra ordinem*, non è inficiata dal terzo ed ultimo paragrafo del testo, in cui il giurista afferma che, se qualcuno sia stato condannato «*ex edicto peremptorio*» dopo la sua morte (*Si ... condemnatus*), la sentenza non è valida (*non ... sententia*), poiché con la morte del *reus* l'editto «*solvitur*» (*quia ... solvitur*). E perciò si procederà alla cogni-

rum también tiene sus límites, por ejemplo, en D. 42.1.59.2, si los que condenan a capital, fallan sin concretar “páguense los intereses, si algunos competen”, o “los que competen” sin indicar el interés concreto, se nos dice que no fallan rectamente, porque deben hacer condenación cierta. En este caso el fallo no es determinable y resultaría por tanto incorrecto, al faltar el dato del tipo de interés». Ma v. pure FRANCHINI, *Il giudicato*, cit., p. 26 s. e nt. 46.

⁴⁰ (Imp. Gordianus A. Aemilio): *Haec sententia: 'omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve' iudicati actionem parere non potest, cum apud iudices ita demum sine certa quantitate facta condemnatio auctoritate rei iudicatae censeatur, si parte aliqua actorum certa sit quantitas comprehens.*

⁴¹ Sull'evidente collegamento tra questi due testi v. WIEACKER, *Le droit romain*, cit., p. 212 e, più recentemente, J.A. BUENO DELGADO, *Los rescriptos imperiales como fuente del derecho*, in RIDR 11, 2013, p. 401.

⁴² Sul punto v. F. ARCARIA, «*Praetor vel praeses*». I «*libri de omnibus tribunalibus*» di Ulpiano, Napoli, 2022, *passim*.

zione della causa «*ut in re integra*» (*Ideoque ... praestabitur*)⁴³ e si deciderà «*quod optimum patuerit*».

Infatti, la menzione dell'*edictum peremptorium* prova incontestabilmente che il processo fosse qui quello contumaciale ed il giudice quello della *cognitio extra ordinem*.

Come è noto, nel regime classico delle *cognitiones extra ordinem*, anche criminali⁴⁴, presupposto formale⁴⁵ per avviare e svolgere la procedura contumaciale era l'emanazione di un *edictum*, detto appunto '*peremptorium*'⁴⁶, che veniva così qualificato perché, come chiarisce Ulpiano in D. 5.1.70⁴⁷, il suo fine era quello di troncare de-

⁴³ Sull'espressione «*notio praestabitur*», che ricorre in tale frase, v. MAYR, 'Praestare', cit., p. 214 s. e nt. 37.

⁴⁴ L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, Roma, 1992, p. 88 ss.

⁴⁵ PERNICE, 'Parerga', V, cit., p. 162 e nt. 2.

⁴⁶ Sull'*edictum peremptorium* e la procedura contumaciale nella *cognitio extra ordinem* classica v., ampiamente, L. ARU, *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano*, Roma, 1934, p. 163 ss.; G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, p. 183 ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle 'cognitiones extra ordinem'*, 1, Milano, 1998, p. 78 ss. Ma v. pure, in riferimento alle fonti papirologiche, V. ARANGIO-RUIZ, 'Fontes Iuris Romani Antejustiniani'. III. 'Negotia', Florentiae, 1943, pp. 518-520, nr. 169 (*Gesta apud praefectum Aegypti de reorum contumacia*); G. ZAVATTONI, *La competenza giurisdizionale del 'conventus' nell'Egitto romano*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, 1, Milano, 1972, p. 158 ss. e nt. 29; J.A. OBARRIO MORENO, *El proceso por contumacia. Origen, pervivencia y recepción*, Madrid, 2009, p. 57 ss.; L.M. COENRAAD, *Het beginsel van hoor en wederhoor in de Romeinse verstekprocedures*, in *Voortschrijdend procesrecht. Een historische verkenning*, redactores C.H. van Rhee, F. Stevens en E. Persoons, Leuven, 2001, p. 117 ss.; C. KREUZSALER, *Säumnisladung und Säumnisfolgen: Ein peremptorisches Edikt auf einem spätantiken Papyrus (P. Vindob. G 14475)*, in *Recht haben und Recht bekommen im Imperium Romanum. Das Gerichtswesen der Römischen Kaiserzeit und seine dokumentarische Evidenz. Ausgewählte Beiträge einer Serie von drei Konferenzen an der Villa Vigoni in den Jahren 2010 bis 2012*, herausgegeben von R. Haensch mit Unterstützung durch F. Hurlet, K.-L. Link, S. Strassi und A. Teichgräber, Warschau, 2016, p. 633 ss.

⁴⁷ (Ulp. 8 disp.): ... *hoc nomen sumpsit, quod peremeret deceptationem, hoc est ultra non pateretur adversarium tergiversari*. Sul significato di quest'ultimo verbo v. G. GRECO, 'Comperendinare', 'diffindere', 'prorogare'. *L'elemento temporale nello svolgimento del processo privato romano*, Napoli, 2020, p. 172 ss., il quale, dopo avere debitamente rimarcato che, in questo testo, Ulpiano ricollegava la qualifica-

finitivamente qualsiasi discussione od incertezza, avvisando che non si sarebbe tollerato oltre la *tergiversatio* dell'avversario. Il convenuto veniva così a trovarsi di fronte ad una secca alternativa: aderire ad una chiamata in giudizio, che, da semplice invito, si era in tal modo trasformata in un vero e proprio ordine, oppure perseverare nell'atteggiamento riottoso, con la consapevolezza, però, delle irrimediabili conseguenze di questa sua inerzia. Pertanto, l'emanazione dell'*edictum peremptorium* consentiva di valutare l'assenza dal processo del suo destinatario come uno spregio all'organo giudiziario procedente e, insieme, di avvalorare la presunzione di volontarietà di tale com-

zione dell'editto come 'perentorio' alla circostanza che, laddove si fosse fatto ricorso a tale rimedio, la *tergiversatio* del chiamato a partecipare al giudizio cessava di essere ulteriormente tollerata e, ancora, che la condotta del *tergiversare* si traduceva, in ambito processuale, nel noto atteggiamento di chi, nel corso di un giudizio svolgentsi davanti ad una *quaestio perpetua*, cessava ingiustificatamente di sostenere le ragioni dell'accusa, ha precisato che tale verbo, in senso sia concreto e sia figurato, richiamava la situazione nella quale un soggetto avesse mutato la propria condotta allo scopo di svincolarsi dall'adempimento di un obbligo al quale era sottoposto, quando ciò non gli sarebbe stato consentito. Ora, questa notazione sembrerebbe *prima facie* contrastare con il fatto che l'*evocatio edictis* fosse di norma attuata nei casi in cui le altre forme di chiamata non avessero avuto esiti favorevoli, con il destinatario che non si era ancora presentato nel processo per non averne neppure ricevuto notizia. Ma il condizionale è d'obbligo, giacché questa incongruenza potrebbe essere solo apparente ove si accedesse all'idea che l'editto perentorio non valesse unicamente a segnare la definitiva procedibilità della domanda contro l'irreperibile, ma fosse anche diretto a fare cessare la renitenza del convenuto che avesse piena consapevolezza della pendenza della lite che lo riguardava. In questo caso, però, si dovrebbe prendere atto di un affievolimento della speditezza delle procedure di chiamata in giudizio nella *cognitio extra ordinem*. Infatti, mentre nel processo formulare la collaborazione del *reus* era ottenuta per mezzo di strumenti di coazione diretta ed indiretta di immediata attivazione, l'adozione di provvedimenti ultimativi in epoca più tarda si sarebbe accompagnata a maggiori cautele, integrate dall'emissione di *edicta* 'preventivi'. In alternativa, secondo questo autore, si potrebbe ritenere che il «*tergiversari*» di cui al testo in esame fosse usato da Ulpiano conformemente al significato, ricorrente nell'accezione primaria conosciuta dalla lingua latina, di 'voltarsi di spalle e darsi alla fuga in modo furtivo' e, quindi, di 'voltare le spalle e scappare', facendo riferimento concretamente a chi, mutando completamente dimora, volutamente non si facesse raggiungere dalla chiamata in giudizio. E, invero, la circostanza che l'*evocatio* non andasse a buon fine dopo l'adozione di ben tre editti poteva senz'altro sottendere che l'irreperibilità del convenuto non fosse dovuta al caso od a forza maggiore, bensì ad una suo deliberato comportamento elusivo.

portamento, se non addirittura di configurare la contumacia come un illecito. Tale editto veniva dunque pronunciato solamente come *extrema ratio* e, proprio per questa sua peculiare caratteristica, si appalesava come 'perentorio', cioè dotato della massima forza dell'organo che lo emanava, costituendone allora il comando ultimo.

E, in proposito, il principio enunciato da Ulpiano è chiarissimo ed inequivocabile⁴⁸: se è stata pronunciata una sentenza di condanna nei confronti di un contumace nel frattempo deceduto, tale sentenza «*non valet*»⁴⁹.

E così pure il suo corollario: la causa è impregiudicata, dovendo perciò il giudice *extra ordinem* – individuato dal lemma «*notio*», che evidenzia come Ulpiano tentasse di elaborare nuovi termini allo scopo di «raggruppare in un unico concetto la funzione giurisdizionale e quella che fino ad allora non era ritenuta tale»⁵⁰ – trattarla nel suo primitivo stato e deciderla nel migliore dei modi.

Ed è evidente che tanto il primo quanto il secondo erano finalizzati a salvaguardare la posizione degli eredi del contumace defunto, i quali non sarebbero stati danneggiati da una sentenza invalida e, perciò, avrebbero potuto fare valere le proprie ragioni nel processo riassunto contro di loro.

Tra il *principium*, il primo ed il secondo paragrafo di D. 42.1.59 ed il suo terzo ed ultimo paragrafo esiste dunque una discrasia, dal momento che Ulpiano in D. 42.1.59 pr.-2 si riferisce alla sentenza tanto del giudice privato formulare quanto dei giudici della *cognitio*

⁴⁸ Così anche BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia*, 1, cit., p. 208.

⁴⁹ Sul significato di questa espressione v. W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen* (I), in RIDA 12, 1965, p. 375 nt. 15; ID., *Die Prozesswiederholung nach der 'lis fullonum de pensione non solvenda'*, in TR 43, 1975, p. 86 e nt. 13; PERGAMI, 'Quod initio vitiosum est', cit., pp. 34 e nt. 113 e 37 nt. 128; F. CORDERO, *Procedura penale*⁹, Milano, 2012, p. 1009, secondo cui «qui la sentenza invalida nasce morta, tamquam non esset».

⁵⁰ N. PALAZZOLO, *Dalle 'cognitiones' alla 'cognitio': principe e giuristi verso la costruzione del nuovo sistema processuale*, in *I tribunali dell'Impero. Relazioni del convegno internazionale di diritto romano* (Copanello, 7-10 giugno 2006), a cura di F. Milazzo, Milano, 2015, p. 239. Ma v. pure T. SPAGNUOLO VIGORITA, 'Imperium mixtum'. Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria, in *Index* 18, 1990, p. 117 e, più recentemente, P. PASQUINO, 'Sed voluntariam'. Ricerche in tema di 'iurisdictio', Napoli, 2020, p. 249 e nt. 116 (ivi altra letteratura citata).

extra ordinem e, al contrario, in 42.1.59.3 unicamente alla sentenza dei giudici della *cognitio*.

Ed a me sembra che questa conclusione trovi un autorevole conforto nell'assai significativa circostanza che il Lenel⁵¹ collochi D. 42.1.59 pr.-2 sotto la rubrica «*De sententiis a magistratu dicendis*» (al cui interno, peraltro, non si rinvencono altri frammenti) e, invece, inserisca D. 42.1.59.3 a chiusura della rubrica successiva «*De eremodicio*»⁵², nella quale tale paragrafo è preceduto da D. 5.1.69, 5.1.71 e 5.1.73, che, significativamente, trattano, rispettivamente, dell'intervallo non inferiore a dieci giorni che doveva intercorrere tra il primo ed il secondo delle tre citazioni⁵³ a seguito delle quali veniva emanato l'*edictum peremptorium*⁵⁴, della minaccia dell'editto perentorio che il giudice che l'aveva emanato avrebbe proceduto alla cognizione della causa ed alla pronuncia della sentenza anche in assenza della controparte⁵⁵ e del fatto che l'assenza in giudizio non dovesse impedire la prosecuzione del processo fino all'emanazione della sentenza⁵⁶.

⁵¹ 'Palingenesia', 2, cit., p. 995 s.

⁵² Sul significato del termine «*eremodicium*» nel processo formulare ed in quello cognitorio classico e giustiniano v. T. KIPP, s.v. «*Ermodicium*», in PWRE, herausgegeben von G. Wissowa, 6.1, Stuttgart, 1907, p. 417 ss. e, più recentemente, F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo Impero*, Milano, 2000, p. 329 s. nt. 74 (ivi altra letteratura citata).

⁵³ Attuate mediante *edicta* o *litterae* o *denuntiationes*. Sulla mancata menzione, da parte di Ulpiano, della citazione per mezzo di *litterae* o *denuntiationes* e sull'impossibilità di argomentare da ciò che l'*edictum peremptorium* richiedesse unicamente l'*evocatio edictis* v. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia*, 1, cit., p. 69 ss., 79 e 83. Ma v. pure G. FOTI TALAMANCA, *Ricerche sul processo nell'Egitto greco-romano*. II. *L'introduzione del giudizio*, 1, Milano, 1979, p. 53 s. e FANIZZA, *L'assenza dell'accusato*, cit., p. 91 e nt. 28, che confuta la tesi del SOLAZZI, *L'editto 'qui absens iudicio defensio non fuerit'*, in *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1916, p. 428 nt. 2, secondo cui il termine «*litteris*» sarebbe stato sistematicamente sostituito dai commissari giustinianeî con il termine «*edictis*». E, ancora, OBARRIO MORENO, *El proceso por contumacia*, cit., p. 58.

⁵⁴ D. 5.1.69 (Ulp. 4 *de omn. trib.*): *per intervallum non minus decem dierum*.

⁵⁵ D. 5.1.71 (Ulp. 4 *de omn. trib.*): *In peremptorio autem comminatur is qui edictum dedit etiam absente diversa parte cogniturum se et pronuntiatum*.

⁵⁶ D. 5.1.73 (Ulp. 4 *de omn. trib.*): *Et post edictum peremptorium impetratum, cum dies eius supervenerit, tunc absens citari debet: et sive responderit sive non*

Abstract

Nell'articolo viene esaminato un testo di Ulpiano proveniente dai *libri de omnibus tribunalibus*, D. 42.1.59, nel quale il giurista, enunciando dei principii concernenti la terminologia ed il contenuto della sentenza del *iudex privatus* formulare e dei giudici della *cognitio extra ordinem*, conferma l'esistenza di regole di carattere generale che si applicavano tanto all'*ordo* quanto alla *cognitio*.

The article examines a text by Ulpian coming from the *libri de omnibus tribunalibus*, D. 42.1.59, in which the jurist, enunciating principles concerning the terminology and content of the sentence of the *iudex privatus* of the *ordo* and of the judges of the *cognitio extra ordinem*, confirms the existence of rules of a general nature that applied both to the *ordo* and to the *cognitio*.

responderit, agetur causa et pronuntiabitur, non utique secundum praesentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet. 1. Quod si is qui edictum peremptorium impetravit absit die cognitionis, is vero adversus quem impetratum est adsit, tum circumducendum erit edictum peremptorium neque causa cognoscetur nec secundum praesentem pronuntiabitur. 2. Circumducto edicto videamus an amplius reus conveniri possit, an vero salva quidem lis est, verum instantia tantum edicti perierit: et magis est ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit. 3. Scien- dum est ex peremptorio absentem condemnatum si appellet non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit: si minus, audietur.

ALBERTO MARIA BENEDETTI

IL DIRITTO PRIVATO
NELLA PROSPETTIVA DEL PROCEDIMENTO*

1. La declinazione procedimentale dell'autonomia privata mi pare sia divenuta, con un graduale processo di tipo culturale e scientifico, un dato acquisito della scienza civilistica moderna.

Sebbene apparisse inizialmente come una categoria estranea al diritto civile, oggi il «procedimento» è a pieno titolo anche categoria civilistica, utile a spiegare quel dinamismo degli istituti che, specie nel diritto civile, non può trovare soddisfazione nella staticità della fattispecie: Salvatore Romano (specie in *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, rist. Napoli, 2021) e Giuseppe Benedetti (specie in *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969) sono stati i promotori di questo affascinante percorso metodologico, che ha poi convinto, in tutti i settori del diritto civile, molti studiosi delle generazioni successive.

Nello studio che Francesco Ricci (*Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*) ci ha offerto come base di partenza della riflessione comune, il nuovo mi pare molto. Infatti l'accostamento tra «procedimento» e «processo» rende il primo non più neutro rispetto e contenuti e valori [i.e.: procedimento come ordinato succedersi di atti prodromici a quello finale avente forza di legge] ma come «luogo» in cui si realizza una giustizia sostanziale, essenzialmente attraverso una sintesi degli interessi degli attori del procedimento, «giusta» (proprio) in quanto risultato

* Il presente scritto riproduce, senza note, la relazione svolta al seminario «*Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*», Bari, 16 dicembre 2022.

di un procedimento che – nei tempi, nei modi, nelle forme – garantisce un bilanciamento corretto ed equilibrato di interessi, diritti, valori sottesi a un determinato atto. Il procedimento come garanzia di una «*scelta consapevole, volontaria, libera, condivisa*», scrive Ricci nel suo saggio; ma, aggiungo, non necessariamente e solo nella sua funzione di sequenza preliminare all'atto, ma anche, come dirò oltre, nella prospettiva della sua esecuzione o della sua estinzione (fasi parimenti procedimentalizzate o procedimentalizzabili).

2. Se è vero che la teoria procedimentale si è sviluppata partendo dal contratto e dalla sua formazione (grazie soprattutto all'articolazione degli articoli 1326 ss. c.c.), mi pare giunto il momento di possa riconoscere che l'approccio per procedimenti non va limitato al solo contratto, ma va esteso a tutti gli atti giuridici a contenuto negoziale, quasi sempre, se non sempre, preceduti o seguito da una *sequenza* ordinata di atti formativi o esecutivi, cui la legge affida la piena consapevolezza e la giustizia dei contenuti dell'atto finale.

Volendo ampliare l'ottica, si potrebbe dire che la costruzione procedimentale investe atti e diritti sorti dagli atti, nella loro dimensione *genetica, esecutiva, estintiva*: così accade nel testamento, nel matrimonio, nel contratto (nei primi due in misura anche maggiore, in ragione dei connotati pubblicistici di questi atti).

La «procedimentalizzazione» è essenzialmente una tecnica normativa con cui si declinano, ordinandole, le tappe che precedono e seguono un determinato atto dalla sua nascita alla sua fine, ma affonda le sue radici nella prassi, nella natura degli istituti, nella loro dimensione concreta (il caso della formazione del contratto è molto significativo: il legislatore non fa che tipizzare per via normativa procedimenti nati prima di tutto nella prassi commerciale).

Vi possono essere procedimenti necessari (senza lo svolgimento dei quali l'atto non sorge, o non si estingue) o eventuali (che possono essere avviati per una scelta delle parti o di chi si assume l'iniziativa di promuovere la formazione o l'estinzione di un determinato atto); vi possono essere procedimenti di fonte normativa o procedimenti di fonte negoziale (questi ultimi appartenenti alla c.d. autonomia privata procedimentale, la cui sfera applicativa va però limitata al solo contratto).

«Procedimento» è il modo, e per così dire il luogo, in cui l'autonomia privata, nei vari strumenti a sua disposizione, si esprime e realizza in modo legittimo, proporzionato e, in definitiva, giusto; un'autonomia privata senza procedimenti (di fonte legale o di fonte negoziale) è nulla più di un abuso o arbitrio, perché solo il procedimento è garanzia di consapevolezza, conoscenza, volizione (ruolo che conserva anche quando il procedimento è disegnato dal diritto dei consumatori, in tutte le sue articolate declinazioni).

L'esercizio legittimo dell'autonomia privata, così come l'effetto legale dell'atto che ne consegue, è sempre procedimentale, o non è.

3. La prospettiva, tuttavia, dovrebbe essere allargata, uscendo dall'area degli atti giuridici in senso stretto, per estendersi all'area dei diritti propriamente detti.

Se pensiamo ai diritti reali, di godimento e di garanzia, la dimensione procedimentale ne caratterizza non solo la genesi (sia negli acquisti a titolo derivativo che in quelli a titolo originario, in quest'ultimo caso il procedimento essendo articolato essenzialmente in fatti o accadimenti naturali) ma anche l'esercizio stesso, di cui la legge fissa un quadro di limiti, forme, modi che possono costituire un contorno procedimentale.

Se pensiamo ai diritti della personalità, la dimensione procedimentale ne può contraddistinguere la maggiore o minore disponibilità (attraverso, per esempio, il meccanismo del consenso e delle relative forme-contenuto).

Emerge in queste situazioni come il procedimento sia funzionale a una sintesi degli interessi da bilanciare che possa soddisfare parametri di giustizia sostanziale, la cui realizzazione è affidata a sequenze di atti, comportamenti, silenzi, forme, decadenze il cui ordine è finalizzato all'equilibrio o, talvolta, al perseguimento di determinati valori sottesi all'atto o al diritto.

4. Se la dimensione procedimentale può essere elevata anche a metodo d'indagine, va ripensata anche la stessa dicotomia diritto pubblico *vs.* diritto privato, proprio perché categorie come procedimento e processo si prestano ad un utilizzo trasversale e non sono più estranee alle logiche proprie del diritto privato.

Bisognerebbe allora riconoscere che:

a. Esiste un diritto privato dell'autonomia, nato dall'esercizio del potere di creare regole per i rapporti privati aventi forza di legge, e, come tali, esse stesse diritto privato, *dei* privati appunto;

b. Esiste un diritto pubblico *per* i privati, cui si demanda il compito di fissare le condizioni di svolgimento degli atti privati; è un diritto dello Stato, che fissa, tra l'altro i procedimenti e i processi (i primi potendo, entro certi limiti, essere posti anche dal diritto dei privati).

Fra questi diritti un divenire continuo, plasticamente rappresentato dalla formula dell'art. 1372 c.c.: l'autonomia privata è fonte di regole giuridiche, aventi forza di legge tra le parti, ma perché questo accada deve articolarsi in procedimenti (legali o, entro certi limiti, definiti dalle parti), nel quadro delle regole di validità fissate dall'ordinamento. Un'articolazione che non investe solo la fonte del rapporto giuridico (il contratto, il testamento), ma anche la sua esecuzione, la sua estinzione e financo l'esercizio delle posizioni giuridiche che da esso scarutiscono.

Nel procedimento – esso stesso un processo di costruzione dell'atto di autonomia – trovano composizione gli interessi che sorreggono causalmente un determinato atto; le regole del procedimento possono trovarsi nella legge (a garanzia di principi generali o a protezione di interessi di singole parti, assunti come generali) o nell'autonomia stessa (che può variare procedimenti tipici o costruirne di atipici, entro certi limiti).

5. Senza la riflessione procedimentale, non si possono cogliere i dati essenziali dei fenomeni, come gli *smart contracts*, che sembrano così distanti dal modello contrattuale disegnato dal Codice civile.

Nell'incertezza sulle tecniche definitorie, e perfino sulle diverse classificazioni possibili, può essere rassicurante, almeno nell'ottica di un discorso solo giuridico, muovere dal dato normativo che offre, oggi, una definizione di *smart contract*. L'art. 8-ter della l. 11 febbraio 2019, n. 12 lo definisce «*un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa*

identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Il legislatore non può che fotografare (col rischio dell'errore) una realtà che vive fuori dagli schemi giuridici, nella prassi operativa: la norma non identifica contenuti [quindi non tipi, per esemplificare] ma un *sistema*, o, meglio, un «*procedimento*» da cui si generano «*effetti predefiniti*» da chi ne ha costruito le «*istruzioni*» e che, è forse lo scopo primario della disposizione sopra riportata, può parificarsi alla «*forma scritta*» codicistica.

Gli effetti – automatici, inesorabili, o «predefiniti» nella formula legislativa – possono riguardare la formazione, l'esecuzione, le sopravvenienze; se si vuole tentare di costruirne una nozione, *smart contract* non è tanto un contratto o più contratti; indica piuttosto un *procedimento di gestione* di tutte o alcune delle fasi di un contratto, che ne realizza una integrale automazione sulla base di «codici» predefiniti dal programma costruito o scelto dai contraenti, che si assoggettano, in tal modo, ai suoi effetti. Potrebbe allora dirsi che il sintagma *smart contract* designa una *struttura contrattuale* (sulla falsariga di: contratti reali, contratti formali, contratti con effetti reali etc.), la cui natura risiede non nei contenuti ma in una particolare *architettura* del contratto (sia nella sua dimensione di atto che in quella di rapporto).

Nell'idea del legislatore, il fattore di legittimazione di questa tecnica di costruzione del contratto è, ancora una volta, l'accordo di chi la programma, la sceglie e, in definitiva, decide di servirsene: è l'accordo sulla tecnica (cioè sulla struttura peculiare che si vuole conferire al contratto) che salva la natura negoziale del «prodotto» della tecnica stessa. Un contratto sul contratto, probabilmente avente natura di contratto quadro o normativo.

Vale la pena insistere su quest'ultimo punto: senza «*effetti predefiniti*» dalle parti stesse (art. 8-ter l. cit.), l'algoritmo confliggebbe col principio dell'accordo, che, qui, deve trovare una declinazione proporzionata al contesto. In definitiva, è necessario verificare i soggetti umani (giustamente la disposizione citata usa il sostantivo «parti») che hanno voluto servirsi di questa tecnica procedimentale

e/o ii) ne hanno determinato il contenuto e l'effetto, appunto «programmando» il suo funzionamento (o scegliendo determinati programmi a ciò idonei) e decidendo di usarla per un determinato contratto tra loro da concludere. Sull'algoritmo, dunque, si forma un *negozio di configurazione*, anche per l'operare di meri comportamenti concludenti (l'ingresso in una piattaforma, lo scarico di un'applicazione e così via) che legittima i passaggi (i «procedimenti») da cui prende vita il contratto o in cui il rapporto negoziale si snoda. Se questo è esatto, per sintetizzare, *smart contract* può significare sia il sistema automatico-algoritmico cui si affida la vita di un contratto; sia l'accordo (configurativo, di tipo normativo) con cui le parti concordano di servirsene, considerando preferibile (conforme ai loro «interessi») le certezze dell'automatismo alle incertezze (o all'incalcolabilità, nella prospettiva irtiana) del rito contrattuale tradizionale. Non si tratta di reinterpretare formalisticamente realtà troppo dinamiche da cristallizzare in categorie; si tratta, semmai, di garantire che la tecnica possa rendersi compatibile con i principi e le garanzie, quelli sì immutabili anche se declinati in ambienti del tutto nuovi. Accettare (i.e. decidere di attivare) una tecnica è già qualcosa di meglio che subirne passivamente gli effetti; ma il punto è capirne e controllarne il funzionamento, che è altra cosa. Non si può cadere nel «mito del consenso», tramontato da molti decenni; esso può valere per argomentare la natura contrattuale del fenomeno, o per descrivere il coordinamento tra il contratto sulla tecnica (a monte) e quello costruito con la tecnica (a valle), ma non certo per proteggere chi, per la complessità della tecnica, rischia di esserne inevitabilmente travolto.

Un discorso non dissimile vale per gli acquisti sulle piattaforme digitali, in cui il cliente si trova ad accettare offerta in un ambiente «procedimentale» totalmente predefinito da chi vende.

Si aprono scenari in cui la debolezza procedimentale è la prospettiva dell'oggi e del domani; se la costruzione di nuovi procedimenti (di formazione, di esecuzione, di gestione dei contratti) è affidata solo alla parte che possiede la tecnica, il rischio è che chi non la possiede sia sostanzialmente assoggettato a un potere sovrastante, di fronte al quale l'accordo contrattuale finisce con lo sfumare fino a diventare un'ombra indistinguibile.

Abstract

Il saggio è dedicato alla prospettiva procedimentale nel diritto privato; in particolare, l'Autore riflette, in particolare, sull'uso della categoria «procedimento» nella formazione dei contratti (anche con riferimento agli *smart contracts*) e, più in generale, nell'esercizio dei diritti (personali, reali).

The essay is devoted to the 'procedural perspective' in private law and, in particular, to the possible use of "procedure" as a category to investigate the formation of contracts (also with reference to smart contracts) and, more generally, the enforcement of (*in rem*, or *in personam*) rights.

EMANUELE BILOTTI

LA COMPENSAZIONE DEI SACRIFICI PER LA FAMIGLIA
TRA MANTENIMENTO DELL'EX CONIUGE
SVANTAGGIATO E REDISTRIBUZIONE
DELLA RICCHEZZA FAMILIARE.
SPUNTI COMPARATISTICI
E PROSPETTIVE DI DIRITTO INTERNO*

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. I *Principi di diritto europeo della famiglia*. – 2.1. L'opzione per il c.d. *pillar approach*. – 2.2. La complessità funzionale del mantenimento tra *ex* coniugi. – 2.3. La duplice funzione perequativa e compensativa dei meccanismi di redistribuzione della ricchezza familiare. – 2.4. L'opzione per soluzioni di *opt-out* con rigorosi limiti sostanziali e procedurali. – 3. L'elaborazione della c.d. *Kernbereichslehre* nella giurisprudenza e nella dottrina tedesche. – 3.1. La decisione del *Bundesgerichtshof* del 2004: a) le distinte ipotesi di *Wirksamkeitskontrolle* e di *Ausübungskontrolle*. – 3.2. La decisione del *Bundesgerichtshof* del 2004: b) la c.d. *Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs*. – 3.3. L'approfondimento dottrinario della *Kernbereichslehre*: a) la giustificazione dogmatica della correzione giudiziale dell'accordo derogatorio. – 3.4. L'approfondimento dottrinario della *Kernbereichslehre*: b) il superamento del limite della c.d. *Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs*. – 4. Rilievi conclusivi.

1. È stato autorevolmente affermato che il principio dell'egualianza morale e giuridica dei coniugi esige che i coniugi stessi

* Il presente scritto, con l'aggiunta in nota dei riferimenti bibliografici e giurisprudenziali e di taluni svolgimenti ulteriori, ripropone i contenuti della relazione svolta dall'A. in occasione del Convegno "Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia. Prospettive culturali e questioni aperte". Il Convegno ha avuto luogo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano "Bicocca" il 26, 27 e 28 gennaio 2023. Il lavoro è destinato al *Liber amicorum* per il prof. Michele Sesta.

“escano” dal matrimonio in condizioni patrimoniali e reddituali equilibrate e coerenti con le loro comuni scelte di vita, tenuto conto delle capacità – anche potenziali – rispettivamente godute all’inizio del rapporto¹. A seguito del fallimento del progetto di vita in comune non dovrebbero quindi diventare irrilevanti le scelte concordate in ordine all’organizzazione della vita familiare, soprattutto laddove si siano tradotte in sacrifici per la famiglia: quei sacrifici che i giuristi tedeschi indicano efficacemente con l’espressione *ehebedingte Nachteile*, svantaggi connessi al matrimonio.

Ma come realizzare al meglio le istanze compensative emergenti a seguito dello scioglimento del matrimonio? Attraverso le regole sul mantenimento dell’*ex* coniuge svantaggiato o attraverso il meccanismo perequativo connesso al regime patrimoniale legale? O, ancora, attraverso un’opportuna combinazione di entrambe le soluzioni indicate? O non esistono forse, accanto al mantenimento, altri luoghi normativi in cui cercare una risposta adeguata al problema della giusta compensazione dei sacrifici fatti per la famiglia?

È noto che la nostra giurisprudenza di legittimità ha accolto l’idea della realizzazione delle istanze compensative per il tramite del mantenimento dell’*ex* coniuge. Le sezioni unite del 2018 hanno infatti subordinato la spettanza dell’assegno di divorzio alla prova di uno squilibrio reddituale tra *ex* coniugi e della sua riconducibilità all’apporto fornito alla vita familiare e alle rinunce a tal fine effettuate dall’avente diritto².

¹ Così M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*⁸, Padova, 2019, p. 198.

² Cfr. Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, pubblicata, tra l’altro, in *Giur. it.*, 2018, p. 1843 ss., con nota di C. RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*; in *Foro it.*, 2018, I, c. 2671 ss., con nota di M. BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*; in *Corr. giur.*, 2018, p. 1186 ss., con nota di S. PATTI, *Assegno di divorzio: il “passo indietro” delle Sezioni Unite*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 1601 ss., con nota di C. BENANTI, *La “nuova” funzione perequativo-compensativa dell’assegno di divorzio*; sulla decisione cit. v. anche i contributi pubblicati in *Fam. e dir.*, 2018, e, tra questi, in part.: C.M. BIANCA, *Le Sezioni Unite sull’assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconjugale* (p. 955 ss.); M. DOGLIOTTI, *L’assegno di divorzio tra innovazione e restaurazione* (p. 964 ss.); E. QUADRI, *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell’assegno di divorzio* (p. 971 ss.); M. SESTA, *Attribuzione e determinazione dell’assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare* (p. 983 ss.); E. AL MUREDEN, *L’assegno divor-*

Tale soluzione è sembrata tuttavia problematica sotto più punti

zile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite (p. 1019 ss.); C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio* (p. 1041 ss.). Com'è noto, la decisione cit. ha inteso risolvere il contrasto giurisprudenziale inaugurato da Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 642 ss., con note di E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale* e di F. DANOVÌ, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*; in *Giur. it.*, 2017, p. 1799 ss., con nota di C. RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fenomeno assistenziale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1274 ss., con nota di ID., *Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fenomeno assistenziale*; su quest'ultima decisione v. anche E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 885 ss.; M. SESTA, *La solidarietà post-coniugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensatorie*, in *Fam. e dir.*, 2018, p. 516 ss. La decisione di maggio del 2017, contraddicendo un orientamento ormai consolidato da più di trent'anni nella giurisprudenza di legittimità, ha affermato che, in base all'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970, il criterio di attribuzione dell'assegno di divorzio deve essere correttamente individuato nella mancanza di mezzi adeguati a consentire un'esistenza libera e dignitosa e non a conservare il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio. Le turbolenze giurisprudenziali che, a partire da quest'ultima decisione, hanno ripreso ad interessare la materia sono espressione di due istanze concorrenti, entrambe profondamente radicate nella coscienza collettiva: da una parte, c'è la spinta a contenere entro limiti ragionevoli la solidarietà postconiugale, contrastandone le derive c.d. criptoindissolubiliste e promuovendo piuttosto il valore dell'autoresponsabilità; dall'altra, c'è l'esigenza di riconoscere la giusta rilevanza anche alle istanze perequative e compensative, valorizzando gli apporti di ciascun coniuge alla costituzione del patrimonio familiare e ancor più i sacrifici fatti per la famiglia. La decisione del 2018, accogliendo le sollecitazioni della migliore dottrina, ha inteso farsi carico di entrambe le istanze indicate, provando a comporre in un equilibrio coerente col sistema della legalità costituzionale. Dopo la decisione del 2018 si registra, in giurisprudenza e in dottrina, un consenso crescente quanto alla necessità di rimediare allo squilibrio economico-patrimoniale tra ex coniugi riconducibile a sacrifici per la famiglia sopportati dal coniuge svantaggiato nell'attuazione di scelte condivise. Al riguardo, nella letteratura più recente, sia pure con accenti diversi, v. almeno M. SESTA, *Profili attuali della solidarietà postconiugale*, in *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva* a cura di V. Cuffaro, Milano, 2021, p. 128 ss.; E. QUADRI, *La quarta stagione del divorzio: le prospettive di riforma*, ivi, p. 88 ss.; E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra diritto vivente, metodi di calcolo e intelligenza artificiale*, ivi, p. 271 ss.; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2021, p. 754 ss. Invero, in una parte degli interpreti va affermandosi l'idea della preminenza della funzione compensativa dell'assegno di divorzio. In tal senso

di vista, soprattutto laddove non ci siano reali esigenze assistenziali

v. soprattutto C. RIMINI, *Gli effetti della relazione affettiva stabile sulla titolarità dell'assegno divorzile: nuove prospettive sulla base della funzione compensativa dell'assegno*, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 270 ss.; ID., *Il nuovo assegno di divorzio*, cit., p. 1858; ID., *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la redistribuzione della ricchezza tra coniugi e le fragilità del sistema italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 424. Più cauta la posizione di E. AL MUREDEN, *op. ult. cit.*, p. 278, il quale evidenzia come «la funzione “perequativa-compensativa”, potendo attuarsi solo a tutela del richiedente che si trovi in posizione di “squilibrio nella realizzazione personale e professionale”, presuppone sempre una base in senso lato assistenziale alla quale risulta imprescindibilmente collegata in una posizione di accessorietà», sicché deve piuttosto riconoscersi «la persistente preminenza della funzione assistenziale dell'assegno di divorzio». Nello stesso senso v. anche M. BIANCA, *La perdurante incertezza sulla natura dell'assegno divorzile*, in *Divorzio 1970-2020*, cit., p. 335 ss., seguendo l'autorevole insegnamento di C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 957, per il quale, anche dopo la pronuncia delle sezioni unite del 2018, deve riconoscersi la natura esclusivamente assistenziale dell'assegno, dato che «all'ex coniuge l'assegno è dovuto non perché abbia maggiormente contribuito a incrementare il patrimonio familiare o perché abbia maggiormente accudito alla prole, ma perché la comunione di vita coniugale vissuta dai coniugi rende moralmente doveroso prestarsi reciproco aiuto». Nello stesso senso v. anche D. BUZZELLI, *Una “rilettura” del recente orientamento delle Sezioni Unite sulla funzione dell'assegno di divorzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 1357 ss. L'affermazione della funzione “esclusivamente” compensativa dell'assegno di divorzio ricorre nondimeno in Cass., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198. Quest'ultima decisione ha stabilito che anche l'ex coniuge debole che abbia instaurato una convivenza stabile con un terzo conserva il diritto all'assegno di divorzio purché possa provare il contributo offerto alla comunione familiare. La decisione è pubblicata, tra l'altro, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 113 ss., con note di F. DANOVI, *Assegno di divorzio: no alla caducazione automatica nel caso di nuova convivenza*, C. RIMINI, *Nuova convivenza e assegno divorzile: la funzione compensativa consente una soluzione finalmente equa del problema* e E. AL MUREDEN, *Nuova convivenza e perdurante godimento dell'assegno divorzile “compensativo” tra diritto vigente e prospettive de iure condendo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 1390 ss., con nota di E. QUADRI, *Assegno di divorzio e convivenza: le sezioni unite s'impegnano nella ricerca di una soluzione coerente*; in *Giur. it.*, 2022, p. 1077 ss., con nota di R. CATERINA, *Sopravvenuta convivenza di fatto e componenti dell'assegno di divorzio*. Su questa decisione v. anche U. ROMA, *Assegno di divorzio e nuova convivenza tra inerzia legislativa, evoluzione interpretativa e mutamento sociale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, p. 217 ss. Per un'analisi critica della sentenza del 2021, con particolare riferimento proprio alla statuizione della funzione “esclusivamente” compensativa dell'assegno divorzile, v. M. BIANCA, *Le Sezioni unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. La funzione esclusivamente compensativa e i persistenti margini di incertezza sulla determinazione dell'assegno di divorzio*, in *www.giustiziainsieme.it* (pubbl. on line del 21 dicembre 2021), par. 3, la quale evidenzia, tra

da soddisfare, ma solo istanze compensative³. È stato significativamente osservato, inoltre, che, pur a distanza di qualche anno dall'intervento delle sezioni unite, la prassi giurisprudenziale non sembra ancora aver elaborato un metodo di calcolo dell'assegno divorzile uniforme e saldamente ancorato ad esigenze compensative⁴.

D'altra parte, è stato pure autorevolmente evidenziato come, nel nostro ordinamento, la possibilità di un riequilibrio patrimoniale al momento della rottura del matrimonio sia fortemente compromessa dalla derogabilità del regime legale di comunione⁵: una derogabilità che, com'è noto, almeno nella realtà italiana, ha consentito una vera

l'altro, come, nella motivazione di quella decisione, «la funzione assistenziale cacciata dalla porta rientra dalla finestra», in quanto si riconosce comunque che la carenza in capo ad uno dei coniugi di mezzi adeguati costituisce il «prerequisito fattuale» del diritto all'assegno.

³ In tal senso v., ad es., M. BIANCA, *La perdurante incertezza sulla natura dell'assegno divorzile*, cit., p. 335 ss.

⁴ Cfr. C. RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 423 ss.

⁵ Così M. SESTA, *Manuale*, cit., p. 198 s. L'illustre A. non manca di sottolineare che, se dall'inderogabilità del regime primario di contribuzione «si può trarre... conferma del fatto che [quel regime] costituisce effettivamente espressione di un principio costituzionale», la derogabilità del regime secondario di comunione rende invece «ancor più evidente che la previsione di tale regime come legale non ha senz'altro lo scopo di dare attuazione all'art. 29 Cost.» (*op. cit.*, 98). Secondo Sesta, la derogabilità del regime legale fa sì che, nell'ordinamento italiano, «l'assegno di mantenimento e l'assegno di divorzio costituiscano gli unici strumenti a cui affidare inderogabilmente l'attuazione del principio secondo cui i coniugi devono lasciare il matrimonio in posizione di eguaglianza» (*op. cit.*, 199). Sempre Sesta (*Profili attuali della solidarietà post coniugale*, cit., p. 133) non può comunque fare a meno di riconoscere «la tendenziale scarsa attitudine dell'assegno [di divorzio] a svolgere una ragionevole perequazione». E ciò perché «la vita coniugale può articolarsi in maniera talmente variegata e complessa da rendere estremamente arduo stabilire chi e quanto ci abbia guadagnato e chi e quanto ci abbia rimesso e ancor più è impossibile – stante il carattere periodico dell'assegno – rateizzare, per un tempo indefinito a priori, quanto necessario a pareggiare i conti». Proprio in considerazione di ciò, ribadendo il convincimento già espresso nel *Manuale*, l'illustre A. osserva che, in vista di una giusta compensazione dei sacrifici fatti per la famiglia, «un ruolo di equilibrio molto importante dovrebbe essere svolto dal regime patrimoniale della famiglia che invece è di fatto assente, stante la fuga dalla comunione legale dei beni, specie da parte delle coppie di livello medio alto».

e propria “fuga” dalla comunione, verso la separazione dei beni⁶. In effetti, non è dubitabile che la comunione legale svolga anche una funzione di tutela del coniuge che abbia assunto su di sé i carichi familiari in maniera esclusiva o prevalente, compromettendo così, del tutto o in maniera significativa, la possibilità di conseguire un proprio reddito e di incrementare il proprio patrimonio.

L'opzione per una soluzione di *opt out* – peraltro accolta in tutti gli ordinamenti continentali⁷ – sembra nondimeno trovare una solida giustificazione assiologica nella libertà riconosciuta ai coniugi anche con riferimento alla concreta conformazione dei reciproci obblighi contributivi, sempre nel quadro di un inderogabile impegno comune di solidarietà: una libertà che può dar luogo ai più svariati assetti familiari.

Si tratta allora di capire come garantire al meglio l'attuazione del principio costituzionale dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi in mancanza di un meccanismo inderogabile di redistribuzione paritaria della ricchezza creata nel matrimonio al momento del suo scioglimento.

⁶ Cfr. almeno M. SESTA, *Manuale*, cit., p. 97, per il quale «i dati statistici disponibili... certamente dimostrano la (quantomeno sopravvenuta) inadeguatezza del sistema legale, pensato per una realtà sociale che non tiene sufficientemente conto della raggiunta parità uomo-donna e della diffusa instabilità matrimoniale, che, in uno con la complessità della disciplina, inducono le coppie a rifugiarsi nel regime della separazione». Può essere interessante notare fin da subito che il dato statistico della “fuga” verso il regime della separazione dei beni non trova riscontro in altri ordinamenti, anzitutto nell'ordinamento tedesco. Sulla limitata rilevanza statistica dell'opzione per la separazione dei beni in Germania v. S. MEDER, *Grundprobleme und Geschichte der Zugewinnngemeinschaft: Wandel der Rollenleitbilder und fortschreitende Individualisierung im Güterrecht*, Halle, 2010, p. 54, il quale evidenzia peraltro come in quell'ordinamento il regime legale redistributivo goda di un privilegio fiscale.

⁷ Al riguardo v. J.M. SCHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, in *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective* a cura di J.M. Scherpe, Oxford e Portland, 2012, p. 444 ss.; ID., *The financial consequences of divorce in a European perspective*, in *European Family Law*, III, *Family Law in a European Perspective* a cura di J.M. Scherpe, Cheltenham e Northampton, 2016, p. 146 ss.

⁸ Cfr. C. RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 441.

In tal senso deve certamente essere considerata con grande attenzione la proposta di un attento studioso della materia di eliminare la possibilità riconosciuta ai coniugi di scegliere la separazione dei beni con una semplice dichiarazione recepita nell'atto di celebrazione del matrimonio⁸. Una simile possibilità, del resto, rappresenta un dato peculiare nel panorama continentale. Nella maggior parte degli ordinamenti dell'Europa continentale, infatti, per la deroga al regime legale è richiesto l'atto pubblico non altrimenti surrogabile⁹. E ciò a garanzia di un'adeguata ponderazione della scelta anche in virtù della disponibilità di un'opportuna consulenza tecnica.

Ci si può chiedere però se, accanto ad un simile vincolo "procedurale" all'autonomia riconosciuta ai coniugi (o ai nubendi), non possa operare anche un limite "sostanziale": se cioè, attraverso un opportuno controllo giudiziale sugli accordi sul regime secondario, la compensazione dei sacrifici per la famiglia non possa operare come limite teleologico alla derogabilità del regime legale¹⁰. È su questo punto che si intende offrire in questa sede un primo contributo di riflessione. E ciò a partire dalla considerazione dei testi di *Principi di diritto europeo della famiglia* elaborati dalla *Commission on European Family Law*¹¹ e delle soluzioni di altri ordinamenti – se-

⁹ Il vincolo della forma solenne è previsto per gli accordi che derogano al regime patrimoniale legale nel diritto tedesco (par. 1410 BGB), olandese (art. 1:115 cod. civ.), belga (art. 1392 cod. civ.), francese (art. 1394 cod. civ.) e spagnolo (artt. 1325 e 1327 cod. civ.). Al riguardo v. J.M. SCHERPE, *Marital Agreements*, cit., p. 491, il quale rinvia a sua volta alle esposizioni analitiche della disciplina dei singoli ordinamenti nazionali contenute nello stesso volume.

¹⁰ È la proposta di una parte della dottrina tedesca: cfr. B. DAUNER-LIEB, *Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle. Ein Zwischenruf*, in *Archiv civ. Praxis*, 2010, p. 580 ss.; per maggiori chiarimenti ed ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali v. *infra*, n. 3.4.

¹¹ In generale, sulla storia, i caratteri, gli obiettivi e le modalità di lavoro della *Commission on European Family Law*, nonché sullo stato e l'evoluzione dei lavori, si possono consultare, tra i contributi più recenti, K. BOELE-WOELKI, *The Commission on European Family Law: taking stock after almost twenty years*, in *Journal Int. and Comp. Law*, 2019, p. 233 ss.; EAD., *What family law for Europe?*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2018, p. 1 ss.; N. DETHLOFF, *Familienrecht in Europa: Gemeinsame Grundlinien der Entwicklung und künftige Herausforderungen*, in *Moderne Familienformen* a cura di K. Hilbig-Lugani e P.M. Huber, Berlin, 2019, p. 37 ss.; EAD., *Familienrecht in Europa. Quo vadis?*, in *Neue*

gnatamente dell'ordinamento tedesco – che sembrano aver avuto un ruolo determinante nell'ispirare i redattori di quei testi.

2. In questa sede l'analisi dei testi elaborati dalla *Commission on European Family Law* con diretta attinenza alla problematica in esame – i *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between former Spouses* del 2004 e i *Principles of European Family Law regarding Property Relations between Spouses* del 2013¹² – può limitarsi ad evidenziare quattro caratteristiche di carattere generale: a) l'opzione per il c.d. *pillar approach* del diritto continentale, e cioè per un sistema legale di tutele che risulti dalla sinergia tra singoli rimedi specifici; b) la complessità funzionale del mantenimento tra *ex* coniugi, che si presta a realizzare anche una funzione compensativa insieme alla funzione assistenziale che di esso è propria; c) la duplice funzione perequativa e compensativa dei diversi regimi legali di redistribuzione della ricchezza prodotta durante il matrimonio; d) l'opzione, sia con riferimento al mantenimento sia con riferimento alla redistribuzione della ricchezza prodotta nel matrimonio, per regolamenti di *opt-out* sia pur con rigorosi limiti procedurali e anche sostanziali.

2.1. È noto anzitutto che nel panorama europeo esistono due modelli distinti di disciplina delle conseguenze patrimoniali del divorzio.

Non è certamente questa la sede per un'analisi accurata dei caratteri di questi modelli né per una loro valutazione comparativa¹³. Sia pur con una certa approssimazione, ma seguendo comunque moduli espositivi consolidati nella letteratura comparatistica, si può dire

jur. Wochenschrift, 2018, p. 23 ss.; M.D. PANFORTI, *Verso un diritto europeo per le relazioni familiari. Il contributo della Commission on European Family Law*, in *L'Unione Economica Europea: aspetti economici, sociali e istituzionali* a cura di M. Mascia e F. Velo, Bari, 2015, p. 1 ss.

¹² Entrambi i testi sono consultabili *on line* sul sito della *Commission on European Family Law*: <http://ceflonline.net/principles/>.

¹³ Al riguardo, per indicazioni di maggior dettaglio e per una compiuta analisi comparativa dei diversi modelli, si rinvia a J.M. SCHERPE, *Marital Agreements*, cit., p. 443 ss.

che, nel modello continentale, le diverse istanze emergenti al momento dello scioglimento del matrimonio – quella assistenziale, quella propriamente compensativa e quella perequativa o redistributiva – si realizzano attraverso dei rimedi specifici, tra i quali figurano anzitutto il mantenimento dell'*ex* coniuge debole e il regime patrimoniale secondario, oltre ad altri meccanismi che nei singoli ordinamenti assumono diversa rilevanza, come, ad esempio, nell'ordinamento tedesco, il c.d. *Versorgungsungleich*, che assicura la redistribuzione tra *ex* coniugi dei trattamenti pensionistici – non solo pubblici – di vecchiaia e di invalidità ai quali ciascuno ha diritto. Il modello continentale si caratterizza dunque come un modello c.d. *rule-based*, in cui la discrezionalità giudiziale è certamente contenuta, per quanto non sia inesistente, soprattutto nella determinazione dell'entità del mantenimento (ma non solo).

Nel modello anglosassone, invece, il matrimonio non incide affatto sugli acquisti dei coniugi. Non esiste, in altri termini, un regime patrimoniale secondario. Ma non esiste neppure una disciplina *ad hoc* del mantenimento. Le istanze assistenziali, compensative e perequative non rimangono comunque insoddisfatte. Si realizzano piuttosto attraverso il potere riconosciuto al giudice di procedere ad una distribuzione equitativa della ricchezza familiare, e dunque in virtù di una considerazione unitaria e globale – c.d. approccio “olistico” – e di un apprezzamento discrezionale della situazione patrimoniale degli *ex* coniugi – c.d. *discretion-based systems*.

Orbene, di fronte all'alternativa tra questi due modelli, i redattori dei *Principi* hanno chiaramente optato per il modello continentale, il c.d. *pillar approach*, come si evince anzitutto dall'elaborazione di due testi distinti: un primo testo, pubblicato nel 2004, di *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses* e un secondo testo, del 2013, di *Principles of European Family Law regarding property relations between spouses*. E tale scelta è stata evidentemente ispirata dalla preoccupazione di assicurare certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni¹⁴.

2.2. Per quanto riguarda anzitutto la disciplina del mantenimento dell'*ex* coniuge, e dunque il testo elaborato nel 2004, si può

¹⁴ Cfr. J.M. SCHERPE, *The financial consequences of divorce*, cit., p. 179 s.

forse rilevare come la configurazione funzionale del rimedio in questione non sia univoca.

Certamente sono molti i dati che evidenziano con chiarezza la preminenza di una logica di tipo assistenziale. Depongono anzitutto in tal senso la chiara enunciazione del principio di autoresponsabilità e del carattere eccezionale del mantenimento¹⁵, secondo la logica del “*soweit und solange*” (“nella misura e per il tempo in cui”) tipica della disciplina della disciplina del mantenimento nell’ordinamento tedesco¹⁶. Ma nello stesso senso depongono anche la preferenza per il carattere periodico e anticipato della provvidenza¹⁷, l’eccezionalità del mantenimento vitalizio¹⁸, la previsione della cessazione di qualsiasi obbligo sia in caso di nuovo matrimonio sia in caso di stabile

¹⁵ Cfr. *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between former Spouses*, Principle 2:2 Self-sufficiency e Principle 2:3 Conditions for maintenance.

¹⁶ L’espressione “*soweit und solange*”, che esprime efficacemente il carattere eccezionale del mantenimento dell’ex coniuge svantaggiato nel sistema tedesco, ricorre nel par. 1576 BGB, rubricato “mantenimento per ragioni di equità” (*Unterhalt aus Billigkeitsgründen*). Tale norma prevede che «l’ex coniuge ha diritto al mantenimento dall’altro ex coniuge *nella misura e per tutto il tempo in cui*, per altri gravi motivi, non possa svolgere un’attività lavorativa e, tenuto conto degli interessi di entrambi, il mancato pagamento del mantenimento sarebbe gravemente iniquo (*grob unbillig*)». Si tratta della norma di chiusura (*Generalklausel*) che segue le norme dedicate alle singole fattispecie di mantenimento (c.d. *Unterhaltstatbestände*): parr. 1571, 1572, 1573, 1575 BGB. Queste norme prevedono le diverse ipotesi – cura della prole comune, età avanzata, malattia, perdita del lavoro, impegno temporaneo nella formazione professionale – in cui l’ex coniuge svantaggiato si trova nell’oggettiva impossibilità di provvedere a sé stesso. È solo in queste ipotesi tipiche, suscettibili di integrazione attraverso la previsione del par. 1576 cit., che il principio di solidarietà post-coniugale può temperare il rigore del principio di autoresponsabilità (*Grundsatz der Eigenverantwortung*), significativamente enunciato in apertura della disciplina del mantenimento, al par. 1569 BGB, secondo cui «dopo il divorzio spetta a ciascun coniuge provvedere al proprio mantenimento» e, «se non è in grado di farlo, ha diritto al mantenimento nei confronti dell’altro coniuge solo secondo le disposizioni che seguono». Per una prima informazione sui caratteri di fondo di questo modello di disciplina v. D. SCHWAB, *Familienrecht*²⁹, München, 2021, p. 183 ss.

¹⁷ Cfr. Principle 2:5 Method of maintenance provision.

¹⁸ Cfr. Principle 2:8 Limitation in time.

convivenza dell'avente diritto, senza che sia prevista alcuna possibilità di reviviscenza dell'assegno¹⁹.

Non mancano tuttavia anche dati che denotano una funzione anche compensativa del rimedio in questione. In tal senso depongono specialmente i riferimenti, tra i criteri di commisurazione della provvidenza, al tenore di vita goduto durante il matrimonio, alla sua durata e alla distribuzione dei compiti familiari²⁰. Più precisamente l'idea di fondo sembra essere quella – anch'essa caratteristica del modello tedesco – per cui il mantenimento necessario a garantire lo *standard* di vita coniugale si giustifica in considerazione della durata del matrimonio e della diseguale distribuzione tra i coniugi dei compiti familiari: quanto più il matrimonio è stato lungo e si è caratterizzato per una diseguale distribuzione delle incombenze familiari tanto più si giustifica la garanzia della conservazione dello stile di vita goduto in costanza di matrimonio²¹.

Una soluzione, questa, che, a ben vedere, non sembra molto distante neppure da quella accolta anche dal pronunciamento delle sezioni unite del 2018: la soluzione di una profonda compenetrazione tra logica assistenziale e logica compensativa nella disciplina del mantenimento, per cui, come è stato autorevolmente osservato, le sezioni unite hanno in realtà riconosciuto la necessità di una solidarietà

¹⁹ Cfr. *Principle 2:9 Termination of maintenance obligation*.

²⁰ Cfr. *Principle 2:4 Determining claims for maintenance*.

²¹ Per il confronto con il modello tedesco bisogna tener conto in particolare di quanto previsto dal par. 1578b BGB, primo comma, seconda frase. Tale norma dispone che, ai fini della determinazione in concreto dell'entità e della durata del mantenimento, e segnatamente ai fini della sua riduzione temporale (*Herabsetzung*) o quantitativa (*Reduzierung*) rispetto all'importo necessario a garantire il mantenimento del tenore di vita coniugale [v. par. 1578 BGB, secondo cui «la misura del mantenimento è determinata dai rapporti di vita coniugali (*nach den ehelichen Lebensverhältnissen*) e comprende l'intero fabbisogno di vita (*den gesamten Lebensbedarf*)»], «occorre tener conto della misura in cui il matrimonio abbia compromesso la possibilità di ciascun coniuge di provvedere al proprio mantenimento e della durata del matrimonio». Al riguardo v. D. SCHWAB, *Familienrecht*, cit., p. 210 ss. Per un'analisi accurata del profilo funzionale della disciplina del mantenimento dell'ex coniuge svantaggiato nel BGB v. A. SANDERS, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung. Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen*, Bielefeld, 2008, p. 53 ss., ove si evidenzia come il rimedio in questione non realizzi solo finalità assistenziali, ma anche compensative.

postconiugale del caso concreto, che risulta cioè dalla effettività della specifica esperienza di vita coniugale²². Sembra essere questa, in fondo, anche la logica della disciplina del mantenimento nei *Principi* del 2004.

2.3. Per quanto riguarda invece il testo del 2013, e dunque il testo relativo al regime patrimoniale secondario dei coniugi, è bene osservare anzitutto come i redattori non abbiano ritenuto di proporre un unico modello di *matrimonial property regime*, operando una scelta tra il meccanismo della comunione degli acquisti e quello della partecipazione negli acquisti²³, e dunque tra il modello di regime legale proprio dell'ordinamento francese e dell'ordinamento spagnolo – ed anche, non senza significative peculiarità, del nostro ordinamento²⁴ – e quello degli ordinamenti di lingua tedesca, nelle sue due varianti della *Zugewinnsgemeinschaft* del BGB e dell'ancor più raffinata *Errungenschaftsbeteiligung* dello ZGB svizzero²⁵.

I *Principi* del 2013 offrono piuttosto una disciplina di *default* sia della *participation in acquisitions* sia della *community of acquisitions*. Entrambi i modelli sono stati evidentemente ritenuti ugualmente idonei a garantire, come si legge nel *Preambolo* del testo in questione, “*a fair share in the property acquired during the marriage*”.

²² Così C.M. BIANCA, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile*, cit., p. 957: secondo l'illustre A., la decisione delle sezioni unite del 2018 non ha affatto rinnegato il principio della solidarietà post-coniugale, ma, attraverso il rilievo dei sacrifici e delle scelte operate in costanza di matrimonio, ha piuttosto riconosciuto la necessità di una “solidarietà post-coniugale del caso concreto”. Per considerazioni sostanzialmente analoghe v. anche M. BIANCA, *Assegno divorzile e nuova famiglia di fatto: la questione alle Sezioni Unite. Estinzione automatica o valorizzazione del criterio compensativo dei sacrifici e delle scelte operate in costanza del rapporto matrimoniale? La necessità di trovare una terza via*, in *www.giustiziainsieme.it* (pubbl. on line, 14 maggio 2021), par. 3.

²³ Al riguardo v. J.M. SCHERPE, *The financial consequences of divorce*, cit., p. 179 ss.

²⁴ Cfr. C. RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 432 ss.

²⁵ Sulla distinzione tra il modello tedesco e quello svizzero di regime perequativo di partecipazione negli acquisti v. J.M. SCHERPE, *op. ult. cit.*, p. 158 ss. In argomento v. anche S. MEDER, *Grundprobleme und Geschichte der Zugewinnsgemeinschaft*, cit., p. 60 ss.

In ogni caso la realizzazione di un'equa distribuzione della ricchezza prodotta nel matrimonio si fonda sull'assunto che quella ricchezza sia il risultato dell'eguale contributo dei coniugi: un assunto che trova a sua volta giustificazione nel postulato normativo – che prescinde pertanto dal dato economico... – dell'eguale valore del lavoro professionale e del lavoro casalingo. Ne consegue allora che i diversi meccanismi redistributivi, quale che sia la loro conformazione, perseguono anche una finalità di compensazione forfettaria dei sacrifici per la famiglia²⁶.

2.4. C'è ancora un ultimo dato che emerge dall'analisi dei due testi di *Principi* predisposti dalla *Commission on European Family Law* e che conviene qui evidenziare, e cioè che sia le regole sul mantenimento sia quelle sul regime patrimoniale secondario sono derogabili. Nel caso del regime redistributivo si tratta di una soluzione comune ai diversi ordinamenti continentali. Nel caso del mantenimento, invece, il panorama europeo è piuttosto diversificato, giacché non mancano anche ordinamenti che, come il nostro, sembrano aver adottato una soluzione di maggior rigore²⁷.

In ogni caso, lo spazio concesso all'autonomia dei coniugi (o dei nubendi) non è senza limiti. I redattori dei *Principi* hanno infatti tenuto nel debito conto sia le finalità di tutela perseguite dal regime derogato sia il peculiare contesto relazionale in cui maturano gli accordi derogatori o potrebbero essere conclusi ulteriori accordi modificativi dei precedenti²⁸.

Sono così previsti anzitutto limiti di tipo formale o, più in generale, "procedurale". Invero, almeno nel caso degli accordi sul mantenimento il limite non sembra particolarmente rigoroso, essendo suf-

²⁶ Al riguardo, con specifico riferimento all'ordinamento tedesco, v. A. SANDERS, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*, cit., p. 41 ss.

²⁷ Per un'accurata analisi comparatistica v. J.M. SCHERPE, *Marital Agreements*, cit., p. 483 ss.

²⁸ Quelle indicate – e cioè la specifica finalità di tutela delle discipline derogate e il peculiare contesto relazionale in cui maturano certi accordi derogatori – sono le ragioni che nei diversi ordinamenti fondano i limiti procedurali e sostanziali posti all'autonomia privata: al riguardo v. J.M. SCHERPE, *Marital Agreements*, cit., p. 489 ss.

ficiente la forma scritta²⁹. Nel caso degli accordi sul regime patrimoniale, invece, è previsto il vincolo della forma pubblica³⁰. Il notaio deve inoltre assicurarsi che le parti abbiano compreso la portata dell'accordo, offrendo a ciascuna di esse un chiarimento sui suoi contenuti³¹. Le parti, infine, hanno il dovere reciproco di fornirsi ogni informazione in ordine alla propria situazione patrimoniale³².

Con riferimento ad entrambe le tipologie di accordi sono poi previsti anche limiti di ordine "sostanziale". In particolare, nel caso degli accordi sul mantenimento è previsto che «the competent authority should at least scrutinise the validity of the maintenance agreement»³³. Nel caso degli accordi sul regime patrimoniale è previsto invece che «having regard to the circumstances when the agreement was concluded or those subsequently arising, the competent authority may, in cases of exceptional hardship, set aside or adjust a marital property agreement»³⁴.

Mentre dunque nel caso degli accordi sul mantenimento è prefigurato un sindacato giudiziale destinato a sfociare in un giudizio sulla loro validità, e perciò da condurre unicamente con riferimento al momento della loro conclusione, senza che si possa tener conto dell'incidenza di circostanze sopravvenute, nel caso degli accordi sul regime patrimoniale, invece, il sindacato giudiziale può essere condotto sia con riguardo alle circostanze in cui l'accordo derogatorio è maturato sia con riguardo a circostanze sopravvenute e può dar luogo non solo all'inefficacia dell'accordo (con conseguente applicazione del regime legale), ma anche ad una rimodulazione (*adjustment*) del suo contenuto sempre ad opera del giudice: una rimodula-

²⁹ Cfr. *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between former Spouses*, Principle 2:10 (2) *Maintenance agreement*.

³⁰ Cfr. *Principles of European Family Law regarding Property Relations between Spouses*, Principle 4:11 *Form requirements*.

³¹ Cfr. Principle 4:13 *Obligations of a notary or other legal professional with comparable functions*.

³² Cfr. Principle 4:12 *Disclosure*.

³³ Cfr. *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between former Spouses*, Principle 2:10 (3) *Maintenance agreement*.

³⁴ Cfr. *Principles of European Family Law regarding Property Relations between Spouses*, Principle 4:15 *Exceptional hardship*.

zione funzionale a garantire la giusta compensazione dei sacrifici per la famiglia sopportati da uno dei coniugi.

3. Nel dettare la disciplina del controllo giudiziale sugli accordi dei coniugi (o dei nubendi) relativi al regime patrimoniale secondario i redattori dei *Principi* del 2013 sembrano dunque aver accolto proprio l'idea secondo cui, mediante l'intervento del giudice, la compensazione dei sacrifici per la famiglia è destinata ad operare come limite teleologico alla derogabilità del regime legale redistributivo³⁵.

Quest'idea non sembra invero trovare riscontro in nessun ordinamento europeo, almeno finché ci si limiti a considerare il formante legislativo e quello giurisprudenziale. Vero è che la *mission* della *Commission on European Family Law* – elaborare un quadro comune di riferimento (*common frame of reference*) anche nella materia familiare al fine di promuovere, nei singoli ordinamenti, un processo di armonizzazione spontanea (c.d. *bottom-up approach*) – non esclude la proposta di soluzione innovative ritenute preferibili (c.d. *better-law approach*), specie laddove dall'analisi delle discipline nazionali non emergano dei principi comuni.

Nel caso del controllo giudiziale sugli accordi relativi al regime patrimoniale secondario la soluzione accolta dai redattori del *Principi* del 2013 sembra invero essere stata ispirata dall'approdo cui è pervenuta la parte più sensibile della dottrina tedesca all'esito dell'ampio dibattito che ha preceduto e seguito il nuovo corso giurisprudenziale, che, a partire dai primi anni del secolo, proprio in un ordinamento che in questa materia aveva tradizionalmente riconosciuto all'autonomia privata un ruolo di primo piano, ha portato al-

³⁵ È la proposta di B. DAUNER-LIEB, *Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle*, cit., spec. p. 600 s., già anticipata in larga misura in EAD., *Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht*, in *Archiv civ. Praxis*, 2001, p. 195 ss. Per conclusioni sostanzialmente analoghe v. anche S. MEYER, *Grundprobleme und Geschichte der Zugewinnngemeinschaft*, cit., p. 68 ss.; A. SANDERS, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*, cit., p. 375 ss.; T. WAGENITZ, *Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle bei Eheverträgen. Ein Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in *Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen. Symposium am 29. März 2006 an der Universität Halle-Wittenberg* a cura di A. Höland, R. Sethe e della Notarkammer del Sachsen-Anhalt, Bielefeld, 2007, spec. p. 21 s.

l'introduzione di rigorosi limiti anche sostanziali alla regolazione autonoma delle conseguenze patrimoniali del divorzio.

Si tratta di un dibattito di estremo interesse, i cui contenuti non sembra inutile riferire in questa sede sia pure in estrema sintesi. E ciò al fine di favorire anche nella dottrina italiana una più matura consapevolezza critica in ordine alla soluzione proposta nei *Principi* del 2013.

3.1. L'abbandono definitivo della tradizionale posizione favorevole al riconoscimento di una piena autonomia dei coniugi (o dei nubendi) nella definizione delle conseguenze patrimoniali del divorzio³⁶ si realizza dunque nella giurisprudenza tedesca, anche sotto la

³⁶ È emblematica di questo orientamento permissivo una nota decisione del *Bundesgerichtshof* del 18 settembre 1996 (in *Zeitschrift für das ges. Familienrecht*, 1996, p. 1536 ss.; *Neue jur. Wochenschrift*, 1997, p. 126 ss.; *Juristenzeitung*, 1997, p. 411 ss.), che aveva riconosciuto piena efficacia all'accordo col quale una donna incinta, priva di formazione e di sostanze, aveva preventivamente rinunciato a qualsiasi tutela in caso di divorzio pur di contrarre matrimonio col padre del bambino. E ciò perché – così argomentò il *Bundesgerichtshof* – non poteva ritenersi che il marito avesse sfruttato la situazione di difficoltà della moglie, in quanto egli «avrebbe anche potuto astenersi dal matrimonio e limitarsi ad assumere gli obblighi di padre naturale». In quel caso, per giunta, a causa di una malformazione dei figli, la donna neppure aveva potuto trovare un impiego durante il matrimonio, essendo stata assorbita dalla cura della prole. Tale decisione suscitò un vasto dibattito in dottrina: v. *infra*, nt. 37. In ogni caso, anche al di là dei vincoli formali previsti dalla legge, già prima della svolta del 2004, la giurisprudenza tedesca aveva individuato taluni limiti anche sostanziali al libero dispiegamento dell'autonomia dei coniugi (o dei nubendi) nel regolamento delle conseguenze patrimoniali del divorzio. Ma ciò unicamente rispetto ad accordi di rinuncia al mantenimento che avessero determinato conseguenze pregiudizievoli a carico di terzi (*Drittbelastung*). In particolare, era considerato nullo ai sensi del par. 138 *BGB* – e dunque per ragioni di contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume (*Sittenwidrigkeit*) – il contratto che, al momento dello scioglimento del matrimonio, avesse posto l'ex coniuge nella condizione di far ricorso al sostegno economico pubblico con conseguente pregiudizio per la generalità dei consociati. Era inoltre considerata abusiva ai sensi del par. 242 *BGB* – e dunque per contrarietà a buona fede (*Verstoß gegen Treu und Glauben*) e per conseguente esercizio abusivo dei propri diritti (*Rechtsmissbrauch*) – la pretesa dell'ex marito di negare all'ex moglie ogni sostentamento in virtù di una rinuncia convenuta quando entrambi i coniugi svolgevano un'attività lavorativa, poi abbandonata dalla moglie a causa della nascita di un figlio e della necessità di farsi carico dei conseguenti compiti di accudimento. Ma ciò solo in considerazione dell'interesse del minore, e dunque del pregiudizio recato all'adempimento di doveri posti

spinta di una parte della dottrina³⁷, a partire da un'importante decisione di legittimità dell'11 febbraio 2004³⁸.

In tale decisione, in un contesto ormai tutt'altro che ostile alla c.d. *Materialisierung* dell'autonomia privata³⁹ e dopo che, in due pro-

a tutela di beni di rango superiore. Al riguardo, anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, v. l'accurata esposizione di A. SANDERS, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*, cit., p. 153 ss.

³⁷ In effetti, soprattutto a seguito della decisione del *Bundesgerichtshof* di settembre del 1996, cit. *supra*, nt. 36, diversi autori si erano espressi a favore di un più intenso controllo giudiziale degli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio: oltre ai severi commenti critici a quella decisione di N. DETHLOFF, in *Juristenzeitung*, 1997, p. 414 ss., e di H. BÜTTNER, in *Zeitschrift für das ges. Familienrecht*, 1996, p. 600 ss., merita di essere ricordato almeno il provocatorio saggio di I. SCHWENZER, *Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht*, in *Archiv civ. Praxis*, 1996, p. 88 ss., la quale argomentò la tesi della debolezza strutturale della donna nella stipula degli accordi sugli effetti patrimoniali del divorzio e della conseguente necessità di un controllo giudiziale sul contenuto di certi accordi sul modello di quello previsto per le condizioni generali di contratto (*AGB-Kontrolle*). A distanza di qualche anno, poi, l'importante contributo di B. DAUNER-LIEB, *Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht*, cit., p. 295 ss., che fece seguito a due decisivi interventi del 2001 del *Bundesverfassungsgericht* (v. *infra*, nt. 40), esercitò un'influenza decisiva nell'orientare il successivo sviluppo giurisprudenziale e l'elaborazione della c.d. *Kernbereichslehre*, per quanto, come si dirà meglio nel testo, la soluzione proposta in quel saggio non venne pienamente recepita nella decisione del *Bundesgerichtshof* del 2004 né lo è stata successivamente. Quella soluzione sembra invece trovare riscontro nel testo dei *Principi* del 2013, e segnatamente nel disposto del *Principle* 4:15 *Exceptional hardship*.

³⁸ La decisione è pubblicata, tra l'altro, in *Juristenzeitung*, 2004, p. 1021 ss., con nota solo parzialmente adesiva di B. DAUNER-LIEB. Per una chiara esposizione dei contenuti della sentenza cit. v. A. SANDERS, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*, cit., p. 166 ss., alla quale si rinvia anche per un'analisi accurata degli sviluppi giurisprudenziali degli anni immediatamente successivi; v. anche A. DUTTA, *Marital Agreements and Private Autonomy in Germany*, in *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, cit., p. 176 ss. Allo stato attuale non sembra si siano prodotte evoluzioni significative nella giurisprudenza tedesca in materia rispetto all'approdo del 2004: cfr. D. SCHWAB, *Familienrecht*, cit., p. 102 ss.

³⁹ Com'è ben noto, a determinare, nella cultura giuridica tedesca, un clima di favore nei confronti di un intendimento in senso "materiale" dell'autonomia privata come espressione autentica di autodeterminazione individuale furono decisive due pronunce del *Bundesverfassungsgericht* del 1993 e del 1994 sul problema della disegualianza di forza contrattuale tra le parti. In particolare, nel presupposto che la

nunce del 2001, il Tribunale costituzionale federale aveva già riconosciuto la necessità di un controllo giudiziale degli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio che apparissero come il prodotto di uno squilibrio di potere contrattuale tra le parti⁴⁰, i giudici del *Bundesgerichtshof* affermano che, anche al di là delle ipotesi in cui sia riconoscibile una situazione tipica di disparità di potere negoziale, il potere di derogare al regolamento legale delle conseguenze patrimoniali del divorzio deve trovare un limite quando l'accordo determini tra ex coniugi uno squilibrio grave e che appaia privo di giustificazione nell'organizzazione data alla vita coniugale ed intollerabile per la parte gravata tenuto conto dell'essenza del matrimonio, degli interessi dell'altra parte e dell'affidamento da questa riposto sull'accordo⁴¹.

Legge fondamentale, nel riconoscere il diritto al libero svolgimento della personalità (art. 2 GG), garantisce anche l'autonomia privata come autodeterminazione del singolo nella vita giuridica, quelle decisioni stabilirono che la disparità di potere effettivo nella formazione del contratto, ove sia riconducibile a circostanze tipiche o tipizzabili inerenti alla persona del singolo contraente, della quale il contraente forte si sia giovato per imporre all'altro condizioni inusitatamente gravose, è causa di nullità del contratto per contrarietà alle *gute Sitten* o almeno attribuisce al giudice un potere correttivo, con conseguenze differenziate, alla stregua del principio di *Treu und Glauben*. Sulla portata delle due decisioni indicate cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, (già in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, p. 1 ss. ed ora) in *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 112. Nella letteratura tedesca sul fenomeno della c.d. *Materialisierung* dell'autonomia privata v. almeno C.W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu einer Materialisierung*, in *Archiv civ. Praxis*, 2000, 273 ss.

⁴⁰ La necessità di un controllo giudiziale anche sugli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio che siano il prodotto di un effettivo squilibrio di potere tra le parti è stata riconosciuta dal *Bundesverfassungsgericht* in due importanti decisioni del 6 febbraio e del 29 marzo del 2001: rispettivamente, in *Neue jur. Wochenschrift*, 2001, p. 957 ss. e p. 2248 ss. Per un'illustrazione dei contenuti di queste decisioni v. A. SANDERS, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*, cit., p. 162 ss.; v. anche A. DUTTA, *Marital Agreements and Private Autonomy in Germany*, cit., p. 174 ss.

⁴¹ Così testualmente al punto III.2. della motivazione della sentenza del *Bundesgerichtshof* dell'11 febbraio 2004: «Die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen darf indes nicht dazu führen, daß der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle

Più in particolare, nella decisione in questione, il *Bundesgerichtshof* ha individuato con chiarezza due situazioni distinte di squilibrio, a fronte delle quali il giudice è chiamato ad intervenire in maniera differente⁴².

Una prima situazione è quella in cui lo squilibrio è riconoscibile già al momento della conclusione del contratto, come avviene, ad esempio, nel caso della rinuncia alle tutele patrimoniali conseguenti al divorzio cui abbia consentito la donna incinta pur di contrarre matrimonio col padre del nascituro. In questi casi il sindacato giudiziale è fondato su ragioni di ordine pubblico (*Sittenwiedrigkeit*), e dunque sul par. 138 BGB. Si atteggia pertanto come un controllo di efficacia (c.d. *Wirksamkeitskontrolle*) con conseguente sostituzione del regolamento pattizio con quello legale.

Una seconda situazione è quella in cui lo squilibrio dell'accordo emerge al momento del divorzio, come avviene quando, dopo la stipula dell'accordo, a causa di circostanze sopravvenute non imprevedibili (si pensi alla nascita di uno o più figli della coppia), uno dei coniugi abbia abbandonato l'attività lavorativa svolta allo scopo di far fronte alle nuove esigenze della famiglia. Più in generale, l'ipotesi ora in considerazione è quella in cui, col passare del tempo, l'organizzazione concreta della vita coniugale subisca una trasformazione significativa al punto da non essere più coerente con il progetto di vita in considerazione del quale era stato stipulato l'accordo derogatorio. In questi casi il sindacato del giudice è ricondotto al par. 242 BGB e si atteggia pertanto come un controllo sul corretto esercizio dei poteri contrattuali delle parti (c.d. *Ausübungskontrolle*). Si tratta di un controllo che non determina l'inefficacia dell'accordo, bensì la sua "correzione" ad opera del giudice: un intervento di adeguamento che, secondo i giudici del *Bundesgerichtshof*, è destinato a produrre un risultato tanto più prossimo alla disciplina legale quanto più l'autono-

Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint».

⁴² Cfr. Punto III.3., lett. a) e b), della motivazione della sentenza del *Bundesgerichtshof* dell'11 febbraio 2004.

mia delle parti ne abbia inciso il “nucleo centrale” intangibile (c.d. *Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts*)⁴³.

3.2. In effetti, sempre secondo il *Bundesgerichtshof*, alle diverse conseguenze patrimoniali del divorzio previste dalla legge – alle singole pretese di mantenimento, alle pretese restitutorie conseguenti all’operatività del regime patrimoniale legale, ecc. – deve essere riconosciuto un “peso” differente in ragione delle specifiche finalità perseguite. Le diverse pretese devono pertanto essere ordinate secondo una precisa graduazione, che viene rappresentata come un sistema di cerchi concentrici disposti intorno ad un “nucleo centrale” in cui trovano posto le pretese ritenute assolutamente intangibili dall’autonomia privata.

Tale “nucleo” sarebbe occupato dal mantenimento spettante all’ex coniuge in considerazione del suo impegno nella cura dei figli comuni. Nel cerchio più prossimo ad esso dovrebbero poi essere collocati il mantenimento dovuto per la malattia o l’età avanzata dell’avente diritto e le pretese volte a garantire l’eguale ripartizione dei trattamenti pensionistici. In tutti questi casi verrebbero infatti in considerazione pretese fondate sul valore della solidarietà postconiu-gale, senz’altro funzionali al soddisfacimento di esigenze primarie della persona⁴⁴.

La pretesa diretta a realizzare l’equa ripartizione degli incrementi di ricchezza conseguiti dai coniugi – e dunque il rimedio propriamente perequativo, che realizza anche una funzione compensativa – andrebbe invece collocata nel cerchio più distante dal “nucleo centrale” (c.d. *Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs*). Anche se-

⁴³ Infatti, secondo il *Bundesgerichtshof*, «die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei um so schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten um so genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift» («l’onere a carico di un coniuge è tanto più gravoso e gli interessi dell’altro coniuge devono essere esaminati in modo tanto più accurato quanto più la deroga contrattuale della disciplina legale incide direttamente nel “nucleo centrale” del regolamento legale degli effetti patrimoniali del divorzio»; così al punto III.2. della motivazione della sentenza dell’11 febbraio 2004).

⁴⁴ Così nella motivazione della sentenza in esame del *Bundesgerichtshof* alla lett. a) del punto III.2.

condo il *Bundesgerichtshof*, infatti, il regime legale redistributivo si fonda sull'assunto normativo dell'eguale valore del contributo di ciascun coniuge alla formazione della ricchezza familiare, quale che sia il reale valore di mercato di esso, ammesso che ne abbia. Ora, però, un simile assunto non impedisce certo ai coniugi di adeguare il loro regime patrimoniale alla realtà del loro rapporto.

E ciò anche perché – è questo il ragionamento dei giudici del *Bundesgerichtshof* – il regime patrimoniale non risponde ad alcuna finalità assistenziale, e pertanto non è posto direttamente a garanzia della dignità della persona né è direttamente implicato dall'egualianza morale e giuridica dei coniugi. In effetti, l'adempimento del dovere reciproco di solidarietà coniugale non esige anche una condivisione patrimoniale. La responsabilità di ciascun coniuge per l'altro si concretizza piuttosto a fronte di concreti e attuali bisogni assistenziali. Non è affatto necessario, in altri termini, che la comunione di vita dei coniugi si traduca anche in una comunione patrimoniale⁴⁵.

Ciò non vuol dire, d'altra parte, che l'opzione per il regime di separazione dei beni sia sottratta a qualsiasi controllo giudiziale. È certamente possibile, infatti, che, a distanza di molto tempo dalla stipula dell'accordo derogatorio del regime legale e a seguito di un mutamento sopravvenuto nell'organizzazione della vita in comune determinato da circostanze impreviste ma non imprevedibili, quell'accordo finisca per rivelarsi gravemente iniquo in caso di divorzio, in quanto lasci privi di compensazione i sacrifici fatti per la famiglia. In una simile evenienza, tuttavia, secondo i giudici del *Bundesgerichts-*

⁴⁵ Per queste argomentazioni v. lett. c) del punto III.2. della sentenza in esame del *Bundesgerichtshof*: «Das Eheverständnis erfordert... keine bestimmte Zuordnung des Vermögenserwerbs in der Ehe. Die eheliche Lebensgemeinschaft war und ist – auch als gleichberechtigte Partnerschaft von Mann und Frau – nicht notwendig auch eine Vermögensgemeinschaft. Auch die vom Bundesverfassungsgericht... – für das Recht des nahehelichen Unterhalts – betonte Gleichgewichtigkeit von Erwerbstätigkeit und Familienarbeit hat keine bestimmte Strukturierung der ehelichen Vermögenssphäre zur Folge. [...] Schließlich fordert auch das Gebot ehelicher Solidarität keine wechselseitige Vermögensbeteiligung der Ehegatten: Deren Verantwortung füreinander... tritt bei konkreten und aktuellen Versorgungsbedürfnissen auf den Plan; ihr trägt... das geltende Unterhaltsrecht Rechnung. Das geltende Güterrecht knüpft demgegenüber nicht an Bedarfslagen an; die vom Regelgüterstand verfolgte Gewinnbeteiligung hat keine unterhaltsrechtlichen Funktionen».

hof la necessaria correzione giudiziale potrebbe realizzarsi unicamente attraverso le norme sul mantenimento e non attraverso un meccanismo direttamente perequativo⁴⁶. Si perviene così a una soluzione che, a ben vedere, non sembra affatto distante dall'approdo della sentenza del 2018 delle nostre sezioni unite.

3.3. Questa costruzione giurisprudenziale è stata oggetto di approfondimento critico da una parte della dottrina. E ciò sia al fine di assicurare un maggior rigore alla costruzione dogmatica e alla giustificazione sistematica del controllo giudiziale degli accordi derogatori del regime legale fondato sul par. 242 *BGB* sia al fine di superare il limite della c.d. *Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs*, e cioè la ritenuta estraneità in ogni caso del rimedio perequativo e compensativo al “nucleo” intangibile della disciplina delle conseguenze patrimoniali del divorzio e la conseguente tutela dell'*ex* coniuge che si sia sacrificato per la famiglia solo attraverso il riferimento alla disciplina del mantenimento.

Quanto al primo punto l'impegno della dottrina ha inteso individuare un solido fondamento a un meccanismo di *Ausübungskontrolle* che, anche in quell'ordinamento, appare invero alquanto peculiare. A ben vedere, infatti, non si tratta né di contrastare situazioni originarie di disparità di potere dovute a circostanze tipiche o tipizzabili inerenti alla persona del singolo contraente – è questo l'ambito proprio del c.d. *Wirksamkeitskontrolle* – né di far fronte a sopravvenienze non prevedibili né in alcun modo riconducibili all'iniziativa delle parti, cui si provvede attraverso i rimedi della c.d. interpretazione integrativa (*ergänzende Vertragsauslegung*) e dell'adeguamento contrattuale per il venir meno della presupposizione (*Störung der Geschäftsgrundlage*).

La dottrina tedesca che più si è impegnata in tal senso parla di un *entwicklungsorientierte Ausübungskontrolle*, volendo con ciò allu-

⁴⁶ Così sempre alla lett. c) del punto III.2. della sentenza in esame del *Bundesgerichtshof*: «Grob unbillige Versorgungsdefizite, die sich aus den für den Scheidungsfall getroffenen Absprachen der Ehegatten ergeben, sind jedoch vorrangig im Unterhaltsrecht – weil bedarfsorientiert – und allenfalls hilfweise durch Korrektur der von den Ehegatten gewählten Vermögensordnung zu kompensieren». Sulla funzione anche compensativa della disciplina del *BGB* sul mantenimento dell'*ex* coniuge svantaggiato v. *supra*, nt. 21.

dere ad un controllo giudiziale sull'esercizio dei poteri delle parti che tenga conto di una situazione in costante divenire: un controllo capace di far fronte a sopravvenienze impreviste ma non imprevedibili né estranee all'intervento delle parti (si pensi appunto alla nascita di figli comuni...) e perciò destinato ad occupare una posizione intermedia tra i rimedi suindicati⁴⁷.

In particolare, la dottrina in questione è pervenuta alla conclusione secondo cui la pretesa di avvalersi di un determinato accordo derogatorio deve considerarsi abusiva (*rechtsmissbräuchlich*) ai sensi del par. 242 BGB ogni qual volta quell'accordo dovrebbe essere considerato nullo per contrarietà all'ordine pubblico (*Sittenwidrigkeit*) ove fosse stipulato al momento del divorzio.

Ma una simile valutazione è ritenuta praticabile perché, quando un accordo è destinato a regolare un rapporto dinamico e che si caratterizzi per l'apporto di investimenti specifici, normalmente non recuperabili, in quanto aventi un valore solo all'interno dello stesso rapporto (c.d. *beziehungsspezifische Investitionen*; si pensi appunto ai sacrifici per la famiglia...), viene fatalmente a determinarsi una situazione di dipendenza sempre più intensa di una parte nei confronti dell'altra. E con ciò una perdita "dinamica" dell'iniziale situazione di parità di potere contrattuale (*dynamischer Verlust der Vertragsparität*), e perciò uno squilibrio cui il giudice è chiamato a porre rimedio⁴⁸.

3.4. Nella riflessione dottrinarina successiva alla svolta giurisprudenziale del 2004 è stata poi fatta oggetto di attenta valutazione critica anche l'idea dei giudici del *Bundesgerichtshof* secondo cui il controllo giudiziale sugli accordi derogatori del regime secondario legale che compromettano la possibilità di compensazione dei sacrifici per la famiglia dovrebbe realizzarsi unicamente attraverso il riferimento alla disciplina del mantenimento e non anche attraverso un inter-

⁴⁷ Cfr. A. SANDERS, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*, cit., p. 307 ss. Nello stesso senso v. anche B. DAUNER-LIEB, *Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle*, cit., p. 596 ss.

⁴⁸ Cfr. A. SANDERS e B. DAUNER-LIEB, *opp. locc. citt.*, entrambe con riferimento alla teoria del *relational contract*. Sulla rilevanza della peculiarità del contesto relazionale familiare insiste anche J.M. SCHERPE, *Marital Agreements*, cit., p. 490 s.

vento direttamente perequativo. E ciò perché, nel *ranking* delle pretese patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio, il rimedio perequativo di fonte legale deve senz'altro essere collocato nel circolo più esterno, quello più distante dal "nucleo" (*Kernbereich*) sottratto alla libera disposizione dei coniugi (o dei nubendi).

In effetti, almeno secondo una parte della dottrina, quest'idea di "lontananza" del rimedio perequativo dal "nucleo" intangibile della disciplina delle conseguenze patrimoniali del divorzio (c.d. *Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs*) – e, più in generale, la stessa idea secondo cui sarebbe possibile disporre quelle conseguenze secondo una graduazione di maggiore o minore vicinanza al "nucleo" – dovrebbe essere attentamente riconsiderata in virtù di una più pertinente visione teleologica, idonea a favorire la corretta identificazione di quel "nucleo" non in questa o quella pretesa specifica, ma nella stessa finalità di tutela dell'intero sistema di rimedi in questione, e perciò nella compensazione dei sacrifici per la famiglia⁴⁹.

Anche l'opzione dei coniugi (o dei nubendi) per il regime di separazione dei beni potrebbe allora essere oggetto di un intervento correttivo diretto da parte del giudice ogni qual volta, con lo scioglimento del matrimonio, emerga come quell'accordo lasci in realtà privi di compensazione i sacrifici per la famiglia sostenuti da uno degli *ex* coniugi. Tale correzione dovrebbe dunque potersi realizzare non solo attraverso il riferimento alla disciplina del mantenimento, che incontra pur sempre il limite della ricorrenza di un'esigenza assistenziale attuale, ma anche, come si è detto, attraverso la diretta compensazione di una perdita patrimoniale⁵⁰.

Un simile intervento di adeguamento dei contenuti dell'accordo derogatorio ad opera del giudice presenterebbe peraltro l'ulteriore vantaggio di realizzare il tanto auspicato *clean break* nei rapporti patrimoniali tra *ex* coniugi: un risultato, questo, che non può evidente-

⁴⁹ In tal senso cfr. B. DAUNER-LIEB, *Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle*, cit., p. 602 ss.; T. WAGENITZ, *Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle bei Eheverträgen*, cit., p. 21 s.; S. MADER, *Grundprobleme und Geschichte der Zugewinnsgemeinschaft*, cit., p. 81 ss.

⁵⁰ Cfr. T. WAGENITZ, *Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle bei Eheverträgen*, cit., p. 20.

mente essere conseguito finché la correzione di un accordo di separazione dei beni divenuto iniquo si realizzi solo per il tramite della disciplina del mantenimento⁵¹.

Ora, è appunto una simile evoluzione dottrinale degli *standard* di decisione consolidatisi a seguito della svolta giurisprudenziale del 2004 che sembra aver ispirato i redattori dei *Principi* del 2013 nel dettare la disciplina del controllo giudiziale degli accordi derogatori del regime patrimoniale legale.

4. Non è questa la sede per una riflessione compiuta sulla praticabilità anche nel nostro ordinamento di svolgimenti interpretativi analoghi a quelli emersi nel dibattito dottrinario tedesco che ha fatto seguito alla svolta giurisprudenziale del 2004.

L'ipotesi di un controllo giudiziale sugli accordi derogatori della disciplina legale degli effetti patrimoniali dello scioglimento del matrimonio non è certamente priva di interesse anche per il giurista italiano. È vero che nel nostro ordinamento non sembra superata la tradizionale posizione di chiusura della giurisprudenza nei confronti del riconoscimento di uno spazio all'autonomia privata anche nella disciplina del mantenimento dell'*ex* coniuge svantaggiato⁵². Ma è vero anche che in Italia, per le ragioni già indicate in precedenza, la derogabilità del regime patrimoniale legale è invece assai più agevole – e praticata – che in altri ordinamenti dell'Europa continentale⁵³.

Bisogna considerare, d'altra parte, che il diritto italiano non conosce un impiego della clausola di buona fede paragonabile a quello da tempo praticato dai giudici tedeschi. In effetti, al di là di ambiti normativi circoscritti, nel nostro ordinamento la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento rimane sostanzialmente ferma ed è solo attraverso lo strumento risarcitorio, a seguito di *culpa in contrahendo*, che possono essere indirettamente conseguiti risul-

⁵¹ Ancora T. WAGENITZ, *op. loc. citt.*

⁵² Al riguardo è sufficiente il rinvio a M. SESTA, *Manuale*, cit., 206 ss.

⁵³ Il riferimento è a quanto si è già detto *supra*, n. 1, quanto alla possibilità, prevista dall'art. 162, co. 2, cod. civ., di disattivare il regime legale di comunione, optando per il regime di separazione, anche attraverso una dichiarazione dei coniugi nell'atto di celebrazione del matrimonio, e dunque senza far ricorso al notaio.

tati pratici di sostanziale rimozione o correzione degli effetti di un accordo iniquo determinato da una situazione di disparità di potere contrattuale⁵⁴.

Rimarrebbe comunque da verificare la possibilità di attivare un simile strumento anche a fronte dell'ipotesi, certamente assai suggestiva, di una perdita dinamica di potere contrattuale, che potrebbe ricorrere, secondo la proposta ermeneutica di una parte della dottrina tedesca, in peculiari contesti relazionali, in cui investimenti specifici e non recuperabili, come sono appunto i sacrifici per la famiglia, determinano un progressivo intensificarsi della dipendenza di una parte nei confronti dell'altra⁵⁵.

In ogni caso, anche laddove ci si ponga in una prospettiva *de iure condendo*, che guardi con interesse alla soluzione accolta anche dai *Principi* elaborati nel 2013 dalla *Commission on European Family Law*, la proposta di un controllo giudiziale, che, al fine di garantire la giusta compensazione per i sacrifici fatti per la famiglia, esiti nella correzione degli effetti dell'accordo derogatorio del regime legale perequativo, non sembra comunque priva di aspetti problematici. E ciò non solo perché una simile proposta finisce di fatto per contraddire la scelta del legislatore nel senso della derogabilità della comunione legale: una scelta che, come già si è detto e come è stato colto anche dai giudici del *Bundesgerichtshof*, lascia intendere chiaramente che un rapporto di *status*, quand'anche fondato sull'uguaglianza morale e giuridica dei suoi protagonisti, non implica affatto una comunione patrimoniale.

Invero, anche al di là di certe considerazioni, nella stessa dottrina tedesca favorevole alla proposta interpretativa in questione non è mancato anche chi ha espresso disagio di fronte alla prospettiva di una definitiva "commercializzazione" del lavoro familiare⁵⁶.

L'obiezione non è solo di ordine pratico, giustificata dall'indubbia difficoltà di "tradurre nel linguaggio della corresponsività quanto i coniugi hanno dato e fatto durante la vita comune nello spirito

⁵⁴ Sul punto v. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 119 ss.

⁵⁵ Al riguardo v. *supra*, n. 3.3.

⁵⁶ Il riferimento è alla problematica conclusione del saggio di B. DAUNER-LIEB, *Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltsskontrolle*, cit., p. 608.

della gratuità”⁵⁷. L’obiezione è soprattutto concettuale e, per così dire, ideologica⁵⁸. E finisce allora per investire la stessa istanza compensativa più che questa o quella risposta ad essa approntata nel singolo ordinamento: il controllo giudiziale sugli accordi di separazione dei beni o la funzionalizzazione anche in senso compensativo del mantenimento dell’*ex* coniuge svantaggiato⁵⁹.

Il disagio dell’interprete nasce di fronte alla pretesa di tradurre nel linguaggio mercantile dello scambio il contenuto di uno *status* familiare, e dunque un rapporto che è – o dovrebbe essere – sottratto alla libera disponibilità dei suoi protagonisti, come attestato tuttora dall’inequivoca formulazione del par. 1353 *BGB*, secondo la quale il rapporto coniugale è “per il tempo della vita” (*auf Lebenszeit*). Sembra doversi registrare, in altri termini, una presa di distanza della coscienza dell’interprete di fronte alla penetrazione di logiche tipicamente utilitaristiche in un contesto relazionale fondato sul dono di sé in totalità personale: un estremo sussulto di fronte a una prospettiva in cui, nella prassi prima ancora che nella sua traduzione giuridica, il denaro diviene il *medium* di qualsiasi relazione sociale, finanche delle relazioni familiari.

Non è una novità, del resto, una simile tendenza alla patrimonializzazione di rapporti di natura eminentemente personale, segna-

⁵⁷ L’efficace espressione è ripresa da L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 755, che la impiega al fine di evidenziare l’estrema difficoltà del compito del giudice nella quantificazione di un assegno di divorzio cui sia riconosciuta una funzione anche compensativa.

⁵⁸ Ancora B. DAUNER-LIEB, *op. loc. cit.*, la quale parla di un disagio “di natura fondamentale”: a suo dire, «eine konsequente Ausrichtung der Inhaltskontrolle von Eheverträgen auf den Ausgleich ehebedingter Nachteile... würde den Wert [des] familienbezogenen Engagements auf den Wert reduzieren, den seine eigene Arbeitskraft am Arbeitsmarkt gehabt hätte. Die Familienarbeit würde endgültig kommerzialisiert und zwar auf niedrigstem Niveau» («un coerente orientamento del controllo del contenuto degli accordi matrimoniali in vista della compensazione dei sacrifici per la famiglia... ridurrebbe il valore del suo impegno in famiglia al valore che quell’impegno avrebbe avuto sul mercato del lavoro. Il lavoro familiare finirebbe così per essere “commercializzato” al livello più basso»).

⁵⁹ Si tratta comunque di due risposte molto diverse all’istanza compensativa, giacché solo nel caso della correzione giudiziale dell’accordo derogatorio del regime legale perequativo la traduzione in denaro dei sacrifici per la famiglia si realizza in maniera diretta e integrale.

tamente dei rapporti familiari, che si realizza attraverso il riferimento ad istituti del diritto privato comune concepiti per la soluzione di conflitti di interessi di natura patrimoniale. La vicenda del danno endofamiliare appare in tal senso particolarmente significativa⁶⁰. E, d'altra parte, anche l'idea del danno alla persona, di cui il danno endofamiliare costituisce una *species*, ha dovuto confrontarsi con un'analogia obiezione⁶¹.

Peraltro, come nel caso del danno endofamiliare, anche con riferimento all'enfatizzazione dell'istanza compensativa emergente a seguito dello scioglimento del matrimonio la contraddizione con il processo di deistituzionalizzazione in atto dei rapporti giuridici familiari è solo apparente. L'enfatizzazione dell'istanza compensativa esprime piuttosto un'insoddisfazione di fondo nei confronti degli esiti di quel processo, evidenziando così, come è stato detto efficacemente con riferimento al danno endofamiliare, «la collisione del principio illuminista di tutela assoluta della felicità individuale col principio di realtà che non consente di tacere i costi personali e sociali prodotti da[lle] vicende [di crisi familiare]»⁶².

Ma con ciò sembra anche potersi prendere atto che i due ambiti problematici indicati – quello del danno endofamiliare e quello della giusta compensazione dei sacrifici per la famiglia – non sono affatto estranei.

Ci si potrebbe chiedere, allora, se proprio un'opportuna riconfigurazione della responsabilità endofamiliare come responsabilità

⁶⁰ Al riguardo v. A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 935 s.

⁶¹ Sul punto, in questa sede, è sufficiente il rinvio alle pagine di M. BARCELONA, *La responsabilità civile*, nel *Trattato del diritto privato* diretto da S. Mazza-muto, Torino, 2021, p. 333 ss., spec. p. 370 ss., ove si afferma, tra l'altro, che «la patrimonialità, proprio in quanto ponderabilità, fa dipendere l'accesso alla tutela aquiliana dalla concepibilità sociale che un *quid* sia trasformato in denaro»; che «poiché questa ponderabilità non si dà *in natura*, ma designa, piuttosto, una qualità sociale, un modo nel quale gli uomini intendono le cose e loro stessi, essa muta con il mutare della società»; che, infine, «il c.d. "imperialismo della matrice economica" può giungere, ed è ora giunto, fino ad universalizzare la ponderabilità», sicché «non c'è più un *quid* di cui non si ammetta la tramutabilità in denaro, la commisurabilità pecuniaria».

⁶² Così A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 962 s.

per violazione di obblighi (e non per lesione di diritti) – una riconfigurazione da più parti autorevolmente auspicata anche al fine di recuperare la necessaria coerenza sistematica con la qualificazione in termini di *status* dei rapporti familiari⁶³ – non si presti a farsi carico anche dell'istanza compensativa dei sacrifici per la famiglia, laddove sia stata disattivata ogni altra tutela legale e sempre che non ricorrano neppure i presupposti di una tutela assistenziale, la quale, seguendo l'insegnamento delle sezioni unite del 2018, può ben attuarsi secondo una logica di solidarietà post-coniugale del caso concreto⁶⁴. L'idea, in altri termini, è che, in certi casi, l'istanza compensativa meriti soddisfazione solo quando la fine della comunione materiale e spirituale di vita tra i coniugi sia stata determinata da gravi violazioni dei doveri nascenti dal matrimonio, e dunque in una prospettiva propriamente risarcitoria.

Peraltro, anche laddove ricorrano i presupposti del mantenimento, ma sia stato comunque disattivato il regime legale perequa-

⁶³ Per questa riconfigurazione v. A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 959 ss. Assai prossima è anche l'impostazione di M. PARADISO, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, in *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano. Atti del Convegno. Ca' Foscari Venezia 11-13 novembre 2021*, a cura di C. Camardi, Padova, 2022, p. 219 ss.; ID., *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, p. 14 ss. Per uno spunto in tal senso v. già G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 200. È ben noto, tuttavia, che la giurisprudenza continua a configurare la responsabilità civile endofamiliare come responsabilità per lesione di diritti, riconducendola nell'ambito della responsabilità da fatto illecito. Al riguardo v. M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam e dir.*, 2017, p. 289 ss.; ID., *Manuale*, cit., p. 475 ss.; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 794 ss. L'impostazione giurisprudenziale è difesa da G. FACCI, *Gli illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 421 ss.; ID., *Il danno da adulterio*, ivi, 2012, p. 1481 ss.; G. FERRANDO, *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, in *Tratt. resp. contr.* diretto da G. Visentini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 393 ss. Per un'accurata rassegna critica dei diversi orientamenti dottrinali v. C. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, Torino, 2015, p. 309 ss.

⁶⁴ Il riferimento è evidentemente all'equilibrata lettura dell'orientamento inaugurato dalle sezioni unite del 2018 offerta da C.M. BIANCA, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile*, cit., p. 957: una lettura che, peraltro, come opportunamente evidenziato da D. BUZZELLI, *Una "rilettura" del recente orientamento delle sezioni unite sulla funzione dell'assegno di divorzio*, cit., p. 1367, appare senz'altro come quella più conforme al dato normativo vigente.

tivo, al fine di risolvere conflitti di interessi tipicamente patrimoniali tra *ex* coniugi, potrebbero soccorrere anche altri rimedi. In effetti, sempre attraverso il riferimento ad istituti del diritto privato comune, la giurisprudenza tedesca ha messo a punto da tempo una serie di meccanismi che gli interpreti sono ormai soliti indicare con la significativa denominazione complessiva di *Nebengüterrecht*: una sorta di regime patrimoniale (*Güterrecht*) “parallelo” (*neben*) destinato a venire in considerazione proprio al fine di colmare le lacune del regime legale, in special modo laddove i coniugi abbiano scelto di disattivarlo con conseguenze inaccettabili in termini di giustizia sostanziale⁶⁵.

In particolare, tra i diversi rimedi ricondotti al sistema del *Nebengüterrecht*, non sembra inutile anche per il giurista italiano valutare con attenzione almeno la teoria delle c.d. *ehebedingte* (o *unbenannte*) *Zuwendungen* (attribuzioni patrimoniali connesse al matrimonio o “innominate”)⁶⁶. L'espressione utilizzata dai giuristi tedeschi allude a quelle attribuzioni patrimoniali tra coniugi, non confondibili con i veri e propri sacrifici per la famiglia, che, in quanto eccedenti la misura della contribuzione dovuta (*überobligationsmäßige Zuwendungen*) e in quanto poste in essere nel presupposto condiviso (*Geschäftsgrundlage*) della perdurante stabilità del rapporto coniugale (e dunque senza accettare il rischio che quel rapporto possa venir meno in qualsiasi momento), giustificano, in caso di divorzio, l'operatività del rimedio perequativo (*Anpassungsanspruch*) per il venir meno della presupposizione (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), ora codificato in termini generali al par. 313 BGB⁶⁷.

⁶⁵ Sulla nozione di *Nebengüterrecht* cfr. T. HERR, *Nebengüterrecht. Ausgleichsansprüche bei Gütertrennung und gestörtem Zugewinnausgleich*, München, 2013, p. 5 ss. In argomento, per un efficace quadro di sintesi, v. anche D. SCHWAB, *Familienrecht*, cit., p. 144 ss.

⁶⁶ La prima elaborazione della tesi in questione si deve, com'è noto, a M. LIEB, *Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfortbildung im Familienrecht*, Tübingen, 1970, p. 121 ss. La tesi è stata poi favorevolmente accolta anche in giurisprudenza e appare ormai consolidata almeno a partire dalla seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso.

⁶⁷ È significativo che per gli interpreti tedeschi favorevoli ad un penetrante controllo giudiziale sugli accordi derogatori del regime patrimoniale legale, finaliz-

Abstract

Il lavoro affronta la questione di come sia possibile garantire al meglio l'attuazione del principio costituzionale dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, e dunque un'adeguata compensazione dei sacrifici fatti per la famiglia, in mancanza di un meccanismo inderogabile di redistribuzione paritaria della ricchezza creata nel matrimonio al momento del suo scioglimento: se sia sufficiente la previsione di limiti di ordine formale alla possibilità riconosciuta ai coniugi e ai nubendi di disattivare il regime legale redistributivo o se non sia necessario prevedere anche un limite sostanziale, in particolare attraverso il controllo giudiziale degli accordi sul regime patrimoniale di separazione. Quest'ultima soluzione è accolta dal testo di *Principi* pubblicato nel 2013 dalla *Commission on European Family Law*, che sembra così aver fatto propria la raffinata rielaborazione proposta da una parte della dottrina tedesca della soluzione giurisprudenziale invalsa in quell'ordinamento fin dal 2004. Si tratta della soluzione secondo cui proprio nella compensazione dei sacrifici per la famiglia deve riconoscersi il nucleo indisponibile – il c.d. *Kernbereich* – della disciplina degli effetti patrimoniali dello scioglimento del matrimonio. Ci si chiede, quindi, se certi risultati non possano essere conseguiti più propriamente attraverso la tutela risarcitoria, più specificamente attraverso il c.d. danno endofamiliare, nonché attraverso la tutela indennitaria, quest'ultima, in particolare, sul modello tedesco del c.d. *Nebengüterrecht*.

The purpose of the paper is exploring the best solution to safeguard the constitutional principle of moral and legal equality of spouses, and therefore an adequate compensation for the marriage-related disadvan-

zato alla compensazione integrale e diretta dei sacrifici per la famiglia, i diversi rimedi riconducibili al c.d. *Nebengüterrecht* sarebbero destinati a divenire superflui. Anche questi rimedi finirebbero infatti per essere assorbiti nell'ambito dell'indicata riconfigurazione in chiave funzionale della c.d. *Kernbereichslehre*, in forza della quale tutti i sacrifici per la famiglia – considerati in senso ampio come comprensivi anche di attribuzioni propriamente patrimoniali – devono essere compensati anche laddove i coniugi (o i nubendi) abbiano optato per il regime di separazione dei beni: v. *supra*, n. 3.4. Al riguardo cfr. B. DAUNER-LIEB, *Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle*, cit., p. 607: «Es deutet sich damit eine radikal vereinfachende Konzeption an, in der sowohl die Instrumente des Nebengüterrechts als auch die Kernbereichslehre selbst überflüssig würden. Der Kern der Inhaltskontrolle von Eheverträgen wäre dahingehend zusammenfassen, dass unzumutbare ehebedingte Vermögenseinbußen eines Ehepartners auch bei Gütertrennung vom anderen Ehepartner angemessen auszugleichen sind».

tages, in absence of a mandatory remedy ensuring the equal sharing of the wealth created in the marriage upon divorce: whether it is sufficient to provide for formal requirements for the marital agreements neutralizing the default matrimonial property regime or it is necessary to provide also for substantial requirements, such as a judicial review of those marital agreements establishing a separation of property regime. This latter solution is recognized in the text of the *Principles* published in 2013 by the *Commission on European Family Law*, which seems to support the sophisticated adaptation proposed by some German scholars of the rulings adopted since 2004 by the local Supreme Court. This solution recognizes the compensation of marriage-related disadvantages as a core area – the so-called *Kernbereich* – of the default rules on financial consequences of divorce. The question arises as to whether such outcomes could be more properly achieved through remedies of the law of tort and the law of restitution, these latter in particular on the German model of the so-called *Nebengüterrecht*.

ROBERTO CALVO

ANONIMATO E ILLECITO CIVILE

SOMMARIO: 1. Colpa. – 2. Funzione precauzionale. – 3. Concorso e solidarietà passiva. – 4. L'illecito di gruppo.

1. La colpa, soprattutto in epoca giustiniana, venne ad assumere il significato di negligenza o d'imperizia nell'esercizio della propria arte o mestiere¹. L'uomo diligente divenne il metro di valutazione dell'azione virtuosa, dovendo essere considerato in colpa chi non provide a usare le cautele che una persona rientrante in tale categoria astratta avrebbe osservato allorché il pericolo divenne inevitabile.

Da questa osservazione è agevole avvedersi in qual misura la responsabilità extracontrattuale, un tempo circoscritta al dolo, finì con l'essere estesa alla condotta imprudente e ingiustificata, scaturigine di danno patrimoniale.

L'allargamento giustiniano dei confini delimitanti il torto aquiliano fu di tale portata da comprendervi qualunque danno ingiusto colposamente cagionato. In tal modo vennero a crearsi le basi utili ad accreditare il principio di responsabilità per danni aquiliani determinati da una condotta dolosa o colposa, dove per colpa – importa bene considerare – s'intendeva alludere all'imprudenza, imperizia, negligenza, e, in termini generali, alla trasgressione dei precetti normativi (discipline e ordini)².

¹ D. 9, 2, 31. Per quanto riguarda il significato primigenio d'*iniuria* (nel senso di *non iure*) entro il contesto della *lex Aquilia*, nonché le implicazioni di tale nozione con riferimento alla irrilevanza originaria della colpevolezza, v. G. VALDITARA, *Alle radici del danno ingiusto*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 316 ss., cui rinviamo per tutti i riferimenti bibliografici.

² S. SCHIPANI, *Il sistema romano della responsabilità extracontrattuale: il princi-*

Dalle fonti giustinianee apprendiamo che il grado di prudenza e preparazione sia destinato a variare secondo la tipologia di attività svolta dall'agente: l'accortezza richiesta all'uomo di mestiere (diremmo oggi professionista) è diversa rispetto a quella che ci si aspetta dal semplice passante³. Lo spartiacque è rintracciabile nella distinzione fra imperizia (inosservanza di competenze tecniche o specialistiche) e negligenza (violazione di accortezze comuni imposte alla generalità dei consociati).

2. La reazione del sistema, tramite l'accertamento giudiziale della colpa, rappresenta il rimedio concesso all'offeso contro la condotta illecita dell'aggressore. Ci stiamo riferendo a una reazione preordinata alla salvaguardia d'interessi generali: di qui l'inderogabilità – si osservi per inciso – della disciplina in tema di responsabilità extracontrattuale⁴.

Nello stesso tempo la colpa, la cui verifica è legata al criterio legale d'imputazione del danno aquiliano, viene ad assumere il ruolo socialmente rilevante di prevenzione, in quanto instrada verso un «impegno continuo alla diligenza, prudenza, perizia, al fine di non dovere risarcire danni»⁵. Ciò è suffragato dalla regola che così suona: chi compie un'azione, essendo consapevole (o dovendo comunque esserlo) di non possedere le competenze per realizzarla senza recare nocumento ad altri, deve astenersi dall'attuarla⁶.

Ad avviso di una corrente di pensiero tradizionale, dai suddetti rilievi è possibile scorgere, in tutta la sua valenza politico-giuridica, il

pio della colpa e il metodo della tipicità, in ID., *Scritti di diritto romano pubblicati in cinese*, Pechino, 2010, p. 255 ss., spec. par. 6.

³ S. SCHIPANI, *Frontiere attuali del fatto illecito e rilettura dei Digesti*, in ID., *Scritti di diritto romano pubblicati in cinese (2010-2019)*, Pechino, 2019, p. 95 ss., spec. par. 3.

⁴ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, 9ª ed., Milano, 1958, p. 535. Ne deriva la nullità di ogni convenzione volta a escludere o limitare preventivamente la responsabilità aquiliana (art. 1229, comma 2, c.c.).

⁵ S. SCHIPANI, *Frontiere attuali del fatto illecito e rilettura dei Digesti*, cit., loc. cit.

⁶ D. 9, 2, 8, 1.

programma intimidatorio e punitivo della sanzione civile, cui va incontro chi agisce trasgredendo le regole del consorzio sociale⁷.

Questa considerazione, la quale pur conserva intatta la sua attualità, non può invero stemperare la funzione eminentemente riparatoria della responsabilità civile, che tende a proteggere (per equivalente o in forma specifica) la parte lesa dall'altrui azione illecita⁸.

La precauzione imposta a ogni consociato diventa dunque un mezzo di protezione nell'interesse della collettività, dovendo il *civis*, prima di agire, rappresentarsi diligentemente di essere in possesso delle competenze adatte a non pregiudicare i terzi. Intensità e raffinatezza di siffatta rappresentazione variano in base alla natura dell'attività programmata dall'agente⁹ E qui il discorso torna a cadere sulla differenza tra perizia e diligenza.

3. Qualora il danno sia stato cagionato dal concorso attivo od omissivo di più persone, l'art. 2055 c.c. obbliga ciascuna di queste a risarcirlo in via solidale¹⁰. Chi paga ha poi diritto di regresso contro gli altri corresponsabili, nella misura determinata dalla gravità delle rispettive colpe e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Nel dubbio la legge presume *iuris tantum* che le singole colpe siano eguali.

L'essenza della solidarietà sta esattamente nella sua doppia anima esterna e interna. L'adempimento libera gli altri debitori o, volgendo (incidentalmente) lo sguardo alla solidarietà attiva, estingue il debito addossato all'unico responsabile. Il consequenziale venir meno del vincolo obbligatorio esterno determina, nei rapporti fra la pluralità dei tenuti a pagare (solidarietà passiva) ovvero a pretendere (solidarietà attiva), la nascita (in capo a chi ha rispettivamente dato o ricevuto per la totalità) del diritto di escutere i coobbligati o dell'obbligazione di ripartire *pro quota* l'oggetto della prestazione conseguita.

⁷ A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1947, p. 60 s.

⁸ M. FRANZONI, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in S. PAGLIANTINI, E. QUADRI e D. SINESIO, *Scritti in onore di Marco Comporti*, II, Milano, 2008, p. 1305 s.

⁹ S. SCHIPANI, *Frontiere attuali del fatto illecito*, cit., loc. cit.

Da quanto siamo venuti dicendo deriva che il danneggiato possa esigere tutta la prestazione risarcitoria da uno soltanto dei soggetti che hanno cooperato alla causazione del pregiudizio (di solito l'attore sceglierà il corresponsabile che offre la massima garanzia generica di solvibilità) ad astrarre dalla gravità della colpa di ciascun compartecipe, mentre la diversa gravità delle colpe e l'eventuale diseguale efficienza eziologica rilevano ai fini della partizione interna dell'obbligazione passiva¹¹. Per questa ragione il tribunale è tenuto a pronunciarsi sui precitati punti allorché uno dei condebitori abbia esercitato l'azione di regresso nei confronti degli altri o se, in vista del regresso, abbia chiesto tale accertamento ai fini della suddivisione interna, o infine se il danneggiato abbia rinunciato alla frazione di credito corrispondente al grado di responsabilità del coautore dell'illecito non evocato in giudizio¹².

Poste queste basi, sorge l'interrogativo in merito alla disparità di trattamento che l'art. 2055 c.c. sembrerebbe ingenerare nell'ipotesi – per nulla irrealistica – che colui il quale abbia concorso in maniera marginale alla determinazione dell'illecito civile sia poi tenuto, in forza del dianzi descritto vincolo solidale, a ristorare l'intero pregiudizio patito dalla vittima, specialmente nell'eventualità che, a causa dell'inopia degli altri concorrenti, il *solvens* ragionevolmente nutra deboli aspettative circa l'effettivo recupero (in via di regresso) *pro quota* di quanto pagato per effetto della solidarietà passiva.

Allo scopo di confutare il prospettato dubbio di legittimità (ex art. 3 Cost.) conviene replicare che il legislatore, facendo uso dei poteri di discrezionalità politica che gli competono, nel bilanciamento d'interessi conflittuali ha dato prevalenza a quello del danneggiato di beneficiare delle più alte *chance* di *satisfactio*, rispetto all'opposto in-

¹⁰ Non è richiesto che i coautori abbiano la consapevolezza della cooperazione alla verifica dell'illecito: A. DE CUPIS, *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1961, p. 87.

¹¹ Cfr. Cass., 10 gennaio 2011, n. 291, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 903.

¹² Cass., 27 agosto 2013, n. 19584, in *Foro it., Mass.*, 2013; Cass., 21 settembre 2007, n. 19492, in *Arch. giur. circolaz.*, 2008, p. 680; Cass., 25 agosto 2006, n. 18497, in *Foro it., Mass.*, 2006; Cass., 12 dicembre 2001, n. 15687, *ivi*, 2001; Cass., 28 aprile 2000, n. 5421, *ivi*, 2000; Cass., 10 dicembre 1996, n. 10987, *ivi*, 1996; Cass., 16 febbraio 1996, n. 1199, *ibidem*; Cass., 8 giugno 1994, n. 5546, *ivi*, 1994.

teresse dei condebitori-concorrenti di rispondere secondo le colpe individuali. Torna in tal modo a riemergere la già descritta *ratio essendi* del vincolo solidale, per l'appunto preordinata a rafforzare la posizione soggettiva della vittima dell'illecito aquiliano. Nello stesso tempo i tratteggiati rischi correlati alla responsabilità servono da sprone alle condotte virtuose o, quantomeno, diligenti e avvedute, sì da dissuadere i consociati dal porre in essere azioni macchiate dalla negligenza¹³.

Occorre tenere a mente che l'unicità del fatto dannoso, richiesta dall'art. 2055 c.c. ai fini della configurabilità della responsabilità solidale degli autori dell'illecito, debba essere intesa in senso relativo. Conseguentemente, affiorano i lineamenti tipici della responsabilità concorrente, volta a rafforzare la garanzia del danneggiato¹⁴ senza attenuare la responsabilità degli autori dell'illecito, ancorché l'evento dannoso sia derivato da una molteplicità di azioni od omissioni (dolose o colpose) costituenti fatti illeciti distinti e anche diversi e di variabile gravità, sempre che le singole azioni o omissioni, legate da un vincolo d'interdipendenza materiale, abbiano concorso in modo efficiente alla produzione del medesimo evento fonte di pregiudizio, a nulla rilevando – differentemente rispetto a quanto accade nel campo penalistico – l'assenza di un collegamento psicologico fra le stesse¹⁵.

¹³ Cass., 10 novembre 1979, n. 5799, in *Foro it., Mass.*, 1979.

¹⁴ Vero difatti è che il titolare della pretesa possa far affidamento sulla garanzia patrimoniale generica (art. 2740 c.c.) offerta dai singoli corresponsabili (v., per tutti, D. RUBINO, *Obbligazioni alternative, in solido, divisibili ed indivisibili*, in *Comm. c.c.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *sub art. 1285-1320*, 2^a ed., Bologna-Roma, 1961, p. 150), essendo egli – di massima, e quindi fatte salve le ipotesi in cui vi sia il beneficio d'ordine o di escussione – libero di scegliere fra la massa il debitore o i debitori contro cui agire (c.d. *libera electio*) (cfr., con particolare riguardo alla solidarietà fideiussoria, U. LA PORTA, *Delle obbligazioni in solido*, *Artt. 1292-1313*, in *Cod. civ. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, Milano, 2014, p. 57 s., testo e nota 36). Il suddetto rafforzamento della situazione in cui si trovano i creditori è controbilanciato – si torni a osservare – dall'indebolimento di quella dei singoli debitori, i quali ultimi non possono avvalersi nei rapporti esterni del beneficio della parziarietà, dovendo rispondere dell'intero debito (*ivi*, p. 86).

¹⁵ Cfr., *ex multis*, Cass., 16 maggio 2022, n. 15512, in *Onelegale*; Cass., 24 settembre 2015, n. 18899, *ibidem*.

D'altro canto, in un sistema come quello italiano che riconosce il concorso in capo allo stesso soggetto della responsabilità contrattuale con quella extracontrattuale¹⁶, deve ritenersi del tutto ammissibile il vincolo solidale fra persone che cooperano nella causazione dell'identico fatto illecito, seppure in forza di titoli diversi di natura contrattuale per alcuni e aquiliana per altri. Sotto tale angolatura c'è da dire che l'art. 2055 c.c. non trova una piena rispondenza nell'art. 2043 c.c.: mentre quest'ultima regola delinea – in forza di una clausola generale – gli elementi costitutivi dell'illecito civile, l'altra, al contrario, attiene alla disciplina in ipotesi di concorso di più responsabili. Segnatamente, rileva ai sensi dell'art. 2055 c.c. il rapporto di causalità – come già notammo – fra le azioni individuali e l'effetto da cui scaturisce il pregiudizio alla vittima, ad astrarre dalla preesistenza di vincoli obbligatori che legano *iure* taluno dei corresponsabili alla vittima medesima. Per questi motivi si deve dunque escludere che occorra, allo scopo di ravvisare il vincolo solidale in parola, il presupposto dell'identità di titoli nella corresponsabilità¹⁷.

¹⁶ Da ultimo si veda G. ANZANI, *L'“ingiustizia del danno” in una relazione qualificata. Per un nuovo confine fra le due specie di responsabilità*, Pisa, 2023, p. 69 ss., cui rinviamo per tutti i riferimenti.

¹⁷ Cass., sez. un., 27 aprile 2022, n. 13143, in *Onelegale*: «Quel che appare indiscutibile è che alla base dell'art. 2055, vi sia in ogni caso la propensione del legislatore verso l'interesse del danneggiato a vedersi ristorato il danno subito in dipendenza di più concause. Cosa che ha indotto la norma a concentrarsi sul ‘fatto dannoso’, mediante una sintesi verbale in ciò – per l'appunto – diversa da quella propria dell'art. 1156 c.c. del 1865, invece riferita all'illecito (‘se il delitto o il quasi-delitto è imputabile a più persone, queste sono tenute in solido al risarcimento del danno cagionato’). La considerazione pratica della difficoltà della parte danneggiata di determinare la porzione di responsabilità ascrivibile a ciascun soggetto responsabile del danno ha certamente concorso a determinare il legislatore nel senso della unificazione delle posizioni debitorie per via normativa. E (...) connaturata a essa è la valorizzazione massima (centrale) del solo interesse del danneggiato, da preservare mediante una regola espressiva della *condicio sine qua non*, tesa a unificare, come detto, a presidio di tale interesse, le singole concorrenti quote di responsabilità a ciascun soggetto ascrivibili, quale ne sia il titolo (...). L'aggregazione delle posizioni soggettive avviene per la semplice constatazione che unico è il danno patito dal creditore, e l'unicità del danno induce il legislatore a utilizzare in suo favore il mezzo della solidarietà, in modo funzionale a perseguire l'interesse sotteso, che è quello del danneggiato a essere comunque risarcito. Va quindi in generale condiviso, e confermato, il principio secondo cui, per il sorgere della re-

4. Veniamo al nocciolo della questione che dà l'intonazione a queste pagine. Che cosa accade quando il danno aquiliano sia stato cagionato dall'azione illecita promossa da un gruppo di persone, che si organizzano collettivamente per evitare l'individuazione dell'unico responsabile (si pensi a una banda di teppisti allorché il sasso lanciato da uno di essi ferisca il passante).

A prima vista (ma sul punto ci riserviamo di tornare più in là) il problema non sembrerebbe sorgere allorché, tramite l'ausilio di telecamere o di altri mezzi, si riesca a individuare il componente del gruppo di facinorosi che ha ferito il malcapitato o leso l'altrui proprietà.

Ciò detto, preme ora focalizzare l'attenzione sul tema del danno «anonimo», che viene in considerazione là dove il singolo autore della lesione sia solo astrattamente determinabile in quanto facente parte della banda di facinorosi singolarmente individuati¹⁸. D'altronde, spesso l'uso dello schermo offerto dal gruppo permette a chi ne fa parte di svincolarsi dal rischio di risarcire i danneggiati grazie alla garanzia dell'anonimato. In questo modo è facile intuire che la vittima finisca con l'essere l'unico soggetto a sopportare, dal punto di vista patrimoniale e morale, le conseguenze dell'illecito.

Per evitare tale esito ingiusto e iniquo è stato fatto notare che in termini eziologici v'è un rapporto di causa-effetto tra l'azione del gruppo e il pregiudizio recato alla vittima. Tant'è vero che l'illecito civile commesso dal singolo (e anonimo) offensore s'inserisce, pure con riguardo al programma criminale, nell'azione collettiva pianifi-

sponsabilità solidale dei danneggiati, l'*art. 2055*, comma 1, c.c., richiede che sia accertato il nesso di causalità tra le condotte secondo il criterio di cui all'*art. 41* c.p., e quindi solo che il fatto dannoso sia in questo senso imputabile a più soggetti, ancorché le condotte lesive siano fra loro autonome e pure se diversi siano i titoli di responsabilità di ciascuno, e anche nel caso in cui siano configurabili titoli di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, atteso che l'unicità del fatto dannoso – considerata normativamente – deve essere riferita unicamente al danneggiato e non va intesa come identità delle norme giuridiche violate». Tale precedente giudiziale è stato commentato da S. BALBUSSO, *Spunti critici in tema di solidarietà debitoria e interruzione della prescrizione*, in *Nuova giur. comm.*, 2022, I, p. 1065 ss.

¹⁸ Il tema è stato affrontato *ex professo* da G.E. NAPOLI, *Il danno cagionato da un soggetto non individuato di un gruppo*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, II, Napoli, 2013, p. 1531 ss.

cata dai turbolenti, i quali – si torni a osservare – si celano per mezzo della confusione provocata da essa.

Se si accetta questa premessa, sembra ragionevole ravvisare, in chiave privatistica, un concorso nella realizzazione dell'illecito aquiliano (art. 2055 c.c.)¹⁹, assodato che la condotta offensiva del singolo autore del danno è destinata a coordinarsi con quella degli altri compartecipi, i quali hanno nell'insieme condiviso sin dall'inizio il progetto antigiuridico.

Traendo spunto dai rilievi fin qui sviluppati, si potrebbe addirittura fare un passo ulteriore, sino a riconoscere – volendo riannodare i fili con un tema lasciato provvisoriamente in sospeso – l'additata responsabilità in solido anche quando, per avventura, il singolo autore dell'illecito di massa sia stato individuato. Ciò perché – giova ribadire – l'azione di quest'ultimo è stata congegnata dal gruppo, anche allo scopo di sfruttare l'impunità assicurata – come si diceva – dall'anonimato.

Avviandoci alla chiusura di queste osservazioni, pare allora giusto e razionale riconoscere che i componenti del gruppo medesimo, quando ordiscano una scorribanda, si assumano *iure privatorum* (tramite il vincolo di solidarietà passiva) la responsabilità aquiliana delle conseguenze dannose che ne derivano, indipendentemente dalla variabile della individuazione²⁰.

¹⁹ Ben diversa è la situazione presa in considerazione da C. Cost., 4 marzo 1992, n. 79, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1347, con nota di G. PONZANELLI, «Pallino anonimo», ovvero attività pericolosa con responsabile ignoto e problemi di «welfare state», ove si discuteva intorno al danno anonimo da attività venatoria, caratterizzata da una pluralità di condotte individuali del tutto autonome e prive di un finalismo causalmente unificatore. L'argomento è stato anche esaminato da P. CENDON, *Circostanze incerte e responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1144. Cfr., infine, G.E. NAPOLI, *Il danno cagionato da un soggetto non individuato di un gruppo*, cit., p. 1543 s.

²⁰ In tale direzione si veda il § 830 BGB: «(1) Se più soggetti, mediante atto illecito commesso in comune, hanno cagionato un danno, ciascuno è responsabile del danno. Lo stesso vale, se non si riesce ad accertare quale dei vari compartecipi ha cagionato il danno con il suo atto. (2) Istigatori e aiutanti sono equiparati ai coautori». Secondo G.E. NAPOLI, *Il danno cagionato da un soggetto non individuato di un gruppo*, cit., p. 1548 ss., se si ritiene che le regole in tema di responsabilità oggettiva non siano eccezionali, occorrerebbe di conseguenza applicare alle attività di gruppo potenzialmente causatrici di pregiudizi ai terzi, la disciplina di cui all'art. 2050 c.c. là dove non si riesca a individuare il singolo autore dell'illecito.

Abstract

Il saggio ha per oggetto la rilevanza *ex art. 2043 c.c.* dell'illecito anonimo, perpetrato da un gruppo organizzato di persone, che cooperano all'azione anti-giuridica sì da mascherare l'individuazione dell'autore cui addebitare *iure privatorum* le conseguenze risarcitorie dell'evento dannoso. Sussistendo un rapporto di causa-effetto tra l'azione del gruppo e il pregiudizio recato alla vittima, l'autore ravvisa un concorso di responsabilità *ex art. 2055 c.c.* tra i facinorosi così organizzati, a prescindere dalla evocata individuazione.

The work deals with the civil relevance of anonymous tort, perpetrated by an organized group of people, who cooperate in anti-legal action with the aim of masking the identification of the author. Given that there is a causal relationship between the tort and the harm suffered by the victim, the Author recognizes a solidal responsibility between the members of the group, regardless of the identification.

ALICE CHERCHI - CONSTANTIN WILLEMS*

IL DIRITTO ROMANO DI FRONTE ALLA CRISI
TRA PREVENZIONE E REAZIONE.
PROFILI GIURIDICI E IMPLICAZIONI ECONOMICHE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Crisi e policrisi. – 3. Prevenzione e reazione alla crisi nel diritto privato romano. Alcuni esempi. – 3.1. La prevenzione della crisi del mercato nel diritto commerciale romano. – 3.2. Le reazioni a diversi tipi di crisi nel diritto ereditario romano. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Dal momento che, come osservato da Paolo Grossi, la crisi afferisce «ai mutamenti e movimenti che costituiscono [...] il naturale riflesso della storicità intrinseca alla natura stessa del diritto»¹, quando ci si pone l'obiettivo di indagare le conseguenze giuridiche legate alle crisi che hanno caratterizzato il travagliato svolgersi della storia, ci si trova inevitabilmente di fronte alle difficoltà legate all'individuazione della nozione di crisi che di tale riflessione rappresenta, nelle diverse epoche, l'indefettibile presupposto.

Appare infatti evidente che la percezione della crisi sia sempre condizionata dal contesto storico e dall'ambito geografico di riferimento, così come dalla sensibilità e dal punto di osservazione dei soggetti da essa interessati. Cionondimeno, non può disconoscersi che, nella sua accezione più immediata, il lemma crisi² indichi una si-

* I §§ 1, 2 e 4 sono stati scritti da Alice Cherchi e il § 3 da Constantin Willems.

¹ P. GROSSI, *Crisi del diritto, oggi?*, in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari-Roma, 2015², 67 ss., la cui affermazione, seppur connessa al riscontro dell'ambiguità della nozione di crisi in relazione alla c.d. crisi del diritto, appare assumere rilievo più generale in ordine al rapporto tra crisi e diritto.

² Come è noto, esso deriva dal sostantivo greco κρίσις – il quale, a sua volta, deriva dal verbo κρίνειν (discernere, decidere) – e trova il suo corrispondente la-

tuazione eccezionale «di grave difficoltà, di interruzione di normalità, di rottura d'equilibrio»³, la quale, per essere affrontata e superata, esige impegno e risorse.

Alla luce di queste brevi considerazioni, possiamo comprendere ancora meglio perché la necessità di elaborare soluzioni giuridiche atte a fronteggiare situazioni di eccezionale gravità, così fortemente avvertita negli ultimi anni in ragione della crisi sanitaria ed economica globale determinata dalla pandemia di Covid 19, abbia stimolato una riflessione volta a evidenziare se e in quale misura la storia del diritto – e in particolare il diritto romano – offra modelli di riferimento cui appigliarsi⁴, in quanto capaci di soddisfare in maniera adeguata problematiche in larga misura analoghe a quelle manifesta-

tino nel lemma *crisis*, che però risulta di attestazione assai rara. Al riguardo, AE. FORCELLINI, v. *Crisis*, in *LTL*, I, Patavii, 1940, 895, segnala Sen. Ep. 83, ove si fa riferimento alla crisi in senso medico (*hic quidem, ait, nos eandem crisin habere, quia utrique dentes cadunt*), e Cael. Aurel. 19, che peraltro rimanda al significato del lemma in lingua greca (*naturae conflictus sustinere, quos Graeci crises appellant*). Per quanto attiene alle fonti giuridiche romane, il lemma non si riscontra in quelle in lingua latina, mentre compare in alcune costituzioni in greco conservate nel *Codex* e nelle *Novellae* (C. 1.3.41.10 e 20, C. 1.3.46.4, C. 1.4.30 pr., C. 1.4.34.15, C. 1.5.18.13, C. 1.33.4, C. 2.7.19, Nov. 55.2, Nov. 113.1 e Nov. 115.5), sebbene non nell'accezione ampia, ma con il significato di giudizio, decisione o indagine.

³ Così, G.E. RUSCONI, v. *Crisi*, § II. *Crisi sociopolitica*, in *Enc. sc. soc.*, II, Roma, 1992, 618 ss., nonché C. ARENA, v. *Crisi*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1968, 11 ss.; R. KOSELLECK, v. *Krise*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, III, a cura di O. Brunner - W. Conze - R. Koselleck, Stuttgart, 1982, 617 ss.; C. COLLOCA, *La polisemia del concetto di crisi: società, culture, scenari urbani*, in *SocietàMutamentoPolitica*, I.2, 2011, 20 ss. (ove ulteriore bibliografia).

⁴ E. SCIANDRELLO - A. CHERCHI, *Formalismo negoziale e deroghe emergenziali: il c.d. testamentum tempore pestis conditum*, in *Le categorie generali nell'emergenza sanitaria: Webinar - Cagliari 23 e 24 settembre 2021*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2022, 145 ss. Quali ulteriori esempi, *ex multis*, delle indagini giuridiche caratterizzate dalla suddetta finalità in una prospettiva interdisciplinare, si vedano AA.VV., *Emergenza e diritti tra presente e futuro*, a cura di V. Corona - M.F. Cortesi, Napoli, 2020, IX ss.; AA.VV., *Il diritto di fronte all'emergenza. Un percorso interdisciplinare*, a cura di S. Randazzo - R. Martino - V. Donativi - A. Panzarola - L. Laureti, Napoli, 2020, VII ss.; AA.VV., *Emergencia sanitaria global: su impacto en las instituciones jurídicas*, a cura di R.C. Barra - M. Plaza, Buenos Aires, 2020, 7 ss., e AA.VV., *Pandemia e diritto delle persone (Pandemia y derecho de las personas)*, a cura di R. Marini, Milano, 2021, 1 ss.

tesi di recente⁵. Pertanto, molti degli spunti offerti dal diritto romano sono stati oggetto di rinnovata attenzione nel corso dell'ultimo triennio⁶.

Un simile rilievo ci ha indotto ad adottare in questa sede un angolo visuale in parte diverso da quelli che hanno caratterizzato le ricerche recenti, prediligendo, da un lato, una prospettiva d'indagine più ampia, in quanto focalizzata non solo sulle norme collegate alla crisi sanitaria, ma anche su fonti dalle quali emerge lo scopo di affrontare o prevenire crisi di tipo diverso. Dall'altro lato, rilevato l'elevato grado di approfondimento delle ricerche relative agli strumenti elaborati nel diritto pubblico⁷, abbiamo ritenuto opportuno

⁵ In relazione alla prospettiva d'indagine che appare più feconda a tal fine, cfr. S. TAFARO, *Societas humana e famiglia. Continuità e discontinuità*, in *LDS Magazine*, 2023, *on line*, il quale, pur evidenziando la distanza «tra le aspettative della civiltà tecnologica» attuale e la «Weltanschauung della società agricolo-pastorale, che era alla base dell'esperienza romana», sottolinea altresì come il diritto romano – soprattutto quello delle epoche più avanzate sotto il profilo dell'elaborazione giurisprudenziale e legislativa –, possa conferire, in prospettiva diacronica, spunti di analisi e angoli visuali di grande respiro e attualità.

⁶ Con riguardo al settore pubblicistico, cfr. R. CARDILLI, *Coronavirus e ius. La scienza giuridica del XXI secolo ai tempi della grande pandemia*, in *Emergenza*, cit., 104 ss.; S. RANDAZZO, *Stato di eccezione, pestilenze e dictatores. L'emergenza "fisiologica" nel diritto pubblico romano*, in *Il diritto di fronte all'emergenza*, cit., 303 ss., mentre, in ordine al settore privatistico, l'attenzione della dottrina si è focalizzata sul regime del c.d. *testamentum tempore pestis conditum* (su cui torneremo *infra* al § 3.2): A. CHERCHI, *L'indulgenza nell'emergenza. Brevi note sul c.d. testamentum tempore pestis nel diritto romano*, in *Emergenza*, 143 ss.; M. VINCI, *Il testamento redatto in tempo di malattia contagiosa: radici romanistiche e letture attualizzanti*, in *Bull. ist. dir. rom.*, CXIV, 2020, 283 ss.; C. WILLEMS, *Zwischen Infektionsschutz und Schutz des Erblasserwillens: Das sogenannte testamentum tempore pestis conditum in C. 6,23,8 (290)*, in *Zeitschr. Rechtsgesch. Rom. Abt.*, CXXXVIII, 2021, 616 ss.; SCIANDRELLO - CHERCHI, *Formalismo*, cit., 145 ss.; B. PERINÁN GÓMEZ, *La calificación jurídica de las pandemias desde el derecho romano de obligaciones*, in *Ridrom. Rev. int. der. rom.*, XXX, 2023, 344 ss. Per una riflessione dal taglio più ampio, volta a valutare la legislazione emergenziale italiana sulla base della definizione celsina di diritto come *ars boni et aequi*, cfr. A. TRISCIUOGGIO, *Covid 19. La legislación italiana sobre la emergencia sanitaria a la luz de la definición celsina del derecho*, in *Ridrom*, cit., 459 ss.

⁷ Sul punto, oltre alla letteratura citata alla nt. precedente, cfr. *infra* ntt. 13 e 22.

concentrare l'analisi su due gruppi di fonti di diritto privato che ci sono parsi particolarmente interessanti.

Essi, invero, permettono di saggiare, almeno in parte, come i vari 'attori' della scienza giuridica romana – quali i giuristi, i magistrati, gli Imperatori e le loro cancellerie – abbiano contribuito a predisporre soluzioni in grado di affrontare e prevenire le crisi e come tali soluzioni abbiano potuto incidere non solo sugli interessi del singolo, ma anche su quelli dei soggetti a lui legati da vincoli familiari, contrattuali e sociali. Da questo angolo visuale, assumono altresì rilievo gli interessi economici coinvolti, dal momento che le testimonianze prescelte sembrano potersi leggere, seppur con le dovute cautele, «come documenti di fatti economici»⁸.

Poiché le pagine che seguono rappresentano il primo risultato di un progetto elaborato in seno al programma *Visiting Professor/Scientist* 2022 dell'Università di Cagliari, svoltosi a marzo di quest'anno soprattutto in sede didattica, ci è sembrato preferibile lasciare intatto l'approccio semplice e scorrevole che ha caratterizzato le nostre riflessioni nelle aule cagliaritanche, nonché limitare all'essenziale le indicazioni bibliografiche. La nostra speranza è infatti quella di offrire, soprattutto ai giovanissimi studiosi, alcuni spunti che possano indicare – come brevi tratti all'interno di un quadro che sap-

⁸ Così, D. MANTOVANI, *Giuristi romani e storia dell'economia antica. Elementi per una dialettica*, in *Il diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documento delle società antiche*, a cura di C. Buzzacchi - I. Fagnoli, Milano, 2021, 145 ss., in part. 208, il quale evidenzia, in ordine alle cautele necessarie, che «i Romani tendono a ragionare sui fatti economici in modo non guidato dalla massimizzazione del lucro, ma guidati da criteri che il diritto ha in parte in comune con la filosofia morale, ma che sono specificamente legati alla sfera del *ius*, innanzitutto l'*aequitas*, ma anche valori come *utilitas*, *benignitas*, *humanitas*». Qualche precisazione appare poi necessaria con riguardo ad alcune categorie elaborate dall'*Economic Analysis of Law* che talvolta, sulla scorta di un filone d'indagine recente, utilizzeremo per leggere le nostre fonti. Invero, la consapevolezza che un simile utilizzo possa risultare fuorviante, poiché eccessivamente condizionato dalla scienza economica moderna, ci porta ad adottare in questa sede l'approccio prudente esplicitato da L. MAGANZANI, *Economia e diritto romano (XIX-XXI sec.)*. *Storie varie di convergenze parallele*, in *Diritto romano e economia. Due modi di interpretare e governare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, a cura di E. Lo Cascio - D. Mantovani, Pavia, 2018, 23 ss., in part. 130, la quale giustifica il ricorso a tali categorie laddove serva «a visualizzare i gangli economici sottostanti agli istituti del diritto romano e a valutarne l'efficienza rispetto ai parametri assunti da EAL».

priamo essere più articolato e complesso – *itinerà* di ricerca da percorrere e sviluppare in futuro.

2. Nell'avviare l'indagine, appare opportuno dedicare qualche considerazione preliminare alle principali nozioni di crisi elaborate fino ai nostri giorni.

Come già sottolineato, individuare una nozione unitaria di crisi è un compito tutt'altro che facile: perciò, in seno all'ampia riflessione scientifica sviluppatasi al riguardo, non è mancato chi, ritenendo il concetto di crisi troppo sfuggente e ambiguo, ha rinunciato del tutto a racchiuderlo in una definizione onnicomprensiva⁹, né chi, seppur mosso dalla volontà di individuare una nozione di riferimento, ha finito col riconoscere al lemma crisi, in ragione della sua polisemia, la funzione di 'concetto-baule' presente «nel lessico di tutte quelle discipline che si interessano ai sistemi ed ai comportamenti umani»¹⁰. All'interno di quest'ultimo filone poi, una volta constatato come la crisi sia sovente collegata, sotto il profilo delle cause, a una pluralità di fattori concomitanti o interdipendenti e, sotto il profilo degli effetti, a conseguenze cumulative e diffuse in vari settori¹¹, si è fatta strada la necessità di ricorrere, per indicare tali ipotesi, alla nozione di 'policrisi'¹².

Per quanto la storia antica sia intrisa di crisi e policrisi¹³, la piena percezione ed elaborazione delle medesime risale senza dubbio

⁹ Così, RUSCONI, v. *Crisi*, cit., 618 ss., il quale ha segnalato che il problema non si risolve neanche ricorrendo alle nozioni affini di «conflitto, anomia, disfunzione, rivoluzione, catastrofe», in quanto esse rischiano «di creare problemi analoghi, non appena ci si allontana da un'accezione rigorosamente e convenzionalmente circoscritta».

¹⁰ COLLOCA, *La polisemia*, cit., 19 ss., ove ulteriore letteratura.

¹¹ ARENA, v. *Crisi*, cit., 12, con riferimento alle crisi economiche.

¹² S. DIXSON-DECLÈVE, *Transformation in the poly-crisis age*, Luxembourg, 2023, *passim*.

¹³ Con riferimento a Roma antica, possiamo qui limitarci ad alcuni esempi delle crisi e policrisi di maggiore importanza. In ordine all'epoca repubblicana, all'interno del *Cambridge Companion to the Roman Republic*, a cura di H.I. FLOWER, Cambridge, 2014², 3 ss., la parola «crisis» ricorre in dodici capitoli su diciotto, di cui uno specificamente dedicato alla lunga crisi politico-istituzionale della Repub-

all'epoca moderna: la nozione di crisi, come è noto, assunse rilievo centrale nell'Illuminismo, per poi giungere al suo massimo sviluppo nei secoli XIX e XX, nei quali si diffuse una vera e propria 'cultura della crisi' di matrice socialista¹⁴. Tra le elaborazioni più mature ascrivibili a questo turno di tempo, vanno *in primis* rammentate due nozioni – basate sul numero dei soggetti coinvolti –, che possono essere considerate gli estremi del nostro concetto baule: da un lato, la crisi individuale, che può concretarsi, ad esempio, in una malattia, un incidente, un naufragio o un conflitto con un terzo che coinvolge il singolo individuo¹⁵, e, dall'altro lato, l'opposta nozione di crisi di

blica (J. VON UNGERN-STERNBERG, *The Crisis of the Republic*, in *Cambridge Companion*, cit., 78 ss.), acuitasi nel I sec. a.C., con le deformazioni dell'assetto costituzionale ascrivibili a Silla e Cesare, e conclusasi con la fine della stessa Repubblica e l'avvento del Principato. Non manca però l'attestazione, anche con riguardo a tale epoca, di numerose crisi di natura militare, agraria e finanziaria. Un altro esempio notissimo è la policrisi del III sec. d.C. – tra la fine della dinastia dei Severi (235 d.C.) e l'ascesa al potere di Diocleziano (284 d.C.) –, che determinò la fine del Principato e il conseguente avvento del Dominato, in virtù di una pluralità di fattori che si esplicarono non solo sul piano politico (secessioni, conflitti religiosi e vari tentativi di usurpazione del potere), ma anche su quello militare (invasioni barbariche) ed economico (svalutazione della moneta). Sul punto, *ex multis*, M. SARGENTI, *Aspetti e problemi giuridici del III secolo d.C.*, Milano, 1983, 5 ss.; C. ANDO, *Imperial Rome AD 193 to 284: The Critical Century*, Edinburgh, 2012, *passim*; M. SOMMER, 'A vast scene of confusion': *Die Krise des 3. Jahrhunderts in der Forschung*, in *Das Recht der „Soldatenkaiser“: Rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs*, a cura di U. Babusiaux - A. Kolb, Berlin et al., 2015, 15 ss. La storiografia ha individuato molteplici crisi, talvolta connesse tra loro, anche riguardo all'epoca giustiniana: le crisi militari causate dalle numerose guerre – le più importanti quelle contro i Goti, i Vandali e i Persiani –, la crisi politica determinata dalla rivolta di Nika (532 d.C.), le crisi ecologiche connesse ai due grandi terremoti che colpirono Costantinopoli nel 533 e 557 d.C., e, infine, la terribile crisi sanitaria determinata dalla lunga pestilenza (*Yersinia pestis*) che ebbe luogo tra il 541 e il 750 d.C. Su tali profili, cfr. M. MEIER, *Das andere Zeitalter Justinians: Kontingenzerfahrung und Kontingenzbewältigung im 6. Jahrhundert n. Chr.*, Göttingen, 2003, 357 ss.; A.D. LEE, *The Empire at War*, in *The Cambridge Companion to the Age of Justinian*, a cura di M. Maas, Cambridge, 2005, 113 ss., e, nel medesimo volume, P. HORDEN, *Mediterranean Plague in the Age of Justinian*, 134 ss., nonché E. PEZZATO, *Il morbo di Giustiniano e la legislazione imperiale*, in *Teor. st. dir. priv.*, XIV, 2021, 1 ss.

¹⁴ RUSCONI, v. *Crisi*, cit., 619 ss.

¹⁵ G. RENBERG, *Illnesses and Other Crises. Introduction*, in *Religions of the Ancient World. A Guide*, a cura di S.I. Johnston, Cambridge et al., 2004, 452 ss.

sistema, la quale, causando una disgregazione dell'intero sistema politico-economico e sociale, riguarda la generalità dei consociati¹⁶.

All'interno dei due estremi appena tracciati, si collocano le crisi politico-istituzionali, cioè gli eventi di natura politica e sociale, interni ai vari paesi, caratterizzati da un alto grado di conflittualità¹⁷, le crisi sanitarie – quali un'epidemia o una pandemia –, le crisi militari (in particolare le guerre) e quelle ecologiche (ravvisabili, per esempio, nelle calamità naturali)¹⁸. Tra esse, va poi riconosciuto un rilievo nevralgico alla nozione di crisi economica, la quale può assumere una portata limitata al mercato di riferimento, come nel caso di deficienze della produzione agricola in un determinato periodo, ma anche dimensioni assai vaste, come la crisi o il fallimento del mercato, che sconfinano sovente nella crisi di sistema¹⁹.

Poiché il punto di partenza delle concezioni più elaborate può essere ravvisato nell'analogia tra il significato originario di crisi in senso medico, ossia il tracollo del corpo fisico, e la crisi del corpo sociale e/o politico, appare possibile scorgere nelle epoche precapitalistiche, e persino in quelle antiche, alcuni segnali di una consapevolezza della crisi abbastanza sviluppata. È infatti comunemente ammesso che già Tucidide, nella sua *Guerra del Peloponneso*²⁰, nell'analizzare la grave situazione politica e sanitaria dell'Atene del 430 a.C., abbia adottato un concetto di crisi abbastanza avanzato, in quanto fondato sull'analogia appena rammentata²¹.

Appare perciò naturale chiedersi in questa sede se una simile consapevolezza abbia potuto condizionare, almeno in una certa mi-

¹⁶ Con riferimento alle crisi di sistema nella storia dell'antichità, RUSCONI, v. *Crisi*, cit., pp. 618 s., osserva che si tratta di un concetto limite che trova, seppur con tratti diversificati nel tempo, pieno riscontro soltanto nelle grandi rivoluzioni che segnano cesure storiche oppure in eventi epocali quali la dissoluzione degli Imperi.

¹⁷ RUSCONI, v. *Crisi*, cit., 621.

¹⁸ Su questi tre tipi di crisi, ancora RENBERG, *Illnesses*, cit., 452.

¹⁹ P. CIOCCA, v. *Crisi*, § I. *Crisieconomica e finanziaria*, in *Enc. sc. soc.*, cit., 607 ss.

²⁰ Tuc. II.47-54.

²¹ RUSCONI, v. *Crisi*, cit., 619.

sura, i diritti dell'antichità. Per quanto attiene al diritto romano, già le soluzioni di diritto pubblico elaborate nel corso dell'epoca repubblicana per far fronte alle crisi politico-istituzionali, come la dittatura e il *senatus consultum ultimum*²², sembrano indurre a una risposta positiva²³: non resta dunque che sottoporre a verifica le testimonianze provenienti dal settore privatistico, in modo da poter prospettare, in conclusione, alcune considerazioni con riguardo a tale aspetto.

3. A questo punto, possiamo prendere le mosse da talune soluzioni conservate nei *Digesta* giustinianeî che attengono al c.d. diritto commerciale romano²⁴ e, in particolare, ai contratti di compravendita e locazione. Al termine di questa prima parte dell'indagine, ci

²² Come rammentato da F. CASSOLA e L. LABRUNA, in *Lineamenti di storia del diritto romano*, a cura di M. Talamanca, Milano, 1989², 164 ss., nel compiuto assetto costituzionale dell'epoca repubblicana, il *dictator* era il magistrato straordinario incaricato di gestire l'emergenza, in virtù dell'attribuzione del *summum imperium* e della *summa potestas* in situazioni di grave pericolo esterno o interno per le sorti della Repubblica, o dei suoi gruppi dirigenti, e in situazioni di particolari e straordinarie necessità, soprattutto di tipo amministrativo-sacrale. Il *senatus consultum ultimum*, poi, era il provvedimento attraverso il quale il senato poteva affidare un potere 'quasi dittatorio' ai consoli. Nel quadro della sterminata bibliografia su tali argomenti, ci limitiamo a segnalare due ampie opere collettanee recenti, ove approfondita discussione delle singole questioni e della letteratura: AA.VV., *La dittatura romana*, a cura di L. Garofalo, I-III, Napoli, 2017-2022, e AA.VV., *Senatus consultum ultimum e stato di eccezione: fenomeni in prospettiva*, a cura di P. Buongiorno, Stuttgart, 2020, nonché, ancora, CARDILLI, *Coronavirus*, cit., 110 ss., e RANDAZZO, *Stato di eccezione*, cit., 303 ss.

²³ In questo senso, anche RUSCONI, v. *Crisi*, cit., 618 s.

²⁴ Adottiamo in questa sede la nozione di diritto commerciale romano proposta da Cerami, in P. CERAMI - A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2010³, 10. Per l'Autore, infatti, la possibilità di ravvisare un diritto commerciale romano risulta fondata, purché si abbandoni l'idea moderna di una branca del diritto a sé stante e si adotti invece la nozione di «storia della disciplina romana del commercio, nel cui ambito è dato individuare ed isolare periodi fra loro più o meno sensibilmente differenziati in rapporto sia agli assetti economico-sociali che ai sistemi giuridici correlati alle diverse strutture politico-istituzionali romane». Sul dibattito sorto al riguardo, cfr. G. PURPURA, *Diritto e Storia. Un percorso comune con Pietro Cerami. Giornata in onore del prof. Pietro Cerami (Palermo, 16 Giugno 2012)*, in *Scienza giuridica e diritto: giuristi a confronto. Itinerari del dialogo*, Palermo, 2013, 98 ss.

concentreremo sulle altre testimonianze – soprattutto *leges* imperiali – relative al diritto ereditario e, segnatamente, al regime del testamento.

3.1. La disamina che segue trae origine da un problema che, oggi come in passato, assume un rilievo centrale nelle transazioni commerciali: la c.d. asimmetria informativa, alla quale si collega lo sfruttamento del vantaggio derivante dalle maggiori informazioni possedute da una parte a svantaggio della controparte²⁵.

Gli economisti moderni parlano al riguardo di ‘opportunismo contrattuale’: si distingue un comportamento opportunistico *ex ante*, posto in essere prima della conclusione del contratto, e denominato anche selezione avversa – perché solo il venditore sa se offre qualcosa di buona o cattiva qualità, cioè, per usare un’espressione divenuta ormai celebre, se offre dei ‘limoni’ oppure dei ‘bidoni’²⁶ –, da un comportamento del genere realizzato *ex post*, cioè dopo la conclusione del contratto, denominato oggi azzardo morale²⁷.

Bisogna allora verificare come i giureconsulti e i magistrati romani abbiano contribuito alla ricerca del difficile equilibrio tra la ne-

²⁵ Così, B.W. FRIER - D.P. KEHOE, *Law and Economic Institutions*, in *The Cambridge Economic History of the Greco-Roman World*, a cura di W. Scheidel - I. Morris - R.P. Saller, Cambridge, 2007, 113 ss. In ordine all’approccio qui adottato, cfr. altresì due importanti volumi collettanei recenti: AA.Vv., *Diritto romano e economia*, cit., 2018, e AA.Vv., *Roman Law and Economics*, a cura di G. Dari-Mattiacci - D.P. Kehoe, I-II, Oxford, 2020 (con recensione di C. WILLEMS, in *Forum historiae iuris*, 2021, <https://forhistiur.net/2021-12-willems/>), nonché quanto osservato *supra* nt. 8.

²⁶ G.A. AKERLOF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, LXXXIV, 1970, 488 ss.

²⁷ Cfr. O.E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*, New York et al., 1985, 47 ss. e 81 s.; M. ERLEI - M. LESCHKE - D. SAUERLAND, *Neue Institutionenökonomik*, Stuttgart, 2007², 109 s. e 202 s.; R. RICHTER - E.G. FURUBOTN, *Neue Institutionenökonomik. Eine Einführungs und kritische Würdigung*, Tübingen, 2010⁴, 6, 155, 157, 164, 175, 592 e 595; C. WILLEMS, *Justinian als Ökonom: Entscheidungsgründe und Entscheidungsmuster in den quinquaginta decisiones*, Köln et al., 2017, 46 s.; sulla possibilità di ravvisare il fenomeno della selezione avversa anche da alcune fonti che testimoniano la spersonalizzazione dei rapporti di credito, cfr. H.L.E. VERHAGEN, *Security and Credit in Roman Law. The Historical Evolution of Pignus and Hypotheca*, Oxford, 2022, 119 s.

cessità di tutelare le parti dei contratti commerciali dalle conseguenze dell'asimmetria informativa e quella, più generale, di favorire le transazioni, in modo da evitare potenziali crisi del mercato.

a) I limiti alla ricerca del proprio vantaggio nella determinazione del prezzo. – Per percepire i limiti alle conseguenze dell'asimmetria informativa che emergono dalle soluzioni dei giuristi romani, vale la pena di ripercorrere alcune fonti nelle quali quest'ultima pare incidere nella determinazione del prezzo del bene oggetto di compravendita o del canone di locazione.

A questo proposito, rilevano in primo luogo due frammenti tratti dai commentari all'editto di Ulpiano e Paolo:

D. 4.4.16.4 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*

D. 19.2.22.3 (Paul. 34 *ad ed.*): *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluri sit minoris emere, quod minoris sit pluri vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.*

Le due fonti permettono di capire che il prezzo della cosa venduta sarebbe stato considerato lecito anche qualora non fosse *iustum*: nel primo passo Ulpiano, facendo leva sull'autorità di Pomponio, dichiara infatti che era lecito che i contraenti si aggirassero a vicenda nella determinazione del prezzo del bene oggetto di compravendita. Dalle parole del giurista *naturaliter licere contrahentibus se circumvenire* possiamo inoltre comprendere che un simile comportamento era ritenuto 'naturalmente lecito', in quanto insito nella natura delle contrattazioni del mercato.

La stessa motivazione appare a fondamento delle affermazioni di Paolo, il quale sottolinea che nella compravendita era 'naturalmente permesso' (*naturaliter concessum est*) che si comprasse a un prezzo minore un bene che aveva in realtà un valore maggiore, così come che si vendesse a un prezzo maggiore un bene che valeva meno, e che quindi le parti 'si aggirassero a vicenda' in questo modo (*ita invicem se circumscribere*). Il medesimo giurista ci informa poi che una simile condotta era considerata lecita anche con riguardo

alla determinazione del canone della *locatio-conductio* (*ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est*)²⁸.

Tuttavia, dalle fonti a nostra disposizione – e in particolare da due frammenti delle *Epitomae iuris* di Ermogeniano – sembra emergere che i giuristi fossero consci anche dell'esigenza di tracciare un limite alla ricerca del proprio vantaggio nelle modalità appena descritte.

D. 19.2.23 (Hermog. 2 *iuris epit.*): *et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest.*

D. 19.1.49 pr. (Hermog. 2 *iuris epit.*): *Qui per collusionem imaginarium colonum circumveniendi emptoris causa subposuit, ex empto tenetur nec defenditur, si, quo facilius excogitata fraus occultetur, colonum et quinquennii pensiones in fidem suam recipiat.*

Entrambi i passi mostrano che tale limite era rappresentato dalla condotta fraudolenta: infatti, dalle parole *si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest* conservate nel primo passo, possiamo dedurre che qualora il conduttore avesse ottenuto un canone basso tramite una condotta dolosa (e ciò risultasse provato), l'altra parte avrebbe potuto rescindere il contratto²⁹. Un limite analogo si evince, ancor più chiaramente, dalla seconda soluzione di Ermogeniano relativa alla tutela concessa al compratore rispetto alla condotta collusa e fraudolenta del venditore. Se il venditore di un fondo, allo scopo – in principio legittimo – di raggirare il compratore per ottenere un prezzo più alto (*circumveniendi emptoris causa*), avesse agito *per collusionem*, fingendo cioè che il fondo fosse locato

²⁸ Per ulteriori dati a conforto di una simile interpretazione e riferimenti bibliografici, cfr. C. WILLEMS, *Feilschen, anpreisen, bieten, bezeugen: Zeugnisse zum Marktgeschehen in den antiken römischen Rechtsquellen*, in *Marktggespräche: Kommunikation zwischen Anbietern und Käufern in der römischen Kaiserzeit*, a cura di K. Droß-Krüpe e P. Reinard, Baden-Baden, 2024, sezioni II.2 e II.3 (in corso di stampa).

²⁹ Cfr. C. WILLEMS, „Urbanes“ Mietrecht? Der römische Wohnungsmarkt zwischen Preismechanismus und Intervention, in *Zeitschr. Savigny-Stiftung Rechtsgeschichte. Rom. Abt.*, CXXXVI, 2019, 233 ss., in part. 242 ss. (ove ulteriori ragguagli bibliografici).

a un terzo (*imaginarium colonum subposuit*), avrebbe risposto di una simile condotta nel processo instaurato dalla controparte con l'*actio empti* (*ex empto tenetur*). Lo stesso venditore non avrebbe potuto sottrarsi alla condanna neanche laddove, per occultare la frode (*quo facilius excogitata fraus occultetur*), avesse garantito al compratore non solo l'esistenza del contratto di locazione, ma anche i canoni dovuti dal colono per un quinquennio³⁰.

La fattispecie appena descritta richiama alla mente il noto racconto di Cicerone riferito a un certo Pythius³¹, il quale, per ottenere

³⁰ Così, M. KASER, *Unlautere Warenanpreisungen beim römischen Kauf*, in *Festschrift H. Demelius zum 80. Geburtstag: Erlebtes Recht in Geschichte und Gegenwart*, a cura di G. Frotz - W. Ogris, Wien, 1973, 127 ss., in part. 135.

³¹ Cic. off. 3.14.58-60: [...] C. Canius, eques Romanus, nec infacetus et satis litteratus, cum se Syracusas otiandi, ut ipse dicere solebat, non negotiandi causa contulisset, dictitabat se hortulos aliquos emere velle, quo invitare amicos et ubi se oblectare sine interpellatoribus posset. Quod cum percrebuisset, Pythius ei quidam, qui argentariam faceret Syracusis, venales quidem se hortos non habere, sed licere uti Canio, si vellet, ut suis, et simul ad cenam hominem in hortos invitavit in posterum diem. Cum ille promississet, tum Pythius, qui esset ut argentarius apud omnes ordines gratiosus, piscatores ad se convocavit et ab iis petivit, ut ante suos hortulos postridie piscarentur, dixitque quid eos facere vellet. Ad cenam tempori venit Canius; opipare a Pythio adparatum convivium, cumbarum ante oculos multitudo, pro se quisque, quod ceperat, adferebat; ante pedes Pythii pisces abiciebantur. 59. Tum Canius «quaeso», inquit, «quid est hoc, Pythi? tantumne piscium? tantumne cumbarum?» Et ille: «Quid mirum?» inquit, «hoc loco est Syracusis quidquid est piscium, hic aquatio, hac villa isti carere non possunt.» Incensus Canius cupiditate contendit a Pythio, ut venderet. Gravate ille primo. Quid multa? impetrat. Emit homo cupidus et locuples tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos. Nomina facit, negotium conficit. Invitat Canius postridie familiares suos, venit ipse mature, scalum nullum videt. Quaerit ex proximo vicino, num feriae quaedam piscatorum essent, quod eos nullos videret. «Nullae, quod sciam,» ille, «sed hic piscari nulli solent. Itaque heri mirabar quid accidisset.» 60. Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi. Ergo et Pythius et omnes aliud agentes, aliud simulantes perfidi, improbi, malitiosi. Nullum igitur eorum factum potest utile esse, cum sit tot vitiis inquinatum. Su tale fonte, cfr. KASER, *Unlautere Warenanpreisungen*, cit., 133; A. WACKE, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List*, in *Zeitschr. Savigny-Stiftung Rechtsgeschichte. Rom. Abt.*, XCIV, 1977, 184 ss., in part. 201; R. BACKHAUS, *Ethik und Recht in Cicero, de officiis 3.12.50 ff.*, in *Humaniora. Medizin - Recht - Geschichte. Festschrift für A. Laufs zum 70. Geburtstag*, a cura di B.-R. Kern - E. Wadle - K.-P. Schroeder - C. Katzenmeier, Berlin et al., 2005, 3 ss., in part. 18, nt. 74.

un prezzo più alto dalla vendita di un fondo rivierasco, aveva pagato dei falsi pescatori affinché esibissero al pubblico i molti pesci (falsamente) pescati dalle rive del fondo. In questo modo, Pythius voleva convincere il potenziale acquirente Gaius Canius che l'acquisto del fondo gli avrebbe procurato un'abbondanza di pesce. Il racconto di Cicerone e la fattispecie descritta da Ermogeniano consentono dunque di capire che frodi del genere, consistenti nel consapevole utilizzo di informazioni false, dovettero avere una certa diffusione nei mercati.

In conclusione, nell'ammettere la liceità dei comportamenti dei contraenti volti a raggirarsi a vicenda anche attraverso lo sfruttamento delle maggiori informazioni possedute, i giuristi si mostrano in una certa misura consapevoli delle esigenze economiche connesse alla realtà del mercato. Allo stesso tempo, però, i giureconsulti, configurando l'illiceità delle condotte caratterizzate dall'uso fraudolento delle informazioni possedute al fine di ottenere un prezzo più alto (o un canone più basso), paiono aver posto un limite chiaro ai comportamenti opportunistici delle parti, in modo da configurare dei rimedi che tutelassero adeguatamente i soggetti coinvolti dalle transazioni commerciali.

Per questi motivi, se lette congiuntamente, le soluzioni dei giuristi classici qui ripercorse, per quanto focalizzate sui rimedi a disposizione delle parti contrattuali, sembrano aver altresì contribuito a creare un quadro giuridico in grado di tutelare la prosecuzione delle transazioni, rendendo più affidabile il mercato, e a scongiurare così la crisi del medesimo.

b) I limiti alla ricerca del proprio vantaggio attraverso la pubblicità. Liceità della mera pubblicità vs. responsabilità civile per promesse di qualità. – Un altro limite della ricerca del proprio vantaggio tramite lo sfruttamento dell'asimmetria informativa pare potersi percepire dal discrimine, tracciato dai giuristi romani, tra le conseguenze della mera pubblicità dei beni offerti e quelle delle promesse di determinate qualità dei medesimi³².

³² Su questa parte, cfr. ancora WILLEMS, *Feilschen*, cit., sezioni III.1 e III.2 (in corso di stampa).

Per rilevare una tale distinzione, bisogna anzitutto tenere conto di

D. 4.3.37 (Ulp. 44 *ad Sab.*): *Quod venditor ut commendet dicit, sic habendum, quasi neque dictum neque promissum est. si vero decipiendi emptoris causa dictum est, aequae sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio.*

Ulpiano chiarisce che le dichiarazioni sulla merce fatte dal venditore al fine di alienare il bene non dovessero valutarsi alla stregua di dichiarazioni o promesse formali (*quasi neque dictum neque promissum est*): pertanto, pare potersi evincere che, secondo il giurista, la mera pubblicità della merce offerta dal venditore sul mercato sarebbe stata lecita e di per sé non vincolante³³. Lo stesso Ulpiano però, poco oltre, prospetta conseguenze diverse nell'ipotesi in cui il venditore avesse fatto dichiarazioni allo scopo di ingannare il compratore (*si vero decipiendi emptoris causa dictum est*). In tale caso, per quanto il venditore non avrebbe risposto come se avesse promesso determinate qualità della merce, sarebbe stato comunque responsabile *de dolo* (*ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio*)³⁴.

Dunque, anche la soluzione appena ripercorsa, pur incentrata sulla necessità di tutelare il compratore dalle dichiarazioni ingannevoli, pare presupporre che il giurista fosse consapevole che le 'dichiarazioni pubblicitarie' fossero necessarie, entro certi limiti, per la prosecuzione degli scambi commerciali.

Il risultato cui giungono i giuristi si mostra diverso qualora il venditore avesse promesso che il bene oggetto di vendita avesse determinate caratteristiche o fosse privo di determinati difetti. A questo proposito, possiamo ricordare che sebbene, in linea di principio, si sarebbe applicata al contratto di compravendita la regola del *caveat emptor* (per cui l'acquirente doveva assicurarsi che l'oggetto

³³ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I-II, Napoli, 1956, 212; KASER, *Unlautere Warenanpreisungen*, cit., 127; WACKE, *Circumscribere*, cit., 196 s.

³⁴ Per un approfondimento sulla configurazione e il fondamento della responsabilità *de dolo*, cfr. KASER, *Unlautere Warenanpreisungen*, cit., 136 s.; G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, 36 ss.

della vendita soddisfacesse le sue aspettative)³⁵, gli edili curuli – i magistrati aventi giurisdizione sul mercato – imposero ai venditori di schiavi (*mancipia*) e di animali da tiro (*iumenta*) di informare i compratori di determinati difetti dei beni al momento della vendita, configurando una responsabilità del venditore per l'omissione di tali dichiarazioni³⁶.

È sempre Ulpiano, in un frammento (D. 21.1.1.1)³⁷ già oggetto di ampia disamina in dottrina³⁸, che ci informa dell'obbligo del venditore di fornire al compratore le informazioni sulle malattie, sui difetti fisici (*morbus*, *vitium*) e sulla condizione di fuggitivo o vagabondo dello schiavo (*fugitivus*, *erro*), nonché sulle conseguenze della commissione di un illecito da parte di quest'ultimo (*noxave solutus non sit*). Perciò, se torniamo ora a D. 4.3.37, appare possibile dedurre che gli edili curuli, oltre alla responsabilità del venditore per i c.d. *Kardinalfehler* qui rammentata, configurarono nel loro editto anche

³⁵ Così, W. ERNST, § 79. *Klagen aus Kauf (actio empti, actio venditi)*, in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, a cura di U. Babusiaux - C. Baldus - W. Ernst, F.-S. Meissel - J. Platschek - T. Rübner, Tübingen, 2023, 2039 ss., in part. 2208, ove ulteriori indicazioni bibliografiche.

³⁶ ERNST, *Klagen*, cit., 2217 s.

³⁷ D. 21.1.1.1 (Ulp. 1 ad ed. aed. cur.): *Aiunt aediles: «Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitium cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntiant. quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum acquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. item si quod mancipium capitale fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntiant: ex his enim causis iudicium dabimus. hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur, iudicium dabimus».*

³⁸ Cfr. R. ORTU, *Aiunt aediles...: Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell'editto de mancipiis emundis venundis*, Torino, 2008, 69 ss.; CERAMI - PETRUCCI, *Diritto commerciale*, cit., pp. 301 ss.; L. DE LIGT, *Roman Law, Markets and Market Prices*, in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, a cura di P. du Plessis - C. Ando - K. Tuori, Oxford, 2016, 660 ss., in part. 665; ERNST, *Klagen*, cit., 2226.

la responsabilità di quest'ultimo per le promesse relative ad altre caratteristiche dell'oggetto venduto (*dicta, promissa*), in particolare per quelle che avevano determinato un aumento del prezzo, come attesta la parte finale di D. 18.1.43 pr. (Florent. 8 *inst.*: ...*nam hoc ipso pluris vendit*)³⁹.

Di conseguenza, da questi riscontri sembra evincersi che i giuristi romani tracciarono una netta distinzione tra il rilievo delle dichiarazioni per raccomandare la merce (*ut commendet*) e le promesse di determinate qualità dei beni venduti (*dictum neque promissum*). Le prime, che paiono configurare una mera pubblicità dei beni, erano considerate lecite e non vincolanti, mentre le seconde facevano sorgere una responsabilità civile del venditore verso il compratore.

Possiamo quindi evidenziare che le soluzioni dei giuristi appena ripercorse, così come le tutele processuali predisposte dagli edili curuli in esse menzionate, pur mostrando in primo luogo la necessità di tutelare il compratore dalle dichiarazioni ingannevoli o dall'omissione di dichiarazioni nevralgiche in ordine al bene venduto, contribuirono verosimilmente a risolvere il problema dell'asimmetria informativa e a favorire, in questo modo, la prosecuzione delle transazioni all'interno di un mercato affidabile⁴⁰.

In conclusione, le testimonianze fin qui esaminate paiono rivelare, a uno sguardo d'insieme, che i giuristi e magistrati romani presumibilmente percepirono, anche se in maniera embrionale, i rischi connessi al rallentamento e alla crisi del mercato, così come la necessità di evitarli. Ecco perché, al termine di queste prime considerazioni, sembra assumere ancora più valore un'intuizione di Berthold Kupisch risalente a una ventina di anni fa (e approfondita da alcune indagini recenti⁴¹), che suggeriva la possibilità di considerare l'elabo-

³⁹ Sul punto, cfr. ancora ERNST, *Klagen*, cit., 2241 ss.

⁴⁰ Per una recente interpretazione in questo senso, cfr. B. ABATINO - G. DARI-MATTIACCI, *The Dual Origin of the Duty to Disclose in Roman Law*, in *Roman Law and Economics*, II, cit., 401 ss.

⁴¹ Quali, ad esempio, quelle di M. ZIMMERMANN, *Die Haftung des Reeders mit der actio exercitoria: Ein Beitrag zur ökonomischen Analyse des römischen Rechts*, in *Zeitschr. Savigny-Stiftung Rechtsgeschichte. Rom. Abt.*, CXXIX, 2012, 554 ss., C. WILLEMS, *Roman Law and Economics - Ökonomische Analysetools als Erweiterung des „klassischen“ romanistischen Methodenspektrums*, in *St. doc. hist. et iur.*, LXXXIII, 2017, 521 ss., in part. 530 ss., così come le opere citate *supra* ntt. 25 e 27.

razione giurisprudenziale romana come testimonianza di un'analisi economica del diritto «avant la lettre»⁴².

3.2. Passiamo ora al secondo gruppo di fonti che, come già anticipato, riguarda il diritto ereditario romano⁴³. Per poter meglio valutare come tali fonti siano collegate all'esigenza di fronteggiare diversi tipi di crisi, giova fornire alcune brevi indicazioni relative a quello che, semplificando, potremmo definire il regime generale o ordinario del testamento nel diritto romano.

Come è noto, in linea di principio, un cittadino romano poteva fare validamente testamento soltanto rispettando una serie di formalità strettamente ritualizzate. Tuttavia, in tempi di crisi, il rispetto del formalismo testamentario poteva risultare estremamente difficoltoso: esso richiedeva necessariamente tempo e implicava alti costi di transazione, sebbene la minaccia di una crisi imminente o una crisi già in atto facessero crescere il bisogno di testare in maniera più rapida e agile. Già da queste semplici considerazioni si comprende perché, dal periodo arcaico fino alla tarda antichità, nel diritto ereditario romano si prospettò la necessità di affrontare i vari tipi di crisi tramite disposizioni volte ad attenuare il formalismo testamentario.

a) *La deroga al formalismo testamentario nel caso di una guerra imminente. Il testamentum in procinctu.* – Fin dall'età arcaica, dato che i cittadini potevano validamente esprimere le loro ultime volontà attraverso il c.d. *testamentum calatis comitiis*, cioè di fronte all'assemblea del popolo rappresentata dai *comitia calata*⁴⁴, si sentì il bisogno di ricorrere a un regime derogatorio nel caso di un imminente scontro bellico. Si tratta del regime del c.d. *testamentum in pro-*

⁴² B. KUPISCH, *Römische Sachmängelhaftung: Ein Beispiel für die Ökonomische Analyse des Rechts?*, in *Tijdschr. Rechtsgesch.*, LXX, 2002, 21 ss., in part. 54.

⁴³ Con riguardo alle problematiche affrontate in questa sezione, cfr. C. WILLEMS, *Managing Crises by Way of Ritualization and Exception in Roman Testamentary Succession Law*, in *Rom. Leg. Trad.*, XVIII, 2022, 1 ss.

⁴⁴ Sulla composizione e sul funzionamento dei *comitia calata*, cfr. A. CORBINO, *La nozione di comitia calata*, in *Iura*, XLII, 1991, 145 ss., e, per un accurato approfondimento recente, C. RINOLFI, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant ... aut in procinctu. Testamenti, diritto e religione in Roma antica*, Torino, 2020, 63 ss., ove altra letteratura.

*cinctu*⁴⁵, cioè del testamento «sul piede di guerra»⁴⁶, descritto nelle *Institutiones* di Gaio.

Gai 2.101: *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

Gaio riferisce che in epoca arcaica (*initio*) i testamenti potevano essere di due tipi: *calatis comitiis* e *in procinctu*. Il giurista racconta, in relazione al primo tipo, che i *comitia calata* si riunivano solo due volte all'anno (il 24 marzo e il 24 maggio)⁴⁷: possiamo perciò intuire che, nel caso di una guerra imminente, il rituale necessario ai fini della validità del testamento potesse risultare impossibile da rispettare, anche se, proprio in tale momento, l'esigenza di fare testamento sarebbe stata, con tutta verosimiglianza, particolarmente sentita dai cittadini romani, in ragione dell'elevato rischio di cadere in battaglia.

Comprendiamo così le necessità che portarono alla predisposizione del regime del *testamentum in procinctu*, illustrato da Gaio poco oltre: in tale ipotesi le volontà testamentarie sarebbero state validamente espresse di fronte all'esercito pronto e armato (*expeditus et armatus exercitus*), cioè schierato per lo scontro bellico. Infine, visto che lo stesso giurista ci informa che i due testamenti si distinguevano perché il primo veniva effettuato in una situazione di pace e

⁴⁵ Per l'etimologia dell'espressione, cfr. L. MINIERI, *Il testamentum in procinctu*, in *St. doc. hist. et iur.*, LXIV, 1998, 256 ss.

⁴⁶ Così, M. BALZARINI, *Le Istituzioni di Gaio. Traduzione italiana*, Torino, 2000, 82.

⁴⁷ O. BEHREND, *Der Vertragsgedanke im römischen Gesetzesbegriff auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Der erfragte Wille der Wehrgemeinde, die Fortbildung der Rechtsordnung durch die Bürgervertretung und die Ideologie des Gesetzgebungsauftrags*, in *Gesetz und Vertrag*, a cura di O. Behrends - C. Starck, I, Göttingen, 2004, 24 (= Okko Behrends: *Zur römischen Verfassung. Ausgewählte Schriften*, a cura di M. Avenarius - C. Möller, Göttingen, 2014, 240); T. RÜFNER, § 18. *Das testamentum per aes et libram und andere Formen letztwilliger Verfügungen*, in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, cit., 518 ss., in part. 520 ss.

tranquillità, mentre il secondo praticamente in battaglia (*alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri*), troviamo conferma del fatto che, alla base della deroga, vi fosse la situazione eccezionale rappresentata dalla guerra imminente e dalla crisi militare a essa collegata.

Cionondimeno, la deroga descritta nelle Istituzioni gaiane si mostra comunque attenta a rispettare la *ratio* che era alla base del *testamentum calatis comitiis*. Infatti, a ben riflettere, siccome l'esercito romano era composto da tutti i cittadini che si sarebbero altrimenti riuniti nei *comitia*, il *testamentum in procinctu* sarebbe stato fatto di fronte alle stesse persone che avrebbero assistito al *testamentum calatis comitiis*, riunite però in una diversa sede. Di conseguenza, non ci troviamo di fronte a un altro rituale, ma a una mera modifica del rituale ordinario⁴⁸, la quale, ancora una volta, bilanciava attentamente i diversi interessi in gioco: da un lato, quello del singolo a testare prima di intraprendere la battaglia e, dall'altro lato, quello più generale di sottoporre il testamento al controllo delle *familiae* che formavano la comunità di Roma, in quanto le dichiarazioni testamentarie avrebbero inciso sull'assetto giuridico ed economico delle medesime.

Per questi motivi, il regime arcaico del *testamentum in procinctu* può essere considerato il primo esempio, nel diritto ereditario romano, di una soluzione giuridica fondata sulla consapevolezza delle conseguenze di uno scontro bellico, ossia di una crisi militare. Si tratta perciò di un regime che appare caratterizzato dalla finalità di gestire tale crisi in maniera efficace, tramite l'introduzione di una deroga – sebbene ancora ritualizzata e dalla portata circoscritta – rispetto al regime ordinario previsto in tempo di pace.

b) La deroga al formalismo testamentario nel caso di un'epidemia. Il *testamentum tempore pestis conditum*. – Per comprendere il secondo esempio, molto più tardo, proveniente dal diritto ereditario romano, è opportuno rammentare alcune altre informazioni sul regime ordinario del testamento riferite da Gaio.

⁴⁸ Al proposito, RÜFNER, § 18. *Das testamentum*, cit., 524, parla infatti di «bloße Abwandlung des Testaments vor der Volksversammlung».

Il giurista (in Gai 2.103)⁴⁹ ci informa che, con il passare del tempo, entrambi i tipi di testamento descritti in precedenza caddero in desuetudine, mentre si continuò a utilizzare il c.d. *testamentum per aes et libram*, un atto librare ritualizzato, che, per essere validamente compiuto, richiedeva la compresenza di sette persone, oltre al testatore: il *libripens*, il *familiae emptor* e cinque testimoni⁵⁰. In seguito, però, questo rituale perse la sua funzione originaria: il *libripens* e il *familiae emptor* vennero considerati alla stregua di altri due testimoni e il pretore cominciò a considerare validi anche i testamenti redatti per iscritto, purché sigillati da sette testimoni che non ne conoscessero il contenuto⁵¹. Ma anche questa procedura, con tutta verosimiglianza, divenne problematica sul finire dell'epoca classica e nelle epoche successive, soprattutto nel caso di epidemie e delle conseguenti crisi sanitarie.

Una simile osservazione deriva in primo luogo dal fatto che, nel III secolo d.C., l'Impero romano fu colpito prima dalla c.d. peste di Cipriano (249-262 d.C.), una pandemia influenzale o una febbre emorragica virale da filovirus (come l'ebola)⁵², e poi, all'epoca di

⁴⁹ Gai 2.103: *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abiierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur quam olim solebat. namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*

⁵⁰ Cfr. RÜFNER, § 18. *Das testamentum*, cit., 531 s.

⁵¹ Per approfondimenti sulle modifiche e sugli sviluppi del regime testamentario appena ricordati, cfr. C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *The Late Roman Law of Inheritance: The Testament of Five or Seven Witnesses*, in *Inheritance, Law and Religions in the Ancient and Mediaeval Worlds*, a cura di B. Caseau - S.R. Huebner, Paris, 2014, 229 ss., in part. 229 e 231; RÜFNER, § 18. *Das testamentum*, cit., 536 s. e 543 s. Per le modalità di confezione dei testamenti attestate nella prassi, cfr. M. AVENARIUS, *Formularpraxis römischer Urkundenschreiber und ordo scripturae im Spiegel testamentsrechtlicher Dogmatik*, in *Ars iuris: Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag*, a cura di M. Avenarius - R. Meyer-Pritzl - C. Möller, Göttingen, 2009, 13 ss.

⁵² K. HARPER, *The Fate of Rome: Climate, Disease, and the End of an Empire*, Princeton NJ, 2017, 136 ss.

Diocleziano, da diverse ondate di vaiolo⁵³. A esse si collega probabilmente un rescritto emanato da tale Imperatore nel 290 d.C.

C. 6.23.8 (Idem AA. [= Impp. Diocl. et Maxim.] Marcellino). *Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de iure laxatum est: non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum sollemnitas perempta est. 1. Testes enim huiusmodi morbo oppresso eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata.* (s. k. Iul. ipsius IIII et III AA. cons.).

Con questo rescritto, Diocleziano sembra confermare una precedente legislazione, di cui però non ci è giunta traccia, che esentava i testimoni del testamento da alcune formalità necessarie ai fini della validità dell'atto (*aliquid de iure laxatum est: non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum sollemnitas perempta est*), in ragione di un'epidemia che aveva fatto sorgere, nei medesimi testimoni, il timore di essere contagiati (*timor contagionis, quae testes deterret*).

Dato che il testo del rescritto appare poco chiaro in vari punti, la portata precisa dell'intervento imperiale è, ancora oggi, oggetto di dibattito tra gli studiosi. In particolare, risulta incerto se i verbi *iungi atque sociari* debbano essere intesi come un'endiadi (e dunque in modo «sostanzialmente pleonastico»⁵⁴) o se siano piuttosto riconducibili a due significati diversi⁵⁵. Seguendo quest'ultima ipotesi, quindi, il provvedimento avrebbe esentato i testimoni non solo dal riu-

⁵³ S. WINKLE, *Geißeln der Menschheit: Kulturgeschichte der Seuchen*, Berlin, 2014³, 840.

⁵⁴ CHERCHI, *L'indulgenza*, cit., 146.

⁵⁵ In favore del significato sostanzialmente identico può segnalarsi che – sebbene qualche secolo dopo (seconda metà del VI secolo d.C.) – nella *Summa Codicis* di Stephanos conservata in Bas. 35.2.7, i due termini vengono resi con una sola parola, l'avverbio *κεχωρισμένως*, che significa 'separatamente'. Perciò, alla luce dei Basilici, i due verbi *iungi atque sociari* avrebbero indicato la rinuncia all'*unitas loci* (cioè che i testimoni e il testatore si riunissero nello stesso luogo). Sul punto, cfr. L. DESANTI, *Dominare la prassi. I rescritti diocleziani in materia di successioni*, in *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'impero*, a cura di W. Eck - S. Puliatti, Pavia, 2018, 527 ss., in part. 542; CHERCHI, *L'indulgenza*, cit., 148; SCIANDRELLO - CHERCHI, *Formalismo*, cit., 151.

nirsi con il testatore malato nel luogo in cui egli avrebbe confezionato il testamento (*iungi*), ma anche dal riunirsi gli uni con gli altri (*sociari*), partecipando al rito «alla spicciolata»⁵⁶.

Nonostante tale incertezza, la disposizione appena ripercorsa pare mostrare in maniera abbastanza chiara che la legislazione imperiale prese in considerazione la necessità del testatore di testare in modo valido in occasione di una crisi sanitaria determinata da un'epidemia, tenendo conto dei rischi e delle conseguenze collegate a tale crisi, in particolare rispetto ai testimoni – il pericolo del contagio e la loro conseguente indisponibilità a riunirsi –, ma anche, più in generale, con riguardo alla necessità di contenere il propagarsi del morbo. Va però sottolineato che dal provvedimento risulta anche che Diocleziano non permise il superamento degli altri aspetti del regime ordinario ai fini della validità del testamento (*non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum sollemnitas perempta est*) e, segnatamente, del requisito generale relativo al numero complessivo dei testimoni (*non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata*).

Di conseguenza, da questa soluzione sembra potersi evincere una consapevolezza abbastanza sviluppata della crisi sanitaria, così come la volontà di gestirla efficacemente attraverso una deroga collegata alla situazione eccezionale da essa determinata, deroga che, da un lato, permetteva una deviazione rispetto al rito testamentario ordinario, ma garantiva, dall'altro lato, che il testamento mantenesse anche in tale situazione i requisiti che ne avrebbero assicurato la segretezza e l'immodificabilità. Per queste ragioni, la costituzione appena ripercorsa può essere considerata una soluzione giuridica particolarmente significativa per fronteggiare la crisi sanitaria, mediante un'attenuazione (seppur circoscritta) del formalismo testamentario ordinario.

c) *La deroga al formalismo testamentario nel caso di una crisi personale. Il testamento olografo.* – Passiamo ora al terzo esempio, la co-

⁵⁶ Così, A.D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte: Profili de diritto ereditario romano*, Torino, 1991, 34; WILLEMS, *Zwischen Infektionsschutz*, cit., 630 ss.; ID., *Managing Crises*, cit., p. 16; RÜFNER, § 18. *Das testamentum*, cit., 553.

stituzione conservata in Nov. Val. 21.2, la quale attesta che, in un'epoca ancora più tarda (446 d.C.), l'Imperatore Valentiniano III giunse, per la prima volta nel diritto ereditario romano, a riconoscere validità al testamento olografo. Tuttavia, tale provvedimento ebbe, con tutta probabilità, un'applicazione cronologicamente limitata, dal momento che, a differenza della *lex* di Diocleziano appena esaminata, non fu incorporato nel secondo *Codex* giustiniano del 529 d.C.⁵⁷

Il caso che portò l'Imperatore a prendere posizione sul problema della validità del testamento olografo è illustrato nella prima parte della costituzione:

Nov. Val. 21.2 pr. (Idem AA. [= Impp. Theodos. et Valentin.] Albino II pp. et Patricio): *Cum sciamus et divos principes et clementiam nostram condendarum legum fomitem frequenter invenisse de precibus, iuvat ex facto, quod nuper evenit, cunctis profutura sancire. Inlustrem feminam Pelagiam cum Micce inlustris femina dictare vellet heredem, sed testium copiam non haberet, per holografam scripturam votum circa praedictam supremae prodidit voluntatis. Nam, quod solum potuit secretius licere morienti, indicem iudicii sui paginam Caesario viro spectabili tribuno et notario fratris sui filio secreta commisit, quem natalium decus et propinquitatis religio fidem cogerent servare defunctae. Nec sane electionis suae cura testatricem fefellit. Desideriis amitae Caesaris obsecutus chartam fidei suae creditam iuris et conscientiae memor eadem qua sumpserat simplicitate divulgavit. Sed inlustris heres ab ambitu cupiditatis aliena nihil de successione praesumpsit, nihil de corporibus hereditariis vindicavit intra hos modestiae terminos manens, ut subdito precibus ultimae voluntatis arbitrio non prius se putaret heredem, nisi nos causae iustitiam probaremus. Recensitis igitur omnibus defunctae iudicium roboramus, cui praeter filium fratris et litteras suas testes habere non licuit. Idcirco inlustris femina Pelagia pro ea parte, qua heres scripta est, defunctae potietur arbitrio.*

⁵⁷ B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955², 53; SCIANDELLO - CHERCHI, *Formalismo*, cit., 283 nt. 11; RÜFNER, § 18. *Das testamentum*, cit., 550.

La novella imperiale, già oggetto di ampia attenzione in dottrina⁵⁸, riguarda una donna di rango illustre⁵⁹ che si chiamava Misce, la quale, non avendo possibilità di reperire i testimoni nel numero richiesto, scrisse a mano il suo testamento al fine di istituire erede un'altra donna di rango illustre di nome Pelagia (*per holografam scripturam votum circa praedictam supremae prodidit voluntatis*). Misce trasmise quindi il testamento a suo nipote Cesario, il figlio di suo fratello, affinché quest'ultimo, in virtù del suo alto rango e del rispetto per la vicina parente, desse attuazione alle ultime volontà della zia.

In seguito alla morte della testatrice, Cesario, al fine di dare attuazione alla volontà della defunta, rese noto il contenuto del testamento, ma poiché Pelagia non osava avvalersi della sua posizione di

⁵⁸ W. BROCK, *Das eigenhändige Testament: Darstellung seiner geschichtlichen Entwicklung, sowie seiner Voraussetzungen und Wirkungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1900, 4 ss.; R. PARKER, *History of the Holograph Testament in the Civil Law*, in *The Jurist*, III, 1943, 1 ss., in part. 4 s.; P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. II. Le costituzioni*, in *St. doc. hist. et iur.*, XLVIII, 1982, 1 ss., in part. 19 (= ID., *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, 176 ss., in part. 199); M. BEUTGEN, *Die Geschichte der Form des eigenhändigen Testaments*, Berlin, 1992, 14 s.; B. SIRKS, *Making a Request to the Emperor: Rescripts in the Roman Empire*, in *Administration, Prosopography and Appointment Policies in the Roman Empire: Proceedings of the First Workshop of the International Network Impact of Empire (Roman Empire, 27 B.C - A.D. 406), Leiden, June 28-July 1 2000*, a cura di L. de Blois, Amsterdam, 2001, 121 ss., in part. 132 s.; A. ARRIMADAS GARCÍA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, in *Estudios Jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, a cura di J. García Sánchez - P. de la Rosa Díaz - A.J. Torrent Ruiz, I, Salamanca, 2002, 61 ss.; G. WESENER, *Ephemere Besonderheiten des spätrömischen Erbrechts. Zur Frage des Fortlebens rechtlicher Institute*, in *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, a cura di H. Altmeyden et al., Heidelberg, 2009, 1401 ss., in part. 1414 s.; M. NOWAK, *Wills in the Roman Empire: a Documentary Approach*, Warsaw, 2015, 69 s.; C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, *Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo de Roma al Código civil español*, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo VIII. Derecho de Sucesiones*, a cura di A. Murillo Villar - O. Gil García, Madrid, 2021, 1533 ss.; RÜFNER, § 18. *Das testamentum*, cit., 549 s.

⁵⁹ Il rilievo, ai fini della decisione imperiale, del rango delle due donne coinvolte nella vicenda ereditaria è stato sottolineato da ARRIMADAS GARCÍA, *Algunas observaciones*, cit., 64: «la consideración social de los personajes que intervienen – tanto Misce como Pelagia son calificadas de *inlustres feminae*, y Cesáreo de *vir spectabilis* –, probablemente jugó un papel nada desdeñable en la adopción de la decisión».

erede senza l'autorizzazione imperiale (tanto che non prendeva nulla né rivendicava alcunché dal patrimonio della defunta), costei si rivolse direttamente all'Imperatore, sottoponendogli la questione⁶⁰.

Valentiniano III, dopo aver preso in esame le peculiarità del caso e, in particolare, l'impossibilità per la defunta di reperire i *testes*, se non suo nipote – nella peculiare modalità illustrata – e 'la propria scrittura' (*recensitis igitur omnibus defunctae iudicium roboramus, cui praeter filium fratris et litteras suas testes habere non licuit*), accordò validità al testamento, prescrivendo che Pelagia fosse considerata a tutti gli effetti erede *ex testamento* sulla base delle dichiarazioni di ultima volontà della defunta (*idcirco inlustris femina Pelagia pro ea parte, qua heres scripta est, defunctae potietur arbitrio*).

Tuttavia, l'Imperatore non si limitò a giudicare il caso in questione, ma colse l'opportunità per configurare una disciplina generale atta a risolvere i casi simili⁶¹:

Nov. Val. 21.2.1: *Ne tamen huius statuti salubritatem generi negemus humano, mansura iugiter lege decernimus, ut quisquis per holografam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium habeat liberam facultatem. Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur. Quibus erit de legibus nostris inter ipsa vitae deficientis pericula causatio, si propriae manus litteris scribere quos voluerint non sinantur heredes. Aliis testes itinerum necessitas, aliis solitudo villarum, aliis navigatio servis tantum comitibus expedita subducit. Aliorum testatas esse prohibent voluntates hi, qui velut obsessos conclavibus suis solent custodire languentes. Nostrae posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi. Late viam supremis aperimus arbitriis: si holografa manu testamenta condantur, testes necesarios non putamus. Scripto enim taliter sufficiet heredi adserere etiam sine testibus fidem rerum,*

⁶⁰ BROCK, *Das eigenhändige Testament*, cit., p. 6; PARKER, *History*, cit., 4; WESENER, *Ephemere Besonderheiten*, cit., 1415; SIRKS, *Making a Request*, cit., 132 s.; NOWAK, *Wills*, cit., 69; LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, *Algunas consideraciones*, cit., 1215.

⁶¹ LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, *Algunas consideraciones*, cit., 1219, nt. 12: «El emperador ve en la petición la expresión singular de una exigencia general que merece sea satisfecha».

dummodo reliqua congruere demonstret, quae in testamentis debere servari tam veterum principum quam nostrae praecipunt sanctiones, ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur. [...] (Dat. VII kal. Ian. Romae Aetio III et Symmacho VV. CC. cons. acc. VI kal. Ian. Romae. prop. V kal. Ian. In foro Traiani cons. suprascriptis).

Per quanto, nella prima parte della disposizione, Valentiniano III sembri riconoscere la *libera facultas* di testare validamente mediante testamento olografo a prescindere dalle oggettive difficoltà di ricorrere al rito ordinario⁶² (*ut quisquis per holografam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium habeat liberam facultatem*), il medesimo Imperatore si preoccupa poco oltre di limitare un simile diritto a ipotesi eccezionali in cui il testatore morente non potesse disporre del numero di testimoni necessario ai fini della validità del testamento (*multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur*).

In tali ipotesi, dunque, il testamento sarebbe stato valido anche se posto in essere senza la partecipazione dei testimoni, purché fosse stato scritto per intero dal *de cuius* (*si holografa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus*). Una simile disciplina viene giustificata sottolineando che sarebbe stato ingiusto che i testatori, proprio quando la loro vita era gravemente in pericolo, fossero obbligati a rispettare a un regime che non avrebbe permesso loro di testare di proprio pugno (*quibus erit de legibus nostris inter ipsa vitae deficientis pericula causatio, si propriae manus litteris scribere quos voluerint non sinantur heredes*)⁶³.

Poco più avanti, la novella precisa le ipotesi di grave difficoltà nel reperire i testimoni che avrebbero permesso di considerare valido il testamento olografo: l'ipotesi in cui il testatore versasse in una

⁶² In questo senso, LÓPEZ-RENDÓ RODRÍGUEZ, *Algunas consideraciones*, cit., 1216: «el emperador establece la validez del testamento per *holografam scripturam* como forma testamentaria general aplicable a todo el genero humano y a tal fin decreta que si cualquier persona prefiere establecer su última voluntad a traves de escritura ológrafa, tendrá libre facultad de hacerlo».

⁶³ BROCK, *Das eigenhändige Testament*, cit., 6 s.; PARKER, *History*, cit., 5, parla di «case of an emergency».

condizione di isolamento, sia perché si trovava in un luogo che avrebbe richiesto una lunga percorrenza per raggiungere i testimoni (*itinerum necessitas*), sia perché si trovava in casa da solo (*solitudo villarum*), oppure in viaggio per mare, accompagnato soltanto dai suoi schiavi (*navigatio servis tantum comitibus expedita*)⁶⁴. Inoltre, Valentiniano accenna espressamente ai casi in cui i malati non potevano reperire i testimoni perché il loro isolamento era causato da una condotta altrui particolarmente crudele, cioè il fatto che fossero tenuti sotto chiave da chi avrebbe dovuto prendersi cura di loro (*aliorum testatas esse prohibent voluntates hi, qui velut obsessos conclavibus suis solent custodire languentes*)⁶⁵.

Tuttavia, l'Imperatore, dopo avere ribadito che nei casi suindicati il testamento sarebbe stato valido anche in assenza di testimoni (*scripto enim taliter sufficiet heredi adserere etiam sine testibus fidem rerum*), precisa che le altre formalità testamentarie imposte dal regime ordinario avrebbero dovuto essere osservate (*dummodo reliqua congruere demonstret, quae in testamentis debere servari tam veterum principum quam nostrae praecipunt sanctiones*).

Di conseguenza, sebbene Nov. Val. 21.2, a differenza delle fonti già analizzate, prenda in considerazione ipotesi di crisi che riguardavano soltanto il testatore – dunque crisi individuali –, quali le particolari difficoltà logistiche in cui versava (isolamento), anche laddove fosse malato (crisi in senso medico), emerge con sufficiente chiarezza che, alla base della disciplina configurata da Valentiniano III, vi fossero la percezione della gravità di queste situazioni e la volontà di gestirle in maniera efficace.

Va inoltre sottolineato, in conclusione, che per quanto il rilievo di queste peculiari ipotesi di crisi portò, come nella costituzione di Diocleziano, a introdurre una deroga rispetto al rito testamentario ordinario, la deroga introdotta con Nov. Val. 21.2 appare ancora più importante rispetto a quella diocleziana. Una simile osservazione deriva infatti sia dal contenuto fortemente innovativo della novella,

⁶⁴ I quali, non essendo persone libere, non avrebbero potuto prestare valida testimonianza all'atto di ultima volontà. Sul punto, cfr. BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., 59 e 81 ss., in part. 84.

⁶⁵ BROCK, *Das eigenhändige Testament*, cit., 6; LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, *Algunas consideraciones*, cit., 1217.

sia dalla sua estensione *ultra petitum*, poiché, come abbiamo visto, Valentiniano colse l'occasione per ammettere il testamento olografo in ipotesi ulteriori rispetto a quella a lui sottoposta dalla richiedente Pelagia.

4. È giunto il momento di tirare le fila delle riflessioni fin qui prospettate ed evidenziarne il rilievo alla luce degli obiettivi che ci eravamo inizialmente posti.

Le fonti succintamente ripercorse, seppur focalizzate su problematiche giuridiche specifiche, paiono rivelare, a uno sguardo complessivo, che i magistrati, i giuristi classici e gli Imperatori tardoantichi predisposero soluzioni effettivamente capaci di fronteggiare e prevenire le crisi. Cionondimeno, per quanto le nostre testimonianze siano parse legate tra loro dal *fil rouge* rappresentato dalla nozione generale e immediata di crisi che abbiamo ricordato in apertura – una situazione grave ed eccezionale che determina una rottura dell'equilibrio preesistente –, non può disconoscersi che esse appaiano caratterizzate da diversi gradi di nitore in relazione alla specifica nozione di crisi presa in considerazione o presupposta.

Infatti, le fonti relative al diritto commerciale romano ci hanno permesso di rilevare che l'elaborazione dei mezzi di tutela delle parti dei contratti di compravendita e locazione ad opera dei giuristi classici (e, in relazione al primo contratto, anche degli edili curuli) contribuì verosimilmente a limitare le conseguenze determinate dall'asimmetria informativa sulla parte in possesso di minori informazioni⁶⁶.

Tali testimonianze, se collegate all'ammissione della possibilità per le parti di *se circumvenire*, di concordare un prezzo *iniustum* e di fare 'mera pubblicità' ai beni, che parimenti emerge dalle nostre fonti giurisprudenziali⁶⁷, mostrano inoltre che i giureconsulti contribuirono, più in generale, alla configurazione di un quadro normativo in grado di favorire la prosecuzione delle transazioni all'interno di un mercato affidabile e a prevenire, in questo modo, il rallentamento e la crisi del medesimo.

⁶⁶ In particolare, paiono potersi leggere in questa direzione D. 19.2.23, D. 19.1.49 e D. 4.3.37.

⁶⁷ D. 4.4.16.4, D. 19.2.22.3 e, ancora, D. 4.3.37.

Tuttavia, dal momento che queste soluzioni hanno consentito soltanto di dedurre che i giuristi classici percepirono un simile rischio, risulta difficile comprendere se e fino a che punto avessero maturato la nozione di crisi del mercato. Simili considerazioni ci inducono quindi a non spingerci oltre in relazione a tale aspetto e a limitarci a prospettare la possibilità che si trattasse di un'elaborazione embrionale.

Invece, le fonti relative alla materia successoria hanno consentito di individuare in modo più chiaro le crisi cui si riferivano, in virtù dell'indicazione delle situazioni eccezionali alla base delle deroghe introdotte rispetto al regime ordinario del testamento: la guerra imminente in Gai 2.101, il pericolo del contagio in C. 6.23.8 e le gravi condizioni di isolamento e malattia del testatore in Nov. Val. 21.2. Questi rilievi permettono quindi di percepire che i giuristi e i legislatori romani, nei diversi periodi cui abbiamo fatto riferimento, predisposero siffatte soluzioni sulla base di un'acquisita consapevolezza della crisi militare che sarebbe scaturita dalla guerra, così come della crisi sanitaria collegata al diffondersi di un'epidemia e delle crisi individuali rappresentate dalle gravi condizioni di isolamento e malattia del testatore.

Appare perciò più plausibile, soprattutto con riguardo alla crisi militare e alla crisi sanitaria, che le soluzioni giuridiche analizzate abbiano fatto leva su nozioni di crisi abbastanza sviluppate, probabilmente in virtù del loro reiterarsi con una certa frequenza nel corso dei secoli.

In conclusione, nonostante i limiti e le incertezze appena evidenziati, se ora torniamo a volgere lo sguardo agli strumenti giuridici predisposti dagli ordinamenti contemporanei per affrontare la recente crisi sanitaria ed economica globale, ci accorgiamo che le soluzioni elaborate dal diritto privato romano per gestire le crisi conservano utilità anche con riguardo alla riflessione più recente.

Infatti, dalle nostre fonti e, in modo particolare da quelle appartenenti al secondo gruppo, pare potersi percepire il tentativo della scienza giuridica di Roma antica di fornire all'ordinamento la duttilità necessaria per far fronte alle crisi mediante correttivi, più o meno circoscritti, del quadro normativo esistente. Tale tentativo, in ultima analisi, sembra aver contribuito a dotare l'ordinamento ro-

mano di quella caratteristica che, oggi più che mai, viene considerata indispensabile per consentire agli ordinamenti contemporanei di gestire efficacemente le crisi, cioè la resilienza.

Abstract

L'articolo si propone di evidenziare il contributo dei vari 'attori' della scienza giuridica romana all'elaborazione di soluzioni giuridiche idonee a fronteggiare e prevenire le crisi, anche in relazione agli interessi economici coinvolti. A tal fine, la prima parte dell'indagine si focalizza sul diritto commerciale romano e, in particolare, su alcuni frammenti giurisprudenziali in materia di compravendita e locazione, dai quali emerge come i giuristi classici abbiano contribuito a configurare un quadro normativo in grado di favorire le transazioni all'interno di un mercato affidabile e a prevenire, in questo modo, la crisi del medesimo. Nella seconda parte, la ricerca si appunta su altre fonti relative al diritto ereditario romano che permettono di ravvisare, alla base dell'introduzione di alcune deroghe al regime testamentario ordinario, la capacità dei giuristi e delle cancellerie imperiali di far fronte in maniera efficace ad altri tipi di crisi, quali quelle militari, sanitarie e individuali.

The paper aims at highlighting the contribution of the various 'actors' of Roman law and legal science to the development of legal solutions capable of addressing and preventing crises, also having an eye to the economic interests involved. To this end, the first part of the study focuses on Roman commercial law and, in particular, on some fragments on the law of sale and of lease and hire. In this part, it is argued that the classical jurists contributed to the development of a legal framework that favored transactions within a reliable market and thus prevented a so-called market crisis. In the second part, the study turns to sources related to the Roman law of testamentary succession. In this part, we argue that by introducing certain exceptions from the general formal requirements of a testament, the Roman jurists and the imperial administration proved themselves to be able to deal with other types of crises, such as military, health and individual crises, in an effective way.

VALENTINA CORONA

FAIR COMPETITION E SERVIZI DI TRASPORTO AEREO IN AMBITO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Premessa. *La fair competition* come esigenza internazionale. – 2. La liberalizzazione dei servizi aerei. – 3. Il regolamento (CE) n. 868/2004. – 3.1. Le vulnerabilità del regolamento. – 4. Il nuovo regolamento. – 5. Il rapporto tra il regolamento n. 712/2019 e gli accordi bilaterali. – 6. Conclusioni.

1. Tra i principali obiettivi del trasporto aereo internazionale vi è certamente la implementazione di condizioni di mercato improntate al rispetto delle regole della concorrenza leale, la c.d. *fair competition*.

Che si tratti di un'esigenza fondamentale del settore trova conferma nel fatto che già la Convenzione di Chicago sull'aviazione civile internazionale del 7 dicembre 1944 aveva previsto nel preambolo che i servizi di trasporto aereo debbano essere organizzati su una base di possibilità eguali per tutti e, all'art. 44, ha impegnato l'*International Civil Aviation Organization* (ICAO) a promuovere lo sviluppo del trasporto aereo internazionale in modo da garantire a tutti gli Stati contraenti la stessa possibilità di accedere all'esercizio delle imprese di trasporti aerei internazionali, evitando ogni discriminazione¹.

¹ In realtà l'ICAO, quale organizzazione intergovernativa, ha bisogno dell'unanime consenso dei suoi membri, vista l'assenza di poteri nelle materie economiche che, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, restano nella sovranità statale. Pertanto, è escluso ogni intervento autonomo con riferimento all'accesso al mercato, e tutti i servizi commerciali internazionali di trasporto aereo di passeggeri sono vietati se non espressamente consentiti. Si deve evidenziare, però, che la Convenzione non precisa alcuni dei concetti cardine, indispensabili ai fini del raggiungimento

Nonostante siano state intraprese molteplici iniziative volte a dare attuazione al principio di leale concorrenza a livello internazionale, la resistenza opposta da parte di molti Stati ha impedito la realizzazione di una adeguata cornice normativa di riferimento, indispensabile ai fini dello sviluppo della piena liberalizzazione di un mercato importante che, nonostante abbia un impatto economico superiore ai 2.7 trilioni di dollari, continua a essere regolato da un sistema frammentato di accordi di servizio bilaterali (*Bilateral Air Services Agreements*, c.d. ASAs)².

L'idea di base sottesa a questi accordi è che ciascuno Stato firmatario può far gestire alle proprie compagnie il mercato di riferimento, ma ciò si pone chiaramente in contrasto con quell'idea di eguale opportunità che dovrebbe portare le compagnie a competere senza alcun ausilio statale.

Tale situazione ha legittimato, da una parte, l'approvazione di leggi restrittive in un contesto in cui i servizi aerei internazionali all'interno del territorio di uno Stato restano soggetti a condizioni e termini speciali, e dall'altra ha legittimato gli Stati a prevedere sussidi a favore delle compagnie nazionali³.

degli scopi dichiarati, come ad esempio cosa si intenda per «*opportunità comparabili*», «*possibilità per tutti*» e «*non discriminazione*». Le ragioni di tale mancanza sono ben analizzate da A. LYKOTRAFITI, *What does Europe do about fair competition in international air transport? A critique of recent actions*, in *Common Market Law Review*, 57 (2020), 831 ss., secondo il quale la Convenzione è stata redatta alla fine della Seconda guerra mondiale e, al tempo, parlare di eguale possibilità e concorrenza leale implicava semplicemente che gli Stati avrebbero partecipato ai servizi di trasporto aereo in condizioni di eguaglianza. Le condizioni storiche, politiche ed economiche che hanno portato all'approvazione della Convenzione hanno codificato un protezionismo economico dovuto, in particolare, alla diversa situazione in cui si trovava la fiorente industria aeronautica degli Stati Uniti alla fine della guerra, e gli altri Paesi (in specie la Gran Bretagna) che invece avevano visto distruggere la propria. Proteggere le compagnie inglesi dal gioco della concorrenza del mercato significava evitare che le compagnie americane riuscissero a garantirsi il monopolio di tutti i servizi aerei internazionali.

² V. A. LYKOTRAFITI, *What does Europe do about fair competition in international air transport? A critique of recent actions*, cit., 835 ss., il quale rileva come attualmente esistono circa 4.000 accordi bilaterali nati e sviluppatisi secondo l'idea di base di mirare a garantire una eguaglianza di effetti e non di opportunità.

³ In tal senso v. *amplius* M. GERGELY, *Fair Competition in International Air Transport*, in *Air and Space Law*, vol. 45, Issue 1 (2020), 1 ss.

L'attuale significato di concorrenza leale nel trasporto aereo è, ovviamente, cambiato anche perché, pur nel contesto degli accordi bilaterali, le compagnie godono di maggiore libertà. L'assenza di una disciplina multilaterale determina, però, la perdurante assenza di una nozione comune⁴.

È, comunque, innegabile che l'esigenza di garantire delle regole certe a livello internazionale continui a rappresentare un obiettivo di carattere generale, soprattutto a seguito della crescita che sta interessando la parte orientale del mondo e della conseguente espansione delle c.d. compagnie del Golfo, con i disequilibri tra Europa e Stati Uniti che ne sono derivati.

In tale contesto l'Europa ha giocato un ruolo fondamentale nel processo di regolazione del mercato aereo anche se, talvolta, le reazioni a livello internazionale sono state tutt'altro che positive (si pensi alla disciplina relativa alle emissioni ma, soprattutto, a quella concernente la protezione dei passeggeri) e ciò si è tradotto in un effetto di ritorno negativo per le compagnie europee perché, a fronte di una disciplina infracomunitaria particolarmente restrittiva, si trovano a subire la concorrenza da parte dei vettori extraeuropei che non sono vincolati da tali norme.

⁴ Evidenzia A. LYKOTRAFITI, *What does Europe do about fair competition in international air transport?*, cit., 832, che l'ICAO ha chiaramente stabilito che non esiste una definizione delle condizioni che determinano la parità, ed è inverosimile che si possa raggiungere un consenso generale sul punto. Si veda ICAO, *Working PaperATConf/6-WP/4 (Fair Competition in International Air Transport)*, 4 dicembre 2012. Deve, tuttavia, riconoscersi la spinta che l'ICAO ha dato in tal senso con la pubblicazione della guida operativa contenuta nel Manuale relativo al trasporto aereo internazionale e, in particolare, con le clausole-tipo relative alla concorrenza leale. Cfr. Capitolo IV (Doc 9626) del Manuale sulle Regole relative al trasporto aereo internazionale, terza edizione, 2018, e Appendice 1 al Doc 9587 *Policy and Guidance Materiale on the Economic Regulation of international Air Transport*, 2016. Le clausole sulla concorrenza sono normalmente redatte in tre versioni: tradizionale, transitoria e completamente liberalizzata. La clausola 15, in particolare, prevede che ogni compagnia ha «*fair [and equal] opportunity to operate*» (tradizionale); «*fair and equal opportunity to compete*» (transitoria) con la precisazione per cui ogni parte conviene «*to eliminate all forms of discrimination or unfair competitive practices adversely affecting the competitive position of a designated airline of the other Party*»; e «*a fair competitive environment under the competition laws of the Parties*» (totalmente liberalizzata). Per un approfondimento v. M. GERGELY, *Fair Competition in International Air Transport*, in *Air and Space Law*, cit., 16 ss.

2. In ambito europeo, per quanto concerne specificamente le regole sulla concorrenza, l'idea di fondo è il raggiungimento di una totale liberalizzazione del mercato e la creazione di un contesto unitario in cui far crescere le condizioni di concorrenza che conducono all'incremento e miglioramento dei servizi con una generalizzata diminuzione dei prezzi.

Si tratta di un processo iniziato nel 1986 con l'adozione dell'Atto unico europeo, che ha trovato una progressiva concretizzazione attraverso le misure introdotte dai c.d. tre pacchetti, ossia una serie di regolamenti e direttive che hanno previsto le procedure per l'attuazione delle norme degli artt. 85 e 86 del Trattato⁵.

Tutto l'impianto europeo si fonda sulla previsione degli artt. 101-109 del TFUE che vietano, da una parte, le condotte che possono incidere negativamente sulla concorrenza (abusi di posizione dominante o cartelli) e dall'altra non consentono gli aiuti di Stato, se non in casi molto limitati, generalmente circoscritti all'esigenza di perequazione in situazioni particolari di carattere geografico o economico, e nel rispetto di rigorosi requisiti di ammissibilità.

Oltre i confini europei, però, la situazione è differente. Già dagli anni Settanta le esigenze protezionistiche e le regole di concorrenza leale hanno cominciato a creare problemi di conflitto. Paradigmatico è il caso degli Stati Uniti che nel 1974 adottarono l'*International Air Transportation Fair competitive Practices Act* (IATFPCA) in

⁵ Più esattamente fanno parte del primo pacchetto i regolamenti CEE n. 3975/1987 e n. 3976/1987, la direttiva n. 87/601/CEE, e la decisione del Consiglio n. 87/602/CEE. I regolamenti hanno specificato le regole sulla concorrenza applicate alle imprese di trasporto aereo; la direttiva ha, invece, definito le norme in materia tariffaria, e la decisione ha stabilito le quote di ripartizione di passeggeri e le regole di accesso ai servizi di linea. Il secondo pacchetto, invece, è stato attuato con i regolamenti CEE n. 2342/1990, n. 2342/1990 e n. 2344/1990 che hanno regolato le tariffe e la ripartizione delle quote di passeggeri nel contesto dei traffici intracomunitari. Col terzo pacchetto, infine, sono stati emanati 5 regolamenti (nn. 2407-2408-2409-2410-2411 del 23 luglio 1992) che hanno ulteriormente modificato le norme sull'accesso, tariffazione e capacità dei vettori all'interno del mercato comunitario. Il più recente reg. (CE) n. 1008/2008 ha coordinato tutta la normativa di settore, con l'abrogazione della disciplina contenuta nel terzo pacchetto e provvedendo alla definitiva unificazione del mercato. Per un approfondimento v. A.M.L. SIA, *La disciplina dei servizi aerei*, in *Codice dei trasporti*, di L. Tullio - M. Deiana, Milano, 2011, 100 ss.

risposta alle discriminazioni subite dalle proprie compagnie in certi Paesi relativamente ai diritti aeroportuali, autorizzando il governo a intervenire – fondamentalmente con un intento di ritorsione – imponendo tasse aggiuntive alle compagnie di quegli Stati, quando operanti negli Stati Uniti. Nel 1978 l'atto è stato ampliato con l'approvazione dell'*International Air Transportation Competition Act* (IATCA), il cui oggetto erano le pratiche discriminatorie, predatorie ed anti-competitive perpetrate ai danni dei vettori americani ovvero le ingiustificate o irragionevoli restrizioni per il loro accesso al mercato. In questi casi si consentiva al Dipartimento dei trasporti di agire in via sommaria, sospendendo, modificando o limitando le autorizzazioni di traffico delle compagnie di quei Paesi, fino ad arrivare alle restrizioni direttamente tra Stati.

Il dibattito sulla concorrenza leale nel trasporto aereo internazionale ha, dunque, visto contrapporsi i vettori europei – che hanno dovuto attendere il processo di liberalizzazione avvenuto con i tre pacchetti – con il resto del mondo e, soprattutto, con le compagnie nordamericane, le quali da tempo avevano subito un profondo processo di privatizzazione. Tuttavia, fino all'accordo *open skies* del 1992, i sussidi percepiti sotto forma di aiuti di Stato rappresentavano più un problema nazionale che internazionale visto che le compagnie americane avevano, a loro volta, beneficiato di aiuti e privilegi statali in diverse occasioni.

L'apertura dei mercati nazionali ha avuto l'effetto di aprire la strada alle liberalizzazioni a livello internazionale, di cui l'accordo *open skies* americano del 1992 costituisce l'emblema, la cui *ratio* riposava sull'idea che non dovessero esserci restrizioni relativamente a capacità e frequenze, per le rotte e i diritti di traffico, sullo sfondo di una tariffazione liberamente determinata dal mercato. In sostanza si intendevano liberalizzare non solo i mercati aeronautici tra gli Stati Uniti e l'Europa, ma si andava oltre perché l'ambizione era di instaurare relazioni di tal genere anche con altre regioni del mondo. Fu così che il concetto di concorrenza leale cominciò ad avere un nuovo significato, nel senso che non era più una «*fair opportunity to operate*» ma una «*fair and equal opportunity to compete*».

Da un punto di vista fattuale, non si può negare che l'esistenza di pratiche sleali poste in essere da vettori aerei extraeuropei è diffu-

samente percepita, anche se non è mai stata oggetto di formali ricorsi.

Il fenomeno, però, sfugge a un effettivo controllo perché esiste un'amplessissima gamma di misure che si collocano in una sorta di zona grigia. Spesso, ad esempio, esiste un controllo statale sulle imprese, o una commistione tra autorità nazionali e autorità di controllo, così che sono finanziati gli aeroporti in cui la compagnia di bandiera ha il proprio *hub*, con effetti discriminatori nei confronti degli altri vettori. In certi casi le agevolazioni per le imprese nazionali sono più evidenti perché si adottano delle misure discriminatorie verso i vettori europei nell'assegnazione degli *slot*, nell'imposizione di tasse aeroportuali maggiori, nell'aggravio di procedure doganali, in limitazioni nell'impiego di infrastrutture aeroportuali per i passeggeri e simili.

Il problema, dunque, deriva dal fatto che all'interno dell'area comune europea le regole sono rigide, ma nei rapporti con i Paesi terzi le norme sulla concorrenza sono contenute solo negli accordi bilaterali esistenti⁶.

⁶ È stato rilevato che esistono due tipi di accordo. Il primo intercorre con i Paesi confinanti come i Balcani, la Georgia, Israele, la Giordania, la Moldavia e il Marocco, ai quali è imposta l'accettazione integrale delle norme sulla concorrenza, oltre che di tutti gli altri standard vigenti nell'area comune. Il secondo, invece, riguarda partner strategici come gli Stati Uniti e il Canada, con i quali esistono accordi che si fondano sui principi di libero accesso e cooperazione. Vi sono poi gli accordi bilaterali con cui ogni singolo Paese UE regola i diritti di traffico. Si tratta, tuttavia, di una categoria di dubbia legittimità e, a seguito dell'intervento del 2002 della Corte di giustizia europea che ne ha rilevato il contrasto con il Trattato, circa 1.100 accordi sono stati modificati. V. *Commission Staff Working Document - Impact assessment - Accompanying the document proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on safeguarding competition in air transport, repealing Regulation (EC) n. 868/2004*, elaborato dalla commissione tecnica l'8 giugno 2017, SWD(2017) 182 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/ALL/?uri=CELEX:52017SC0182>. Per la giurisprudenza europea v. Commissione v. Regno Unito, in causa C-466/98, EU:C:2002:624; Commissione v. Danimarca, in causa C-467/98, EU:C:2002:625; Commissione v. Svezia, in causa Case C-468/98, EU:C:2002:626; Commissione v. Finlandia, in causa C-469/98, EU:C:2002:627; Commissione v. Belgio, in causa C-471/98 EU:C:2002:628; Commissione v. Lussemburgo in causa C-472/98, EU:C:2002:629; Commissione v. Austria, in causa C-475/98; Commissione v. Germania, in causa C-476/98, EU:C:2002:631. In tali procedimenti la Corte di giustizia ha delineato le rispettive competenze tra Unione eu-

Il riequilibrio delle condizioni di accesso al mercato passa per un coordinamento delle norme che regolano il mercato interno con quelle internazionali, cui fa da corollario il definitivo superamento del bilateralismo⁷.

Un primo passo in tal senso può essere visto dal riconoscimento operato dalla Corte di giustizia nel 2002 relativamente ai poteri della Commissione, la quale ha avuto il mandato dal Consiglio per negoziare accordi bilaterali per conto degli Stati membri, in modo da rappresentare al meglio i loro interessi, oltre che quelli dell'UE⁸. Una volta ottenuto un mandato sostanzialmente in bianco, la Commissione ha potuto sviluppare la propria politica per l'aviazione, il cui pilastro fondamentale è costituito proprio dalla concorrenza leale, la quale passa per la promozione di una convergenza normativa nel contesto di accordi raggiunti non più dai singoli Stati UE e Paesi terzi ma direttamente dalla stessa UE e quei Paesi individuati dalla Commissione nel proprio programma⁹.

3. La concorrenza tra compagnie, spinta dalla liberalizzazione del mercato internazionale del trasporto aereo, ha eroso importanti quote di traffico ai danni dei vettori europei¹⁰.

ropea, singoli Stati membri e Paesi terzi, stabilendo che, sebbene gli Stati non abbiano rinunciato alla loro sovranità ai fini della conclusione degli accordi bilaterali con Paesi terzi, la Commissione ha competenza esclusiva quando esistono norme uniformi che perseguono l'armonizzazione di un determinato settore ovvero stabiliscono un certo trattamento nei rapporti con i terzi. Proprio questa seconda ipotesi sarebbe presente in molteplici ambiti dell'aviazione, come ad esempio i livelli tariffari dei servizi aerei di compagnie extraeuropee all'interno di rotte infraeuropee.

⁷ V. la Comunicazione della Commissione «*An aviation strategy for Europe*» del 2015, in https://ec.europa.eu/transport/modes/air/aviation-strategy_en.

⁸ V. Comunicazione della Commissione sulle relazioni tra la Comunità e Paesi terzi nel campo del trasporto aereo, COM(2003)94.

⁹ V. Comunicazione della Commissione, *Developing the agenda for the Community's external aviation policy*, COM(2005)79 final, 11 marzo 2005.

¹⁰ Il generale processo di liberalizzazione che ha caratterizzato il mercato internazionale del trasporto aereo ha creato un'inedita concorrenza tra compagnie, con un crescente sviluppo del mercato da e verso l'Europa ai danni dei vettori dell'Unione. Le perdite sono avvenute soprattutto a vantaggio dei vettori mediorientali e le previsioni vedono una costante crescita che sposta l'asse dello sviluppo verso

Una politica economica relativa al mercato dei trasporti volta al recupero della competitività deve, innanzitutto, proteggere i vettori dalle pratiche commerciali scorrette, di modo che anche la concorrenza esterna sia improntata all'apertura, reciprocità ed equità e non sia distorta da pratiche sleali (come l'applicazione di tasse nazionali diverse, la congestione aeroportuale, gli oneri connessi alla gestione del traffico aereo, gli aiuti di Stato, il costo delle emissioni di biossido di carbonio)¹¹.

Il primo tentativo di regolare il fenomeno è avvenuto con il regolamento (CE) n. 868/2004, specificamente volto a contrastare le pratiche degli aiuti di Stato e dalla tariffazione sleale ai danni di vettori comunitari nei servizi di collegamento aereo tra Europa e Paesi terzi¹².

Tra le ragioni che hanno dato una spinta all'approvazione di tale regolamento, quella evidenziata dalla stessa Commissione si riconnette alla reazione del governo statunitense agli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 che, da una parte, è intervenuto accollandosi l'aumento dei costi contro il rischio di guerra, dall'altra ha stanziato un sistema di aiuti sotto forma di sovvenzioni dirette e garanzie sui

l'Asia e il Medio Oriente. V. in tal senso la Comunicazione della Commissione *The EU's external Aviation Policy - Addressing Future Challenges*» (COM(2012)556), 27 settembre 2012, consultabile nel sito https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/modes/air/international_aviation/doc/com_2012_556_en.pdf. Secondo le stime della IATA la regione dell'Asia/Pacifico, ed in particolare la Cina, e quella del Medio Oriente saranno protagonisti di una crescita fortissima, con gli Emirati Arabi Uniti che raggiungeranno la quota di 29.2 milioni di passeggeri (con un tasso di crescita del 6.6%) mentre l'Europa avrà una percentuale di gran lunga inferiore (3.9%).

¹¹ Cfr. la Relazione alla Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla tutela della concorrenza nel settore del trasporto aereo, che abroga il regolamento (CE) n. 868/2004, dell'8 giugno 017 COM(2017)289 final, 2017/0116 (COD) in <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/COM-2017-289-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>, 3; cfr. altresì la Relazione sulla politica estera dell'UE in materia di aviazione – Affrontare le sfide future (2012/2299(INI)) – Commissione per i trasporti e il turismo – A7-0172/2013 del 14 maggio 2013, consultabile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0172+0+DOC+PDF+V0//IT>.

¹² Per un'analisi critica del regolamento v. anche V. CORONA, *La nuova proposta europea sulle unfair practices*, in *Riv. dir. nav.* 2018, 1, 103 ss.

prestati, per compensare la chiusura dello spazio aereo nei giorni successivi agli attentati e, più in generale, per limitare le perdite che ne sono derivate¹³. La reazione europea è stata, invece, molto diversa perché la Commissione UE aveva immediatamente precisato alle compagnie che gli aiuti di Stato sarebbero stati ammissibili solo per la perdita del traffico riferita al periodo di chiusura dello spazio aereo americano.

Gli aiuti concessi alle compagnie statunitensi, dal canto loro, hanno consentito a quei vettori di ridurre il costo dei biglietti nelle rotte transatlantiche da e verso l'Europa, e ciò ha avuto delle ripercussioni economiche molto gravi rispetto ai concorrenti comunitari¹⁴.

Di fronte a tale situazione la Commissione europea, pur riconoscendo che la condizione americana fosse del tutto eccezionale, evidenziò subito che non si sarebbe potuto accettare un provvedimento di tale portata, perché si venivano a determinare delle gravi distorsioni della concorrenza tra Stati e tra compagnie¹⁵.

In realtà, un secondo fattore – non dichiarato ma forse più importante – che ha dato l'impulso definitivo alla genesi del regolamento sembra essere stato il tentativo di contrastare la crescita smisurata delle c.d. compagnie del Golfo (in particolare Emirates, Qatar Airways e Ethiad Airways) e, più in generale, l'esigenza di far fronte alle differenze strutturali tra il mercato europeo, fortemente regolato e liberalizzato, e il mercato internazionale, sulla scorta di quanto già avvenuto in campo marittimo con il regolamento (CEE) n. 4057/86¹⁶.

¹³ V. Comunicazione dalla Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *The Repercussions of the Attacks in the United States on the Air Transport Industry*, COM(2001)574 final, 10 Ottobre 2001, par. 5.1. Per un'analisi del rapporto tra gli eventi dell'11 settembre 2001 e l'approvazione del regolamento v. S. McGO-NIGLE, *Past its use-by date: Regulation 868 concerning subsidy and State aid in international air services*, in *Air & Space Law* 2013, 1 ss.

¹⁴ Nel *Commission Staff Working Document*, cit., 34, si sottolinea come proprio l'esigenza di contrastare il provvedimento americano ha fatto incentrare il regolamento sugli aiuti di Stato e le pratiche tariffarie sleali.

¹⁵ Comunicazione dalla Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *The Repercussions of the Attacks in the United States on the Air Transport Industry*, cit.

¹⁶ La politica di contrasto ai vettori del Golfo non ha dato, in realtà, i risultati sperati, anche se ha convogliato gli sforzi della politica europea sul problema della

Il regolamento (CE) n. 868/2004 è nato, dunque, con l'obiettivo di consentire alla Commissione di riequilibrare il mercato in caso di accertati aiuti di Stato concessi a vettori extraeuropei o di pratiche tariffarie sleali capaci di causare un grave danno all'industria comunitaria.

3.1. Nonostante le importanti ambizioni, per molteplici ragioni il regolamento si è rivelato un sostanziale fallimento, come riconosciuto dalle stesse istituzioni europee.

In primo luogo, i comportamenti oggetto di disciplina erano le sovvenzioni e le pratiche tariffarie sleali. Ai sensi dell'art. 4, perché l'aiuto potesse essere qualificato come «sovvenzione» era necessario il ricorrere di condizioni oggettive e soggettive. In particolare, doveva trattarsi di un contributo finanziario, come un trasferimento diretto di fondi – sotto forma di contributi, prestiti, iniezioni di capi-

concorrenza leale a livello internazionale. Nel 2016 il Consiglio ha autorizzato la Commissione a negoziare accordi con gli Emirati Arabi e con il Qatar, incentrati proprio sulle regole di correttezza, con meccanismi di attuazione forti per evitare distorsioni della concorrenza e abusi. Diversamente da quanto ha fatto il Qatar, gli Emirati Arabi non sono giunti alla conclusione di alcun accordo globale con l'UE. In realtà gli Emirati Arabi avevano già concluso accordi bilaterali con la gran parte dei Paesi europei, cui si aggiungeva l'accordo del 2002 con gli USA, così che non avevano alcun particolare interesse ad accettare le condizioni previste all'accordo quadro della Commissione UE – ed in particolare le norme sulla concorrenza leale – senza avere nessun vantaggio in termini di mercato, ed anzi avendo sperimentato atteggiamenti ostili nei confronti delle loro principali compagnie (Emirates e Etihad). Anche altri Stati hanno manifestato scarso interesse alla conclusione di accordi bilaterali con l'UE ispirati all'attuazione dei principi di leale concorrenza. Ad esempio, nel 2011 erano state avviate le negoziazioni con il Brasile per un accordo di carattere globale ma la firma è stata posticipata per due volte, fintanto che nel 2017 il Brasile ha definitivamente dichiarato di non aver alcun interesse alla sottoscrizione per la mancanza del riconoscimento dei diritti di traffico da parte dell'UE. Le negoziazioni, quindi, si sono fermate nel 2018, ed il Brasile ha cominciato a concludere accordi bilaterali col Regno Unito, l'Olanda e il Lussemburgo, riuscendo a garantire alle proprie compagnie i c.d. «*fifth freedom rights*». Tra l'altro nel 2011 il Brasile ha siglato un accordo con gli USA – la cui entrata in vigore è avvenuta il 18 marzo 2018 – che ha previsto una totale liberalizzazione dei servizi aerei. Attualmente l'Europa sta negoziando un accordo interregionale con la Associazione degli Stati del sud est asiatico, che costituirà il primo accordo del tipo *block-to-block*. Per un approfondimento v. A. LYKOTRAFITI, *What does Europe do about fair competition in international air transport?*, cit., 845, 846.

tale, potenziali trasferimenti diretti di fondi o assunzioni di responsabilità, come le garanzie sui prestiti – o rinuncia a somme dovute o fornitura di beni o servizi diversi da quelli connessi alle infrastrutture generali o acquisto di beni o servizi.

Sotto il profilo soggettivo, poi, l'aiuto doveva provenire da un governo o un ente regionale o altra organizzazione di tipo pubblico di un Paese non europeo o, eventualmente, anche un soggetto di natura privata, titolare di funzioni normalmente svolte dal governo.

Dal punto del beneficiario, doveva trattarsi di un soggetto certo e specifico, ossia una impresa o gruppo di imprese operante sotto la giurisdizione dell'autorità concedente.

La disciplina del regolamento n. 868/2004 era molto diversa da quella prevista per gli aiuti di Stato dall'art. 107 del TFUE¹⁷. In particolare, dal punto di vista sostanziale, il regolamento sulle *unfair practices* si incentrava sul concetto di beneficio ma senza dare una definizione del suo significato, laddove il TFUE si indirizza alla repressione di una distorsione o una minaccia di distorsione della concorrenza, e codifica una nozione ampia di sussidio che comprende anche i privilegi di tipo fiscale. Inoltre, solo per gli aiuti di Stato si prevedeva una verifica della compatibilità con il mercato interno, nel senso che mancava una condizione di procedibilità nel caso di aiuto di scarsa entità¹⁸.

Ancora, in base al Trattato, ai fini della valutazione dell'esistenza di un aiuto di Stato, è necessario verificare l'applicabilità del principio dell'«investitore in un'economia di mercato», per il quale l'aiuto non potrà essere considerato incompatibile se, nelle mede-

¹⁷ Già a partire dalla formulazione letterale, il regolamento riprendeva dalla legislazione internazionale il termine «sovvenzione» o «*subsidy*», ed infatti la definizione contenuta nell'art. 4 del regolamento riproduce quella adottata dal WTO nell'*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* del 15 Aprile 1994. Cfr. *EU Regulation 868 of 2004: Report of A Unilateral Approach on Regulating Unfair Subsidisation and Unfair Pricing Practices and Its Failure*, in <http://eala.aero/wp-content/uploads/2016/11/EU-Regulation-868-of-2004.-Report-of-a-unilateral-approach-in-regulating-unfair-subsidisation-and-unfair-pricing-practices-and-its-failure.pdf>.

¹⁸ Si tratta dell'applicazione del principio *de minimis* che costituisce una sorta di filtro procedurale originariamente elaborato per i casi di condotta anticoncorrenziale e poi esteso anche agli aiuti di Stato. Cfr. *EU Regulation 868 of 2004: Report Of A Unilateral Approach on Regulating Unfair Subsidisation and Unfair Pricing Practices and Its Failure*, cit., 7.

sime circostanze, lo stesso contributo avrebbe potuto essere garantito da un investitore privato in condizioni normali di mercato. In pratica in base a tale principio è ammissibile l'aiuto che sia necessario per lo sviluppo di certe attività economiche o per il salvataggio di un'azienda. Il reg. n. 868/2004, al contrario, non prevedeva alcun esonero.

Secondo l'art. 5 del reg. (CE) n. 868/2004 ricorreva, invece, un'ipotesi di pratica tariffaria sleale ogni volta che un vettore extra-comunitario avesse goduto di un vantaggio non commerciale in un servizio aereo verso l'UE, tale da consentirgli una capacità tariffaria sufficientemente inferiore a quelle offerte dai vettori europei e, quindi, tale da recare loro pregiudizio.

Non si chiariva, però, cosa si dovesse intendere per «*vantaggio non commerciale*». Riprendendo sostanzialmente la normativa europea *antidumping* (ossia gli strumenti di tutela utilizzati nel settore del commercio di beni, e dal regolamento (CEE) n. 4057/1986 per le pratiche sleali nel settore marittimo) si sono estesi all'ambito aeronautico concetti che scontano la complessità del sistema tariffario¹⁹. È chiaro, però, che in mancanza di una definizione della nozione di vantaggio non commerciale è impossibile determinare l'illiceità del comportamento²⁰.

¹⁹ Ad esempio, il reg. n. 868/2004 presupponeva la prova che i prezzi praticati dalla compagnia extraeuropea fossero sufficientemente più bassi rispetto a quelli praticati dai vettori comunitari, indicando una serie di fattori da analizzare nella comparazione tra tariffe. La tariffazione aeronautica, però, è fortemente dipendente da una serie di variabili, come la data del viaggio, l'anticipo con cui il biglietto è stato acquistato e la sua flessibilità, le tariffe offerte dai concorrenti. Tutto questo avrebbe presupposto l'accesso da parte dei vettori europei ad informazioni finanziarie talmente dettagliate da rendere la prova completamente impraticabile.

²⁰ In ambito marittimo esiste un solo precedente riferito al regolamento (CEE) n. 4057/86, che ha affrontato il problema della qualificazione del beneficio, in cui si è stabilito che il diritto esclusivo di trasportare alcune tipologie di merci strategiche, così come i benefici fiscali o cancellazione di somme dovute non hanno carattere commerciale. Cfr. *EU Regulation 868 of 2004: Report Of A Unilateral Approach on Regulating Unfair Subsidisation and Unfair Pricing Practices and Its Failure*, cit., 9 ss., che richiama il caso AT/39.850, *Hyundai Merchant Marine Co., Ltd.*, Regulation (EEC) No. 15/89, OJ L (1989). Applicando il principio al settore aeronautico si può ritenere, ad esempio, che la legislazione americana garantisca ai vettori nazionali un vantaggio non commerciale laddove prevede che ogni viaggio finanziato dal governo debba essere realizzato solo da compagnie di bandiera.

Un ulteriore e fondamentale presupposto ai fini dell'applicazione del regolamento era costituito dalla circostanza che la sovvenzione o la pratica tariffaria sleale producessero un danno – eventualmente da intendersi anche solo come pericolo – all'industria comunitaria, ossia al complesso dei vettori aerei comunitari che forniscono servizi di trasporto aereo simili o i vettori che, collettivamente considerati, rappresentano la maggioranza dell'offerta comunitaria globale di questi servizi (art. 3, lett. *b*). È chiaro che si trattava di un concetto difficile da considerare sotto molteplici profili, già a partire dall'individuazione del concetto di «*servizio di trasporto aereo simile*».

Al ricorrere delle condizioni previste, l'apertura del procedimento poteva avvenire su istanza di qualsiasi persona fisica o associazione o, eventualmente, anche d'ufficio da parte della stessa Commissione. Il presupposto, però, era che vi fossero prove sufficienti e ciò costituiva, verosimilmente, il reale *vulnus* del regolamento, in quanto le compagnie aeree dovevano dimostrare l'esistenza di un contributo pubblico a favore dei vettori extracomunitari, senza però avere alcuna possibilità di accedere a tali informazioni²¹.

Il procedimento poteva concludersi con l'applicazione di misure provvisorie o definitive, sotto forma imposizioni finanziarie (preferibilmente dazi), a condizione che la loro entità non fosse superiore all'importo totale delle sovvenzioni ovvero alla differenza tra la tariffa applicata dal vettore extraeuropeo e quella offerta dal vettore comunitario, potendo anche essere inferiore se ciò fosse stato sufficiente ad eliminare il pregiudizio (art. 12).

È chiaro che tale previsione non poteva esplicitare alcuna efficacia dissuasiva, e quindi era del tutto inidonea a garantire un'adeguata protezione.

²¹ Dal punto di vista internazionale alcuni Paesi (come USA, Australia e Nuova Zelanda) richiedono ai vettori stranieri particolari requisiti e condizioni per poter operare, comprese dettagliate informazioni finanziarie. Un sistema simile, però, non esiste a livello europeo nei confronti dei vettori extracomunitari, né vi sono altri metodi per ottenere coattivamente le informazioni necessarie. Anche negli accordi bilaterali di cui è parte l'Unione europea non è prevista alcuna clausola che disciplini le informazioni finanziarie dei vettori extraeuropei. Tutto ciò è percepito dall'industria aeronautica europea come un enorme ostacolo alla possibilità di agire efficacemente contro le pratiche sleali, ritenendosi indispensabile che l'accesso al mercato sia consentito solo in presenza di specifiche condizioni di trasparenza.

A ciò si aggiunga che nell'ambito del regolamento non potevano essere ricomprese una serie di utilità derivanti, ad esempio, da peculiari regimi fiscali o da un costo del lavoro inferiore: non trattandosi di sovvenzioni o vantaggi non commerciali, infatti, non potevano essere considerate come pratiche anticoncorrenziali²².

Infine, altro importante fattore di squilibrio non rientrante nella disciplina delle *unfair practices* scaturiva dalle restrizioni operative che i vettori europei subiscono in ragione delle norme volte a prevenire l'inquinamento acustico²³, ovvero quello che deriva dalla concorrenza dei vettori *low cost*, che costituisce un fenomeno prevalentemente europeo²⁴.

4. Il regolamento (CE) n. 868/2004 si è, dunque, mostrato inadeguato rispetto a un mercato complesso come quello aeronautico.

La stessa Commissione europea, nella relazione di accompagnamento alla proposta del nuovo regolamento, aveva ben evidenziato come la disciplina ivi prevista, nei suoi 15 anni di vigenza, non avesse mai trovato applicazione a causa delle molteplici vulnerabilità e, in

²² I Paesi in espansione, come quelli del Golfo, hanno una legislazione fiscale che prevede condizioni di particolare favore per le imprese, sia sul versante della tassazione sia su quello relativo al costo del lavoro. Non a caso nel *Commission Staff Working Document*, cit., 18, si afferma che in Europa esistono le migliori condizioni di lavoro per quanto riguarda, salute, sicurezza, trattamento sociale e diritti dei lavoratori. Secondo il CAPA (*Center for the Aviation is the leading provider of independent aviation market intelligence, analysis, reports and data services*) la principale fonte di vantaggio per Emirates deriva da un costo per lavoratore decisamente inferiore rispetto ai vettori europei. Ad esempio il costo medio per lavoratore sostenuto da IAG (*International Airlines Group*) è di circa 94.000 dollari, ossia l'80% più alto dei 51.500 dollari sopportati da Emirates, mentre la Virgin Atlantic spende il 9% in più della Emirates. Tra l'altro Emirates beneficia a Dubai anche dell'assenza di tasse sugli utili, e sopporta bassi costi pensionistici.

²³ Cfr. reg. (CE) n. 598/2014, che incide negativamente sulla capacità operativa degli aeroporti. Anche le norme a protezione dell'ambiente giocano un ruolo fondamentale in termini di maggiori oneri a carico delle compagnie, perché l'industria aeronautica è stata ampiamente coinvolta nell'attività volta a contrastare il fenomeno del cambiamento climatico. V. la Direttiva 2008/101/CE che, in linea con quanto previsto dall'ICAO, disciplina il *EU Emission Trading System* (ETS).

²⁴ Il sistema di gestione aziendale delle compagnie *low cost* ha influenzato anche la struttura delle compagnie tradizionali, rompendo l'equilibrio tra voli a corto/medio raggio e quelli a lungo raggio.

particolare, per l'estrema difficoltà di fornire la prova dell'esistenza del ribasso tariffario sleale; l'inesistenza di procedure specifiche per il caso di violazione degli obblighi stabiliti da accordi sul trasporto aereo; la natura eccessivamente restrittiva delle norme sull'apertura dell'inchiesta che, come detto, presupponevano l'esistenza di un danno all'industria comunitaria nel suo complesso²⁵.

Anche il Consiglio e il Parlamento europeo hanno condiviso le medesime considerazioni, giungendo alla conclusione che fosse assolutamente necessario procedere a una revisione globale²⁶.

In realtà, le ipotesi di intervento in campo erano diverse²⁷. Ad esempio, si poteva pensare di lasciare inalterato il regolamento esistente e di intensificare gli sforzi internazionali volti a proteggere i vettori europei dalle pratiche commerciali scorrette, da attuare attraverso specifiche negoziazioni in seno all'ICAO e al WTO²⁸, unitamente al rafforzamento dei rapporti con Paesi terzi in modo da creare un ambiente internazionale favorevole all'instaurazione della correttezza commerciale²⁹.

²⁵ Relazione 8 giugno 2017, COM(2017) 289 *final*, disponibile su <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/COM-2017-289-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>, 3. V. anche *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on safeguarding competition in air transport, repealing Regulation (EC) 868/2004*, COM(2017)289 *final*, 8 giugno 2019.

²⁶ Conclusioni del Consiglio del 20 dicembre 2012 sulla politica estera in materia di aviazione, e Risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2015 sulla messa in atto del Libro bianco 2011 sui trasporti.

²⁷ Sulle possibili alternative v. *amplius* V. CORONA, *La nuova proposta europea sulle unfair practices*, in *Riv. dir. nav.* 2018, cit., 124 ss.

²⁸ Relativamente all'attività da svolgersi presso l'ICAO si ritiene che l'UE dovrebbe intervenire per modernizzare la cornice di riferimento del mercato aeronautico internazionale, estendendone il ruolo anche in ambito economico.

²⁹ Ovviamente tale approccio è strettamente dipendente dalle controparti delle negoziazioni e dal peso che le istituzioni europee riescono ad avere. Da tale punto di vista sono particolarmente importanti gli Accordi sull'aviazione Euro-Mediterranea in cui sono dettagliatamente previste le norme volte a garantire la concorrenza leale e ad evitare gli aiuti di Stato. Ad esempio, per quanto concerne il Marocco, i rapporti sono improntati all'estensione delle regole europee sulla concorrenza a tutti i rapporti commerciali relativi allo scambio di beni e servizi tra le parti. In tale contesto gli aiuti di Stato non sono totalmente vietati ma deve essere provato che tali sussidi sono proporzionati allo scopo e sono previsti in modo tale

Si è, tuttavia, ritenuto opportuno agire soprattutto sul fronte legislativo, attraverso l'abrogazione del regolamento esistente e la sua sostituzione con un nuovo strumento che, sulla base dell'esperienza, potesse rimediare ai problemi applicativi emersi.

La soluzione adottata combina le modifiche legislative con le azioni di politica internazionale sottese all'elaborazione di accordi bilaterali con Paesi terzi, congegnati in modo da rendere sostanzialmente universale il principio di concorrenza leale.

La proposta per il nuovo regolamento ha trovato definitiva consacrazione nel regolamento (UE) n. 712/2019 del 17 aprile 2019, entrato in vigore il 30 maggio 2019³⁰, la cui disciplina cerca di rimediare alle mancanze della precedente, già a partire dal suo oggetto: come emerge dallo stesso titolo si tratta di tutelare *tout court* la concorrenza nel trasporto aereo e non semplicemente di offrire protezione contro le sovvenzioni e le pratiche tariffarie sleali³¹.

Le pratiche che distorcono la concorrenza si specificano nelle «*pratiche discriminatorie*» e «*sovvenzioni*».

Ai sensi dell'art. 2(8), costituisce pratica discriminatoria qualsiasi tipo di differenziazione priva di giustificazione, «riguardante la fornitura di beni o servizi, compresi i servizi pubblici, impiegati per la prestazione di servizi di trasporto aereo, o concernente il loro trattamento da parte delle autorità pubbliche competenti per tali servizi,

da minimizzare gli effetti negativi in capo ai vettori dell'altro Stato. Anche l'accordo che regola i rapporti tra Europa e Confederazione Svizzera riproduce le regole europee sulla concorrenza.

³⁰ Regolamento (UE) 2019/712 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 relativo alla tutela della concorrenza nel settore del trasporto aereo, e che abroga il regolamento (CE) 868/2004, O.J. 2019, L 123/4.

³¹ Come rilevato da M. GERGELY, *Fair Competition in International Air Transport*, cit., 18, le disposizioni del regolamento sono molto simili a quelle dell'ASA esistente tra EU e Qatar, siglato il 4 marzo 2019. V. https://ec.europa.eu/transport/modes/air/news/2019-03-04-eu-and-qatar-reach-aviation-agreement_en. Ad esempio la definizione di discriminazione è la stessa anche se nell'ASA sono indicate espressamente gli ambiti in cui si può presentare. Anche la definizione delle sovvenzioni è simile anche se rispetto all'accordo bilaterale manca il riferimento al principio dell'investitore in un'economia di mercato, esattamente come accadeva con il regolamento n. 868/2004, principio che, invece, è presente nella disciplina sugli aiuti di Stato ex art. 107 TFUE.

comprese le pratiche relative alla navigazione aerea o alle infrastrutture e ai servizi aeroportuali, il carburante, i servizi di assistenza a terra, la sicurezza, i sistemi telematici di prenotazione, l'assegnazione delle bande orarie, le tariffe e l'utilizzo di altre infrastrutture o altri servizi impiegati per la prestazione di servizi di trasporto aereo».

La definizione delle sovvenzioni, invece, non muta rispetto alla disciplina precedente in quanto si tratta di contributi finanziari concessi da un governo o altro organismo di natura pubblica aventi la forma di: (a) trasferimento diretto di fondi o potenziale trasferimento di fondi o passività (come sovvenzioni, prestiti, iniezioni di capitale, garanzie su prestiti, compensazione delle perdite operative o compensazione degli oneri finanziari imposti dalle autorità pubbliche); (b) rinuncia da parte del governo o di altro organismo pubblico a somme dovute o la mancata riscossione delle stesse, o ancora un trattamento fiscale preferenziale o incentivi fiscali come crediti di imposta; (c) fornitura o acquisto di beni; (d) versamenti per finalità di finanziamento o incarichi o ordini ad un organismo privato di svolgere le funzioni indicate. Tale sovvenzione deve conferire un vantaggio a un soggetto o industria o gruppo di soggetti o industrie che rientrano nell'ambito della competenza dell'autorità che la concede (art. 2.9).

L'ampliamento dello scopo del regolamento determina una estensione della sua copertura e, dunque, mentre la vecchia disciplina si applicava solo alle rotte da e verso l'Europa, la nuova non è limitata alle pratiche distorsive della concorrenza nelle rotte tra due città ma è riferibile a tutto il contesto della rete di trasporto aereo (considerando n. 15).

Ancora, la legittimazione alla presentazione della denuncia è stata estesa anche alle singole compagnie aeree oltre che ai singoli Stati membri, e l'onere della prova è stato alleggerito perché la denuncia può essere fatta anche se vi siano solo elementi di prova – e non la prova piena – di un pregiudizio o di una minaccia di pregiudizio³².

³² L'avvio dell'inchiesta, tuttavia, è subordinato alla prova di un danno attuale o potenziale nei confronti di una o più compagnie europee e del relativo nesso causale. Come rilevato da M. GERGELY, *Fair Competition in International Air Transport*, cit., 18, le disposizioni del regolamento sono molto simili a quelle dell'ASA esi-

L'inchiesta è avviata quando, a seguito di denuncia scritta da parte di uno Stato membro, o di uno o più vettori o di un'associazione di vettori dell'UE, o anche d'ufficio, vi siano elementi di prova sull'esistenza di una pratica che distorce la concorrenza da parte di un Paese terzo o di un soggetto di un Paese terzo, che rechi pregiudizio o minacci di danneggiare uno o più vettori europei e sia provato il relativo nesso causale. Deve inoltre risultare che il problema abbia carattere sistemico e che le ripercussioni siano significative.

L'apertura del procedimento – che deve avvenire entro 5 mesi dalla presentazione della denuncia – è articolata in quattro fasi. Nella prima si ha l'apertura formale con la notifica agli Stati membri e al Parlamento europeo; nella seconda si procede alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea di un avviso in cui sono indicati i soggetti interessati e i comportamenti da esaminare; la terza fase prevede la notifica ufficiale dell'apertura del procedimento ai rappresentanti del Paese terzo e al soggetto interessato; infine, vi è la comunicazione al denunciante e al comitato di controllo.

Col nuovo regolamento la Commissione ha visto un rafforzamento dei suoi poteri investigativi perché si prevede la possibilità di svolgere le inchieste nel territorio del Paese terzo, a condizione che il soggetto interessato abbia dato il suo consenso e il relativo governo sia stato ufficialmente informato e non abbia sollevato obiezioni (art. 5.8). Resta dunque necessario il consenso e ciò costituisce un *vulnus* che vanifica i poteri della Commissione. Il consenso, infatti, tendenzialmente indica che il comportamento non è vietato oppure che vi è intenzione di porvi fine e, quindi, l'attività investigativa di fatto diviene superflua perché il problema è risolto con l'eliminazione spontanea della pratica vietata. Al contrario, è proprio in assenza di collaborazione che dovrebbero essere rafforzati i poteri della Commissione. Sul punto l'art. 9 del regolamento prevede che nel caso in cui

stente tra EU e Qatar, siglato il 4 marzo 2019. V. https://ec.europa.eu/transport/modes/air/news/2019-03-04-eu-and-qatar-reach-aviation-agreement_en. Ad esempio, la definizione di discriminazione è la stessa anche se nell'ASA sono indicate espressamente gli ambiti in cui si può presentare la discriminazione. Anche la definizione delle sovvenzioni è simile, ma manca il riferimento al principio dell'investitore in un'economia di mercato, esattamente come accadeva con il regolamento n. 868/2004, principio che, invece, è presente nella disciplina sugli aiuti di Stato *ex* art. 107 TFUE.

vi sia un atteggiamento ostruzionistico – sia perché l'accesso alle informazioni è negato o non è dato nei termini previsti sia perché sono frapposti veri e propri ostacoli – la Commissione può elaborare le proprie conclusioni sulla base dei dati disponibili.

In ogni caso, devono essere valutati gli elementi di prova e gli altri fattori rilevanti, come la situazione dei vettori aerei comunitari interessati, la frequenza dei servizi, le quote di mercato, gli investimenti e l'occupazione, considerata la situazione generale dei mercati dei servizi di trasporto aereo interessati e, in particolare, si deve tener conto del livello di tariffe o tasse, della capacità e frequenza dei servizi di trasporto aereo e dell'utilizzo della rete.

Per quanto concerne le misure di riparazione, è ampliata la gamma di rimedi che possono essere imposti alle compagnie extraeuropee che beneficiano della pratica distorsiva della concorrenza e possono avere la forma di *obblighi finanziari* o *qualsiasi altra misura operativa di valore equivalente o inferiore* come la sospensione di concessioni, di prestazioni dovute o di altri diritti del vettore del Paese extra UE (art. 14). Tuttavia, è esclusa la possibilità di prevedere la sospensione o limitazione dei diritti di traffico concessi da uno Stato UE a un Paese terzo. Nella stessa ottica si prevede che, qualora l'UE abbia stipulato un accordo sui servizi aerei con uno Stato extraeuropeo, la Commissione possa sospendere l'inchiesta se appare preferibile definire il problema ricorrendo alle procedure di risoluzione delle controversie previste in tale accordo (art. 6).

L'inchiesta, tra l'altro, può essere chiusa anche qualora si ritenga che l'adozione di misure di riparazione sarebbe contraria all'interesse dell'UE (art. 13.2.b.) che, secondo quanto indicato dall'art. 3, si incentra sull'obiettivo prioritario di tutelare gli interessi dei consumatori e mantenere un elevato livello di connettività per i passeggeri e per l'UE.

Nello stesso senso si prevede la possibilità di sospendere l'inchiesta nel caso in cui gli Stati membri interessati chiedano di affrontare la pratica distorsiva della concorrenza nell'ambito delle procedure di risoluzione delle controversie applicabili in base agli accordi sul trasporto aereo conclusi con il Paese terzo interessato (art. 2.2).

È stato evidenziato che in queste disposizioni emerge chiaramente una maggiore propensione per le soluzioni di tipo politico

piuttosto che giuridico³³, e ciò perché l'efficacia del regolamento presuppone che siano riconosciute solo denunce legittime e che si possa giungere a una conclusione in tempi rapidi.

È difficile stabilire oggi se il regolamento sarà realmente efficace nel ripristinare le condizioni di concorrenza leale, specie con riferimento a discriminazioni nascoste come gli appesantimenti di procedure burocratiche.

Quantificare e monetizzare l'impatto di queste misure, così come provare il danno che ne deriva in modo da consentire di individuare le misure finanziarie o operative da imporre che abbiano un effetto equivalente, presuppone la necessità di produrre le prove e che sia possibile fare una difficile analisi economico-finanziaria. Sebbene il regolamento conferisca alla Commissione il potere di procedere alle ispezioni nel territorio del Paese terzo, si deve ricordare che a tal fine è pur sempre necessario un preavviso; inoltre, è del tutto improbabile che siano comminate misure per il rifiuto o ritardo nel consentire l'accesso alle informazioni richieste o, in generale, a seguito della frapposizione di ostacoli allo svolgimento delle indagini, se le prove non sono veramente solide e forti³⁴.

5. C'è un ultimo aspetto che merita attenzione e concerne il rapporto tra la normativa europea con gli accordi bilaterali esistenti, soprattutto in una prospettiva di compatibilità. Il regolamento, infatti, legittima un'azione unilaterale nel contesto di un accordo bilaterale o multilaterale, attribuendo particolare forza all'interesse di un Paese europeo³⁵.

La premessa fondamentale è che l'UE ha implementato nel tempo un sistema molto rigido di controllo sugli aiuti di Stato nel contesto di un mercato trasparente. La previsione di meccanismi ca-

³³ V. A. LYKOTRAFITI, *What does Europe do about fair competition in international air transport? A critique of recent actions*, cit., 849.

³⁴ In tal senso v. G. GOETEYN, K. KILLICK, *The new regulation on safeguarding competition in air transport: An effective enforcement tool?*, in Expert Guides, 17 maggio 2019, at www.expertguides.com/articles/the-new-regulation-on-safeguarding-competition-in-air-transport-an-effective-enforcement-tool/arbgfncw; v. anche A. LYKOTRAFITI, *What does Europe do about fair competition in international air transport? A critique of recent actions*, cit., 850.

³⁵ Su tale problematica cfr. A. LYKOTRAFITI, *op. cit.*, 855 ss.

paci di contrastare la situazione di aiuti illegali si inserisce nel contesto della valutazione dell'effettività del regime previsto per gli aiuti di Stato, sotto lo stretto controllo della Corte di giustizia. L'applicazione delle rigide regole che presidiano il mercato dei servizi aerei in Europa ha portato all'eliminazione di molte compagnie che non sono riuscite a sopravvivere alle dinamiche del mercato, e ciò sembra conferire una sorta di legittimazione etica alla richiesta fatta agli Stati terzi di adottare le medesime regole per le proprie compagnie.

Tutta la politica europea sull'aviazione è finalizzata all'attuazione della concorrenza in molteplici livelli; un tassello importante in tal senso è la creazione di un'area aeronautica comune con i Paesi terzi confinanti, in cui la condizione per poter accedere al mercato è il rispetto delle leggi europee, comprese quelle sulla concorrenza³⁶. La legittimazione dell'Unione europea a promuovere una convergenza in molti ambiti – come quello della concorrenza – deriva proprio dalla sua inflessibilità verso le proprie compagnie, come dimostra anche il reg. 261/2004 sulla protezione dei passeggeri aeronautici, che rappresenta forse l'esempio più paradigmatico di una politica rigorosa in nome di principi superiori come la tutela del consumatore o della concorrenza.

Fatta questa premessa, si tratta di capire se il regolamento (UE) n. 712/2019 determini una situazione di contrasto con eventuali accordi bilaterali esistenti che prevedono la soluzione dei problemi di concorrenza sleale attraverso il dialogo e le consultazioni.

In realtà l'azione unilaterale prevista dal regolamento si ferma quando sono attivati i meccanismi di risoluzione previsti dall'accordo bilaterale³⁷. Sebbene, infatti, il regolamento determini uno spostamento dei poteri dallo Stato membro alla Commissione, resta comunque la competenza del primo a concludere accordi bilaterali con altri Paesi. Tra l'altro l'Unione può stipulare ASAs con Stati terzi solo nell'interesse degli Stati europei se questi le attribuiscono uno

³⁶ V. in proposito la comunicazione della Commissione *The EU's external Aviation Policy - Addressing Future Challenges*» (COM(2012)556), 27 settembre 2012, cit.

³⁷ Al contrario il regolamento n. 868/2004 escludeva la possibilità di applicare qualsiasi altra disposizione derivante da eventuali ASA tra l'UE e Paesi terzi. V. art. Art. 1, in combinato disposto con il considerando n. 5.

specifico mandato. Inoltre, come già evidenziato, quando sussiste un problema di concorrenza sleale nel contesto di un accordo bilaterale, lo Stato UE mantiene il potere di bloccare l'intervento della Commissione, in modo da risolvere la questione sulla base delle procedure previste dall'accordo.

Sebbene la Commissione conservi il potere di aprire l'inchiesta qualora la pratica distorsiva della concorrenza persista nonostante l'attivazione dei rimedi previsti dall'accordo, il regolamento è molto chiaro sul fatto che le misure non possono determinare una violazione di un accordo bilaterale esistente (art. 14.6).

Nel caso di accordi conclusi dall'UE con Paesi terzi, la Commissione vanta la discrezionalità di decidere se agire in base al regolamento medesimo o in base all'ASA, purché l'applicazione del primo non conduca ad una violazione del secondo (considerando n. 17).

La conclusione è che il rapporto tra il regolamento e gli accordi di traffico non è di incompatibilità ma di combinazione, perché il regolamento attribuisce maggiore coercibilità agli obblighi previsti dall'accordo, consentendo un intervento – sebbene in via di *extrema ratio* – nel caso in cui i rimedi convenzionali non siano sufficienti.

È stato acutamente osservato che, d'altronde, la coesistenza di un impianto normativo che si accompagna agli ASAs non è una novità introdotta con la disciplina europea, perché già nel 1975 gli Stati Uniti avevano approvato l'*International Air Transportation Fair Competitive Practices Act* (IATFCPA) in risposta alle pratiche discriminatorie subite da alcune compagnie americane in certi aeroporti.

In entrambi i casi si tratta di strumenti normativi nazionali che regolano aspetti che trovano una disciplina nel contesto di accordi internazionali bilaterali o multilaterali. Inoltre, sono atti normativi adottati in base alle richieste delle compagnie nazionali per problemi legati all'operatività in mercati stranieri e che, sotto le mentite spoglie del ripristino delle regole di concorrenza leale, mirano a proteggere i vettori nazionali. Sotto tale profilo il Senato americano ha sostenuto che le misure unilaterali sono pienamente conformi al diritto internazionale in base al principio di autodifesa anche nel caso in cui siano in contrasto con gli accordi bilaterali³⁸.

³⁸ Rileva A. LYKOTRAFITI, *op. cit.*, 858 che di fatto nessun provvedimento in base allo IATFCPA è mai stato preso contro un vettore straniero.

Il regolamento n. 712/2019 ha il vantaggio di arrivare molti anni dopo, in un contesto in cui negli accordi bilaterali è sempre più diffusa la codificazione del principio di leale concorrenza. Si è, in proposito, evidenziato che anche nel mercato dei servizi aerei esisterebbe un c.d. effetto Bruxelles, ossia la capacità delle misure prese all'interno dell'area unitaria di espandersi ai Paesi terzi perché tutti i vettori extracomunitari che intendono operare su tale mercato sono obbligati a rispettare gli standard europei, ma chiedono ai rispettivi governi di adottare standard corrispondenti anche a livello domestico in modo da assicurare l'applicazione delle medesime condizioni quando concorrono coi vettori nazionali nel mercato interno³⁹.

Poiché si tratta di servizi regolati dagli accordi bilaterali, l'Europa non può introdurre nuovi standard o modificare quelli esistenti senza il consenso della controparte dell'ASA. Inoltre, sebbene sia possibile denunciare l'accordo bilaterale per violazione di quanto ivi previsto, si tratta di un'ipotesi irrealistica perché ciò andrebbe a ripercuotersi su tutto il mercato aeronautico.

Infine, considerato che la concorrenza leale nel trasporto aereo internazionale dipende anche da aspetti trasversali come la tassazione, la disciplina del lavoro, la protezione dei diritti dei passeggeri, la tutela dell'ambiente, e simili, a meno che tali aspetti siano regolati dall'accordo bilaterale o da una convenzione internazionale l'UE non ha alcun diritto di regolare l'operatività delle compagnie straniere sulla base dei suoi standard sostenendo che le compagnie europee sono costrette a rispettare determinate norme.

È comunque chiaro che il processo di europeizzazione è rafforzato dal fatto che la Commissione ha il potere di negoziare gli accordi bilaterali per conto degli Stati membri e quindi di introdurre in tali ASAs alcuni parametri che hanno influenza sulla concorrenza, sulla base di quanto previsto dal regolamento n. 712/2019.

6. L'esperienza del regolamento (CE) n. 868/2004 ha mostrato quanto sia difficile prevedere adeguate misure legislative, capaci di

³⁹ V. A. BRADFORD, *The Brussels Effect*, 107 *Nw. U.L.Rev.* 1, (2012), che evidenzia come tale effetto riguardi settori importanti come quello antitrust, le norme sulla privacy, la protezione della salute e dell'ambiente, la sicurezza dei prodotti alimentari. Si tratterebbe, dunque, di una vera e propria europeizzazione di molti importanti settori del commercio globale.

offrire una tutela efficace contro le pratiche commerciali sleali. La nuova disciplina prevista nel regolamento (UE) n. 712/2019 presenta ancora molte imperfezioni, tra cui gli ampi poteri discrezionali della Commissione nel decidere se avviare l'inchiesta o rigettare il ricorso in nome dell'interesse superiore dell'Unione o, ancora, le norme che prevedono la collaborazione del soggetto responsabile ai fini dell'espletamento dell'inchiesta. Non è ipotizzabile riuscire a incidere sul mercato dei servizi aerei internazionali se i dati finanziari delle compagnie non sono accessibili e se le sanzioni sono applicate solo a seguito di valutazioni politiche di carattere discrezionale.

Come già indicato, una soluzione più efficace è certamente quella che mira alla conclusione di un accordo multilaterale in cui i principali interpreti siano l'ICAO e l'OMC, come propugnato nello stesso regolamento n. 712/2019 (considerando n. 6).

Abstract

Il processo di liberalizzazione che ha interessato le compagnie europee nel contesto del mercato comune dei servizi aerei costituisce uno degli obiettivi più importanti che l'Unione europea sia riuscita a realizzare. L'esplicarsi della libera concorrenza, tuttavia, presuppone l'osservanza di regole molto stringenti per quanto concerne gli aiuti di Stato e, più in generale, postula l'adozione di comportamenti improntati al rispetto della concorrenza leale. Limiti e vincoli, però, non si estendono ai vettori extraeuropei che, con particolare riferimento ai servizi di trasporto aereo da e verso l'Europa, hanno potuto acquisire quote di mercato anche grazie all'attuazione di pratiche discriminatorie e tariffazione sleale, rese possibili dall'intervento statale, ai danni delle compagnie comunitarie. In assenza di una disciplina internazionale capace di regolare il fenomeno, l'Unione Europea è intervenuta con il regolamento (CE) n. 868/2004 – recante alcune misure e procedure finalizzate all'attuazione del principio di concorrenza leale – che, tuttavia, sin dall'inizio ha mostrato la sua totale inidoneità. Dopo 15 anni di discussioni e proposte tale disciplina è stata sostituita dal regolamento n. 712/2019 sulla cui efficacia, tuttavia, permangono dubbi e incertezza.

The process of liberalization which has affected European airlines in the context of the common market for air services is one of the most important goals which the European Union has managed to achieve. Free competition, however, requires very strict rules on State aid to be observed

and, more generally, requires the adoption of conduct which respects fair competition. Limits and constraints, however, are not extended to non-European carriers who, with reference to air transport services to and from Europe, have been able to acquire market shares also thanks to the implementation of discriminatory practices and unfair pricing, made possible by state intervention, to the detriment of EU companies. In the absence of an international framework able of regulating the phenomenon, the European Union intervened with Regulation (EC) No 868/2004 – containing some measures and procedures aimed at implementing the principle of fair competition – which, however, from the outset has demonstrated its total unsuitability. After 15 years of discussions and proposals, this framework has been replaced by Regulation No. 712/2019, whose effectiveness, however, remains uncertain and uncertain.

PAOLOEFISIO CORRIAS

L'ACQUISIZIONE ALLA MASSA FALLIMENTARE
DELLE SOMME CORRISPOSTE DALL'ASSICURATORE
ALL'ASSICURATO-FALLITO:
UNA ANTICA E CONTROVERSA QUESTIONE

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Il fondamento della sottrazione del credito dell'assicurato ai creditori a al Fallimento. – 3. Somme “dovute” o somme “corrisposte”? – 4. Esercizio del riscatto e funzione del contratto. – 5. Il bilanciamento tra la tutela dell'assicurato e quella dei creditori e del Fallimento. – 5.1. (*Continua*) Polizze finanziarie e fallimento.

1. Una delle questioni più frequentemente sottoposte alla valutazione dei Giudici, sia di legittimità che di merito, riguarda la sorte delle somme corrisposte, sulla base di un contratto di assicurazione sulla vita, dall'assicuratore all'assicurato nei cui confronti è stato dichiarato il fallimento (adesso liquidazione giudiziale)¹. Spesso, infatti, accade che: (i) l'assicurato eserciti il diritto di riscatto anticipato della polizza dopo la dichiarazione di fallimento; (ii) l'assicuratore, nonostante la contrarietà del curatore fallimentare, effettui il pagamento allo stesso assicurato; (iii) lo stesso curatore, quindi, si rivolga al Giudice per chiedere che l'impresa sia tenuta a corrispondere all'Ufficio concorsuale le somme già pagate indebitamente all'assicurato sostenendo, al riguardo, l'inefficacia del pagamento medesimo.

Riportando la questione ad un quesito specifico, la giurisprudenza ha dovuto, quindi, stabilire se l'esclusione dall'attivo fallimen-

¹ Ci si riferisce per comodità, anche dal punto di vista terminologico, alla previgente disciplina contenuta nella Legge fallimentare, con la consapevolezza che le questioni affrontate rimangono sostanzialmente immutate con riguardo alla attuale regolamentazione di cui al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII).

tare delle somme corrisposte dall'impresa sulla base della polizza, può avvenire solo quando il contratto giunge alla sua naturale scadenza (oppure si verifica il decesso dell'assicurato), ovvero se sia consentita anche a fronte dello scioglimento anticipato del rapporto. La soluzione, assai controversa, dipende, sempre ad avviso della giurisprudenza, dalla attribuzione o meno di una connotazione previdenziale alle somme derivanti dal riscatto: se la risposta è positiva si avrà l'opponibilità al Fallimento, in caso negativo, invece, il pagamento dovrà essere ritenuto inefficace.

Anticipiamo da subito che, a nostro modo di vedere, siffatta specifica questione va affrontata in una prospettiva più ampia di quella appena descritta, con riguardo ad almeno due aspetti. *In primis* occorre soffermarsi sul fondamento della impignorabilità, non sequestrabilità (*ex* art. 1923, comma 1, c.c.), e conseguente non sottoposizione alla procedura fallimentare [*ex* art. 46, comma 1, n. 5), l. fall.], delle somme dovute dall'impresa di assicurazioni all'assicurato. Ciò, anticipiamo, consentirà di accertare che le sorti di tali somme non dipendono, diversamente da quanto sostenuto da parte della giurisprudenza, dal fatto che sia stato o meno esercitato il riscatto ma dalla natura – finanziaria o meno – del contratto stipulato dall'impresa di assicurazioni; natura riscontrabile sin dal momento della sua conclusione. *In secundis*, occorre porsi il problema del rapporto tra il primo e il secondo comma dell'art. 1923 c.c. e, quindi, della possibile sovrapposizione tra l'inefficacia del pagamento effettuato dall'assicuratore all'assicurato fallito dopo la dichiarazione di fallimento e la revocabilità da parte del curatore dei premi corrisposti dall'assicurato all'assicuratore prima della dichiarazione di fallimento.

Procediamo dunque con ordine ricordando brevemente la cornice normativa nella quale vanno collocate le varie questioni illustrate.

2. Per proteggere il credito maturato nei confronti dell'impresa dal contraente o dal beneficiario a fronte delle eventuali pretese vanitate dai loro creditori, la legge, come è noto, ha previsto una efficacissima misura che però introduce una deroga molto profonda alla regola della garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740, comma 1, c.c. Il primo comma dell'art. 1923 c.c., infatti, dispone la sottrazione totale delle somme dovute dall'assicuratore alle azioni esecutive e cautelari dei creditori del contraente o del beneficiario

nonché – in caso di insolvenza di questi ultimi – alla procedura fallimentare (ora liquidazione giudiziale). È appena il caso di precisare che la sottrazione anche a quest'ultima del credito del contraente e dell'assicurato è riconducibile alla regola, posta inizialmente dall'art. 46, comma 1, n. 5), l. fall., e confermata pedissequamente dall'art. 146, comma 1, lett. d), CCII, che dispone, in maniera automatica, l'esclusione dalla procedura concorsuale dei beni impignorabili.

Concludendo un lungo percorso – iniziato con l'art. 453 del codice di commercio e proseguito con gli artt. 19 della l. 4 aprile 1912, n. 305 (istitutiva dell'INA) e 5 r.d.l. 29 aprile 1923, n. 966 (sulle imprese di assicurazione)² – la disposizione codicistica in esame costituisce, quindi, una delle poche e tassative limitazioni legali alla responsabilità patrimoniale consentite dal secondo comma dell'art. 2740 c.c. che avviene mediante l'introduzione di un regime di impignorabilità assoluta analogo a quello espresso da pochissime altre disposizioni riscontrabili nel nostro sistema: l'art. 545, comma 1, c.p.c., che esclude la pignorabilità dei crediti alimentari, tranne che per cause di alimenti³; la stessa norma del codice di rito, nei commi settimo e ottavo, che stabilisce l'impignorabilità dei crediti di lavoro e di natura previdenziale nella sola misura del minimo vitale (intendendosi tale la misura massima mensile dell'assegno sociale aumentato della metà); infine l'art. 514 c.p.c. il quale sottrae al pignoramento le cose mobili ritenute – per ragioni materiali o spirituali – assolutamente indispensabili per vivere⁴.

² Sulla genesi della regola, cfr. L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita a favore di terzi e fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, 18 s.; L. BUGIOLACCHI, *L'assicurazione sulla vita*, in *Le assicurazioni private*, III, a cura di G. Alpa, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 2006, 2685.

³ Ossia i crediti, di cui all'art. 438, comma 1, c.c. volti a far fronte allo stato di bisogno di chi non è in grado di provvedere al proprio mantenimento, e sempre con l'autorizzazione del Presidente del Tribunale o di un giudice da lui delegato e per la parte del credito alimentare determinata mediante decreto.

⁴ Per l'esame delle ipotesi di limitazioni legali della responsabilità patrimoniale del debitore che si traducono nella impignorabilità, nonché per la valutazione del fondamento di siffatte deroghe, soprattutto alla luce dei valori costituzionali, cfr., R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Francesco Galgano, *Libro sesto: Della tutela dei diritti (Art. 2740-2899)*, Bologna-Roma, 1955, 11 ss.; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*.

La portata davvero eccezionale della deroga introdotta in ambito assicurativo emerge, del resto, con particolare nitidezza se si tiene conto che soprattutto i menzionati crediti pensionistici contemplati dall'art. 545 c.p.c. nonostante manifestino, con riguardo alla soddisfazione di interessi primari della persona, un rilievo sicuramente non inferiore a quello attribuibile alle somme derivanti da un contratto di assicurazione sulla vita, sono viceversa pignorabili, seppure nella modesta misura di un quinto, nella parte eccedente rispetto a quella necessaria per assicurare il minimo vitale⁵. Nella prospettiva concorsuale, che più interessa in questa sede, va sottolineato che, ai sensi dell'art. 146, comma 1, lett. *b*), e comma 2, CCII⁶, i crediti di natura alimentare e derivanti dal rapporto di lavoro, non sono sottratti del tutto alla liquidazione, ma unicamente entro i limiti, fissati dal giudice delegato, di quanto occorre per il mantenimento del debitore insolvente e della sua famiglia.

Sorvolando, in questa sede, sulle perplessità, fondatamente sollevate da alcuni autori, sulla giustificatezza di tale differenziazione del regime assicurativo rispetto a quello lavoristico e della previdenza obbligatoria⁷, va in ogni caso sottolineato che l'evidente e no-

niale del debitore, in *Trattato di diritto privato*², diretto da Pietro Rescigno, 19, Milano, 1997, 514 ss.; C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1991, 8 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale (Disposizioni generali. Artt. 2740-2744)*², in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Pietro Schlesinger, diretto da Francesco Donato Busnelli, Milano, 2010, 35 ss.; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, *Le obbligazioni*, 2, Torino, 2011, 87 ss.; C. PUNZI, *Limiti alla pignorabilità e oggetto della responsabilità*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 128 ss. Sulla nozione di bene impignorabile, cfr. anche G. FATANO, *Funzione di garanzia e beni sottratti alla circolazione giuridica*, Roma, 2019, 34 ss.

⁵ Per una accurata disamina del regime di pignorabilità di stipendi e pensioni cfr. N. LONGOBARDI, *L'inapplicabilità dei limiti alla pignorabilità di stipendi e pensioni a seguito del decreto c.c. "salva Italia"*, in *Riv. giur. sarda*, 2015, 79 ss., spec. 114 ss.; in precedenza cfr. C. PUNZI, *op. cit.*, 1283 s.; G. SICCHIERO, *op. cit.*, 108 ss.

⁶ In precedenza, art. 46, comma 1, n. 2, e comma 2, l. fall.

⁷ V., in tal senso, V. FERRARI, *La funzione previdenziale tra diritto pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2008, I, 1, 1435; L. BARBIERA, *op. cit.*, 37; G. SICCHIERO, *op. cit.*, 91 s.; S. TOFFOLI, *Rilievi critici sulla prescrizione breve in materia di assicurazione (sulla vita)*, in *Ass.*, 1997, 142. In termini più radicali, mette in evidenza l'anacronismo dell'art. 1923, comma 1, c.c. a fronte della necessità di tutelare il credito e alla

tevolissimo vantaggio per il beneficiario della prestazione dell'impresa di assicurazioni, in rapporto al significativo sacrificio delle posizioni dei creditori e dei partecipanti all'attivo della procedura concorsuale, pone all'interprete la necessità di valutare con estrema attenzione se gli interessi del contraente o del beneficiario che il legislatore ha ritenuto prevalenti rispetto alla conservazione della garanzia patrimoniale dei creditori e alle ragioni del Fallimento siano effettivamente rilevanti e meritevoli. Qualora, infatti, siffatta deroga rispetto ad un fondamentale principio del sistema non trovasse ragione nella tutela di valori primari della persona, essa apparirebbe inammissibile con riguardo alle posizioni dei creditori – singoli o concorsuali – dell'assicurato pregiudicati dalle stesse e, quindi, sarebbe non giustificata⁸ e, probabilmente, suscettibile di essere esposta al giudizio di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza.

3. Sulla base dell'esigenza, appena segnalata, di non estendere eccessivamente l'ambito di applicazione del primo comma dell'art. 1923 c.c., è stata presumibilmente affrontata, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, la controversa questione *de qua*, relativa alla possibilità di escludere dalla procedura esecutiva (o cautelare) e da quella concorsuale anche le somme già entrate nel patrimonio dell'assicurato, a seguito dell'esercizio del diritto di riscatto, prima che si verifichi l'evento della vita contemplato o la scadenza del contratto.

Facendo leva sugli interessi previdenziali tutelati dalle norme in discorso, la dottrina dominante reputa che quanto l'impresa è tenuta a pagare all'assicurato sia sempre e comunque da non ricomprendere nella massa fallimentare e nella procedura esecutiva a prescindere dal fatto che le somme siano unicamente “dovute” al contraente (o al

possibilità di salvaguardare altrimenti gli interessi previdenziali, A. DALMARTELLO, *Clausole di destinazione agli eredi e “diritto proprio” del beneficiario dell'assicurazione sulla vita. Interferenze tra diritto delle assicurazioni e diritto successorio*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 407. In argomento cfr., infine, L.E. PERRIELLO, *Effetto segregativo delle polizze vita e trust collegato*, in *I contratti di assicurazione come strumento di pianificazione del passaggio generazionale e di gestione del patrimonio familiare*, a cura di V. Barba e S. Landini, Napoli, 2020, 214 ss.

⁸ Lo sottolineano, tra gli altri, S. TOFFOLI, *op. cit.*, 142 s.

beneficiario) o anche già effettivamente “corrisposte” allo stesso⁹. V'è però una linea di pensiero minoritaria che, poggiando sulla svalutazione della finalità previdenziale dell'art. 1923 c.c.¹⁰, sostiene che solo le somme che devono essere ancora riscosse dal contraente possano essere sottratte alla procedura di liquidazione.

Analoghe dissonanze, come anticipato, hanno caratterizzato la posizione della giurisprudenza, sino a rendere necessario l'intervento, peraltro non recente, delle Sezioni Unite della Suprema Corte¹¹. All'orientamento tradizionale che, soffermandosi sullo spirito previdenziale che pervaderebbe ogni contratto di assicurazione sulla vita durante l'intera sua esistenza, ha affermato la piena operatività della esenzione contenuta nella norma in esame, con riferimento a ogni somma riconducibile al contratto¹², è stato opposto che l'impignorabilità di cui all'art. 1923 c.c. sarebbe strettamente dipendente dalla funzione di risparmio nella previdenza che caratterizza l'assicurazione sulla vita, la quale si realizza compiutamente solo con

⁹ V., in tale direzione, N. GASPERONI, *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 15; G.U. TEDESCHI, *Assicurazione e fallimento*, Padova, 1969, 164 ss.; S. BARISON e M. GAGLIARDI, *Dell'assicurazione sulla vita (Artt. 1919-1927)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Pietro Schlesinger, diretto da Francesco Donato Busnelli, Milano, 2013, 111 ss.; A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Vita (assicurazione sulla)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XVI, Torino, 1999, 460 s., con alcuni distinguo in caso di sottrazione delle somme alla procedura fallimentare (adesso liquidazione giudiziale).

¹⁰ L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 653 s.; G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze linked tra norme comunitarie, Tuf e codice civile*, in *Ass.*, 2012, 408, secondo i quali il fine della norma sarebbe piuttosto quello di tutelare le imprese operanti nel ramo vita, evitando loro le molestie conseguenti alla presenza di procedure esecutive presso terzi e, in particolare, che venga alterato il regolare processo di raccolta e di capitalizzazione del risparmio.

¹¹ V. Cass., sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1280 ss. L'intervento è stato sollecitato da Cass., 19 settembre 2006 (ord.), n. 20243, in *Foro it.*, 2006, I, 3054. Per una puntuale illustrazione del contrasto giurisprudenziale nelle sue varie fasi cfr. L. BUGIOLACCHI, *Previdenza e finanza dei contratti del ramo vita. Prospettive e limiti della soluzione delle sezioni unite in tema di fallimento del contraente*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1283 ss.

¹² V. Cass., 25 ottobre 1999, n. 11975, in *Ass.*, 2000, 297; Cass., 19 luglio 2004, n. 13342; Trib. Napoli, 16 marzo 2004, in *Fall.*, 2005, 309; Trib. Milano, 1 marzo 2005, in *Dir. econ. ass.*, 2005, II, 1312; App. Reggio Calabria, 25 novembre 2005, in *De Jure*; Trib. Monza, 17 gennaio 2006, *ivi*.

l'evoluzione per così dire fisiologica del rapporto – ossia con la corresponsione del capitale e della rendita previste per il verificarsi dell'evento contemplato – ma non se il negozio viene sciolto anticipatamente (con l'esercizio del diritto di riscatto). In quest'ultima ipotesi, infatti, vengono recuperate somme che, sebbene realizzino lo scopo del risparmio, non integrano gli estremi della funzione previdenziale; conseguentemente esse, a seguito della confusione nel patrimonio del contraente o del beneficiario, vanno acquisite all'attivo fallimentare e considerate pignorabili e sequestrabili¹³.

Sono dunque intervenute le Sezioni Unite respingendo quest'ultima interpretazione restrittiva e affermando la sottrazione alle azioni esecutive e cautelari nonché l'estraneità al fallimento di ogni somma riconducibile al contratto¹⁴. In questa pronuncia, assai rilevante per il contributo offerto alla individuazione della causa dell'assicurazione sulla vita, è stata ribadita la funzione previdenziale – e non di mero risparmio – della figura in tutte le fasi del rapporto, ed è stata altresì sottolineata la valenza costituzionale di tale funzione e la conseguente prevalenza della stessa rispetto alle pur legittime esigenze della massa dei creditori dell'assicurato. Conseguentemente è stato stabilito che il curatore fallimentare non può agire contro il terzo assicuratore per ottenere il valore di riscatto della polizza sulla vita stipulata dal fallito e che le somme dovute dall'assicuratore non sono in alcun caso suscettibili di essere ricomprese tra i beni che costituiscono l'attivo fallimentare¹⁵.

Nonostante tale arresto le profonde dissonanze giurisprudenziali sono continuate¹⁶.

¹³ Cfr. Cass., 3 dicembre 1988, n. 6548, in *Giust. civ.*, 1989, I, 597; Cass., 26 giugno 2000, n. 8676, in *Ass.*, 2000, 296, con nota critica di A. POLOTTI DI ZUMAGLIA; Trib. Bologna, 23 maggio 2001, *ivi*, 2002, 163; Trib. Milano, 27 febbraio 2008, in *De Jure*; Trib. Verbania, 17 giugno 1970, in *Giur. it.*, 1971, II, 2, 828.

¹⁴ Cass., sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, *cit.*, 1280.

¹⁵ Cass., sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, *cit.*, 1282 ss.

¹⁶ In senso adesivo rispetto all'orientamento espresso dalle Sezioni Unite, v. App. Milano, 11 novembre 2022, n. 3554, in *onelegale.wolterskluwer.it*; Cass., 14 giugno 2016, n. 12261; App. Milano, 22 settembre 2008, n. 3372, in *onelegale.wolterskluwer.it*; *contra*, Trib. Napoli nord, 15 febbraio 2023, n. 641, in corso di pubblicazione in *Banca, borsa, tit. credito*; Cass., 6 febbraio 2015, n. 2256, in *Resp. civ.*

A nostro avviso, tuttavia, le ragioni addotte per contrastare l'impianto argomentativo che sorregge la posizione espressa dalle Sezioni Unite, non sono tali da scalfire la validità dello stesso. Infatti, nel momento in cui si dimostra – come allo stato non sembra seriamente dubitabile – che la presenza dell'art. 1923, comma 1, c.c. e della corrispondente disposizione relativa alla liquidazione giudiziale in ambito concorsuale è giustificata nel nostro sistema dalla funzione previdenziale espressa solitamente dal contratto di assicurazione sulla vita¹⁷, non può dubitarsi che l'opponibilità ai creditori e all'Ufficio concorsuale riguardi il credito dei soggetti titolari degli interessi previdenziali nei confronti dell'impresa a prescindere dalla fase temporale nella quale esso venga soddisfatto; fase che, evidentemente, non incide sulla natura degli interessi tutelati¹⁸.

4. Alla luce di ciò, non sembra dunque persuasiva, in quanto fondata su una non corretta messa a fuoco dell'istituto del riscatto del contratto di assicurazione sulla vita *ex art.* 1925 c.c., l'osservazione, avanzata di frequente nell'ambito dell'impostazione non condivisa, secondo cui la finalità previdenziale «viene meno per effetto di uno svincolo anticipato delle somme assicurate, che garantisce sì l'assolvimento dello scopo di risparmio ma non assicura la funzionalizzazione del risparmio stesso al perseguimento di finalità previdenziali/assistenziali»¹⁹.

Assai sinteticamente, va ricordato che il diritto di riscatto costituisce, dal punto di vista tecnico-giuridico, la facoltà attribuita all'assicurato di recedere anticipatamente dal contratto, nel contesto di un servizio di copertura assicurativa, che egli ha pagato per intero anti-

prev., 2015, 396; Trib. Roma, 4 ottobre 2003, in *Giur. mer.*, 2004, 683; Trib. Verona, 23 dicembre 2000, in *Fall.*, 2001, 1140. Cfr., in proposito, l'accurata rassegna a cura di A. Candian e S. Landini, *Ambito di applicazione della disciplina sull'impignorabilità e inesquestrabilità delle polizze vita*, in *Giur. it.*, 2018, 980 s.

¹⁷ Per l'illustrazione delle ragioni che supportano tale convinzione sia consentito di rinviare a P. CORRIAS, *Le assicurazioni sulla vita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da Luigi Mengoni e Piero Schlesinger, continuato da Vincenzo Roppo e Franco Anelli, Milano, 2021, 51 ss.

¹⁸ In tal senso, tra gli altri, S. BARISON e M. GAGLIARDI, *op. cit.*, 111 s.

¹⁹ V., da ultimo, Trib. Napoli nord, 15 febbraio 2023, n. 641, *cit.*

ciatamente ma che non è stato ancora erogato o completamente erogato dall'assicuratore al momento in cui avviene lo scioglimento. Detto recesso mira a consentire allo stesso assicurato di ottenere la disponibilità di somme che gli spettano (c.d. riserva matematica), la cui ritenzione da parte dell'assicuratore sarebbe ingiustificata dal punto di vista causale. La somma ottenuta a seguito del riscatto, in termini più espliciti, rappresenta la prestazione dovuta dall'assicuratore, ridotta in proporzione del minor numero dei premi che avrebbero dovuto essere pagati dall'assicurato in ragione dei rischi effettivamente corsi al momento dello scioglimento²⁰. Di qui la riconducibilità di tale recesso al principio della corrispettività tra le attribuzioni e, ancora più in generale, a quello della giustificazione degli spostamenti patrimoniali (art. 2041 c.c.)²¹.

Ciò è tanto vero che l'esercizio del riscatto è consentito unicamente in relazione ai contratti assicurativi nel cui contesto sia certo che l'assicuratore debba corrispondere il capitale (o la rendita) nel corso del rapporto, anche se il momento e, di conseguenza, l'entità di tale prestazione risultino incerti. Tale facoltà non è viceversa riconosciuta quando l'incertezza riguarda anche l'*an* della prestazione – assicurazioni cc.dd. di puro rischio –²². Può quindi precisarsi che il

²⁰ Così, tra le altre, App. Milano, 11 novembre 2022, n. 3554, *cit.*, secondo cui il riscatto consiste «nell'originaria prestazione dell'assicuratore ridotta in proporzione all'eventuale minor numero di premi pagati e comunque decurtata per essere effettuata subito anziché nel termine contrattualmente stabilito, e, dunque, in una prestazione di per sé diversa da quella originariamente pattuita, che va a vantaggio del contraente e non del beneficiario».

²¹ Sul riferimento del riscatto alla riserva matematica v., in luogo di altri, G. CASTELLANO, *Vicende del rapporto di assicurazione sulla vita (Risoluzione di diritto, riduzione e riscatto. Il mutuo su polizza)*, Padova, 1963, 35 ss.; 85 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione privata contro gli infortuni (nella teoria del contratto di assicurazione)*, Milano, 1968, 141 ss. Anche per ulteriori riferimenti sia poi consentito di rinviare a P. CORRIAS, *op. cit.*, 246 ss.

²² Si tratta di opinione largamente condivisa. V., tra gli altri, G. CASTELLANO, *op. cit.*, 89 ss.; N. GASPERONI, *La natura giuridica del riscatto nella assicurazione sulla vita*, in *Id.*, *Assicurazioni private (Scritti giuridici)*, Padova, 1972, 867; G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, 179 s.; *EAD.*, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, *cit.*, 150; C.F. GIAMPAOLINO, *Le assicurazioni (L'impresa - I contratti)*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da Vincenzo Buonocore e diretto da Renzo Costi, Torino, 2013, 413.

riscatto riguarda le assicurazioni per il caso di morte a vita intera, quelle miste morte e sopravvivenza e, infine, quelle di sopravvivenza con c.d. controassicurazione, mentre non è compatibile con le assicurazioni temporanee per il caso di morte e di pura sopravvivenza senza controassicurazione²³.

Se si considera siffatto fondamento del riscatto che, appunto, è quello di far conseguire all'assicurato l'entità della prestazione che gli spetta nel momento in cui si verifica lo scioglimento, sembrerebbe di dover escludere che il momento nel quale avviene l'incameramento delle somme – sia esso anticipato o meno rispetto al termine previsto originariamente – possa incidere sulla funzione – previdenziale o di altro tipo – che realizza il contratto assicurativo. Ogni contratto emesso da imprese di assicurazione, infatti, va qualificato sulla base degli interessi che si rivela idoneo a realizzare al momento della stipulazione e, compiuta tale operazione, diviene irrilevante, ai fini qualificatori, il momento nel quale viene determinata e concretamente erogata la prestazione dell'impresa.

5. Superata, dunque, l'argomentazione centrale sulla quale si fonda l'esclusione della funzione previdenziale della polizza – e della relativa disciplina di favore per l'assicurato di cui agli artt. 1923, comma 1, c.c. e 46, comma 1, n. 5, l. fall. [ora art. 146, comma 1, lett. d), CCII], – nel caso di esercizio del diritto di riscatto, va però condivisa l'esigenza, manifestata dall'orientamento contrastato, di limitare, per quanto possibile, l'intensissima tutela offerta agli assicurati che sacrifica, come rilevato, in modo assai significativo le legittime aspettative dei loro creditori sia singoli che concorsuali; esigenza ulteriormente rafforzata dalla già segnalata disarmonia tra siffatta tutela dell'assicurato e quella assai meno intensa, che deriva dal regime di inopponibilità – non assoluta – attinente ai rapporti di lavoro, alla previdenza obbligatoria e a quella complementare (o privata)²⁴.

²³ Così, tra gli altri, G. CASTELLANO, *op. cit.*, 91 s.; N. GASPERONI, *Assicurazione*, cit., 10.

²⁴ Assai significativa è in proposito l'interpretazione restrittiva accolta dalla Suprema Corte (Cass., 11 giugno 2020, n. 11189) con riguardo a tali tipologie di crediti, secondo cui «l'art. 46 l.fall. consente di escludere dall'attivo fallimentare gli stipendi del fallito nei limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della sua famiglia. Tuttavia, ove risulti accertata la non sussistenza delle esigenze di tutela de-

In tale direzione, alcune pronunzie hanno rilevato che pur non consentendo di invocare l'opponibilità ai sensi del primo comma dell'art. 1923 c.c. il sistema tutelerebbe ugualmente la posizione dei creditori dell'assicurato, consentendo loro, sulla base del secondo comma della stessa disposizione, di agire in revocatoria con riguardo agli atti pregiudizievoli, nei limiti dei premi pagati²⁵.

Riteniamo che tale rilievo sia poco persuasivo, non tanto per la netta inferiorità, nel contesto delle assicurazioni aventi funzione previdenziale, dell'entità dei premi pagati rispetto alle somme dovute dall'assicuratore nel momento in cui queste sono esigibili, quanto in ragione dei limiti assai penetranti che il nostro ordinamento prevede per l'esercizio dell'azione revocatoria sia ordinaria (art. 2901 c.c.) che fallimentare (art. 166 CCII)²⁶.

Con riguardo alla prima, va ricordato che la conoscenza da parte del debitore-assicurato del pregiudizio alle ragioni dei creditori, richiesta dall'art. 2901 c.c., sembrerebbe non compatibile con la funzione previdenziale realizzata abitualmente della assicurazione sulla vita, posto che la soddisfazione delle esigenze fondamentali di vita – riconosciute, come si è rilevato, anche a livello costituzionale (art. 38, comma 2, Cost.)²⁷ – che costituisce l'essenza di questa funzione, esclude automaticamente, a nostro modo di vedere, che l'atto di autonomia deputato a realizzarle possa risultare stipulato in pregiudizio dei creditori.

In ambito fallimentare va poi ulteriormente rilevato che l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare sui premi pagati dall'assicu-

scritte (perché ad esempio il fallito e la sua famiglia, come emerso, dispongono comunque di altre risorse sufficienti), è possibile l'acquisizione integrale degli stipendi stessi all'attivo fallimentare».

²⁵ Tra le altre, in tal senso, Trib. Pordenone, 4 agosto 2020, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, II, 864 secondo cui, anche quando le somme dovute all'assicurato non possono essere sottoposte ad azione esecutiva o cautelare ex art. 1923, comma 1, c.c. «cionondimeno, ai sensi del secondo comma della suddetta disposizione, il creditore può far valere i suoi diritti sulle somme dovute dall'assicuratore nei limiti dei premi corrisposti dalla parte debitrice». L'osservazione, ineccepibile sul piano teorico, come si sta per rilevare nel testo, è in larga misura sconsigliata soprattutto dalle difficoltà pratiche che derivano dall'esercizio dell'azione revocatoria.

²⁶ Già art. 67 l. fall.

²⁷ V. Cass., sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, *cit.*, 1282.

rato prima della dichiarazione di fallimento, è precluso *tout-court* al curatore nelle assicurazioni aventi natura previdenziale, in quanto siffatti contratti dai quali sono maturate le somme dovute dall'assicuratore sottratte al fallimento *ex art. 46, comma 1, n. 5, l. fall. [e 146, comma 1, lett. d), CCII]*, rientrano sicuramente tra quelli che proseguono con il fallito²⁸, in quanto diretti al soddisfacimento di esigenze di vita dello stesso o della sua famiglia²⁹.

In definitiva, possiamo rilevare che poiché l'esercizio di tutte le forme di revocazione è da considerare escluso relativamente ai premi con i quali viene alimentato un contratto di assicurazione sulla vita avente funzione (almeno prevalentemente) previdenziale, le azioni revocatorie in ambito assicurato appaiono, in ultima analisi, una matita spuntata in quanto, se si eccettuano le assicurazioni aventi natura finanziaria sulle quali ci si soffermerà tra breve³⁰, risulterebbero esperibili solamente in due casi, peraltro non particolarmente frequenti.

Il primo riguarda le fattispecie nelle quali l'assicurazione sulla vita, quantunque di indole non finanziaria, non è orientata neppure a realizzare una funzione previdenziale. Si possono menzionare, in proposito, le assicurazioni per il caso morte collegate ai contratti di finanziamento, nel cui ambito l'impresa si obbliga a compiere a favore del finanziatore (banca o altra impresa finanziaria) una prestazione pari al debito erogato da questi al finanziato-assicurato in caso di decesso di quest'ultimo³¹. Appare evidente che in tali fattispecie la

²⁸ V., in tal senso, Cass., 31 marzo 2008, n. 8271, *cit.*, 1283; App. Milano, 11 novembre 2022, n. 3554, *cit.*; App. Milano, 22 settembre 2008, n. 3372, *cit.*, dove viene precisato, con riguardo a ipotesi di questo genere, che il curatore può agire in revocatoria relativamente ai premi pagati solo nei casi in cui «il contratto appaia stipulato non per reali finalità previdenziali ma in pregiudizio dei creditori».

²⁹ In ordine a tale tipologia di contratti insensibili al fallimento v., per tutti, L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*⁷, a cura di F. Padovini, Torino, 2015, 136 s., il quale ricorda, tra i contratti che proseguono tra le parti originarie in quanto volti a soddisfare esigenze di vita del fallito, in aggiunta al contratto di assicurazione sulla vita, il contratto di locazione avente ad oggetto la casa di abitazione, i contratti di somministrazione di energia elettrica, gas, acqua potabile e dell'utenza telefonica.

³⁰ *Infra*, n. 5.1.

³¹ Per un quadro dei principali problemi sollevati da tali operazioni, cfr. A. CAMEDDA, *I contratti di assicurazione collegati a mutui e finanziamenti. L'obbligo di rimborso del premio assicurativo in caso di estinzione anticipata del finanziamento*, in

funzione della figura non è quella di realizzare un (insussistente) interesse previdenziale della banca, ma consiste nel garantire il pagamento del debito assunto dall'assicurato nei confronti di quest'ultima: dunque una chiara funzione di garanzia del credito. Ancora, si possono ricordare le assicurazioni sulla morte a favore di soggetti non legati al contraente da alcun vincolo di natura familiare o affettiva, quali enti di beneficenza, associazioni culturali, religiose o simili: in questi casi, l'assicurazione viene utilizzata come strumento di trasferimento della ricchezza *post mortem*, alternativo al testamento³². Infine si possono menzionare le assicurazioni *key man*, ossia le polizze stipulate da una società a proprio favore contro il rischio morte o invalidità totale e permanente di un proprio amministratore che rappresenta una risorsa particolarmente rilevante³³. Anche in questo caso è del tutto palese che la società, pur prendendo in considerazione la morte di una persona, mira a proteggere un proprio interesse di natura squisitamente patrimoniale. Quest'ultimo ragionamento, peraltro, può essere a nostro avviso esteso a tutti i casi nei quali una società stipula un contratto di assicurazione sulla morte di una persona fisica (sia o meno un "uomo chiave") indicando come beneficiaria se stessa. Anche quando non fosse riscontrabile l'intento fraudolento di sottrarre beni ai creditori è, infatti, evidente che la somma dovuta e/o corrisposta dall'assicuratore non è diretta a soddisfare bisogni della vita della società (che davvero non possono essere ritenuti sussistenti), ma unicamente a proteggere il patrimonio della medesima³⁴.

Riv. dir. banc., 2018, I, 413 ss.; EAD., *L'abbinamento di polizze assicurative ai contratti di credito: il sottile confine tra facoltà e obbligo*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 782 ss.; A. TINA, *Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative: l'estinzione anticipata del finanziamento (art. 125-sexies t.u.b.) mediante attivazione della copertura assicurativa*, in *Giur. comm.*, 2018, 789 ss.; P. CORRIAS, *Le polizze collegate ai mutui: spunti di riflessione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 135 ss.

³² V., *amplius*, P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 162 ss.

³³ Cfr., su queste ultime figure, F. ONNIS CUGIA, *L'assicurazione key man*, in *Diritto alla salute e contratto di assicurazione*, a cura di P. Corrias, E. Piras e G. Raccugno, Milano, 2019, 263 ss., spec. 279 ss.

³⁴ *Contra*, pero, v. App. Milano, 11 novembre 2022, n. 3554, cit., secondo cui l'indicazione di una società come beneficiaria, non determinerebbe il difetto della funzione previdenziale.

Il secondo caso, meno frequente, attiene alle fattispecie nelle quali la funzione previdenziale viene realizzata in maniera per così dire eccedente, in quanto manca il requisito della adeguatezza tra l'entità della prestazione che l'impresa assicurativa si vincola ad eseguire e la soddisfazione dei bisogni della vita considerati³⁵. Occorre ricordare, in proposito, che quantunque il principio indennitario non sia, come è risaputo, applicabile al di fuori dalle assicurazioni contro i danni, ciò non implica che nelle assicurazioni sulla vita e, segnatamente, in quelle aventi funzione previdenziale, i contraenti possano determinare *ad libitum* l'entità della prestazione dell'impresa. La necessità di collegare, almeno in linea di massima e seppure con un notevole margine di elasticità, l'ammontare di questa alle esigenze economiche che potrebbero sorgere in capo all'assicurato in conseguenza dei bisogni relativi alla vita umana (*id est*: degli interessi previdenziali) dedotti nel contratto, infatti, è, a nostro avviso, richiesta anche nel contesto della funzione previdenziale dal principio di "adeguatezza" contemplato dall'art. 38 Cost.³⁶. Più precisamente, può ritenersi che questa norma assuma un preciso rilievo sul piano della disciplina applicabile alle assicurazioni aventi natura previdenziale, fissando, appunto nella adeguatezza tra i mezzi previsti (*id est*: l'entità della prestazione promessa dall'impresa) e le esigenze di vita maturate a seguito del verificarsi dell'evento, il limite di tale funzione contrattuale³⁷. Se non ci fosse questo limite, invero, il negozio assicurativo potrebbe realizzare finalità almeno in parte speculative (analoghe, per intendersi, a quelle perseguite dal contratto di gioco e scommessa) e, quindi, si determinerebbe una situazione non dissimile da quella che, in caso di assicurazione contro i danni, si manife-

³⁵ Per una più compiuta illustrazione di tale profilo sia consentito un rinvio a P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 256 ss.; ID., *La copertura dei danni alla persona nella "sfinge" dell'assicurazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1805 ss.

³⁶ V., P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 57, 77 ss., 255 ss.

³⁷ Sul concetto di adeguatezza v. C. cost., 27 giugno 1986, n. 173, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2093; C. cost., 5 febbraio 1986, n. 31, *ibidem*, 1986, I, c. 1777 s. È superfluo precisare, al fine di sgomberare il campo da ogni possibile equivoco, che tale accezione di adeguatezza nulla ha a che vedere con quella, rilevante nel mercato finanziario, che indica la regola di condotta – consistente nella valutazione di adeguatezza e appropriatezza delle operazioni e dei servizi forniti ai clienti – alla quale sono tenuti gli intermediari [v. art. 6, comma 3, n. 2, lett. b), 1), TUF].

sta in caso di violazione del principio indennitario; situazione che, a nostro avviso, non è coerente con la disciplina protettiva prevista nel nostro ordinamento per i due modelli assicurativi di cui all'art. 1882 c.c., a prescindere dalla circostanza che essi esprimano una natura indennitaria o previdenziale.

Ebbene, poiché in questi due casi non vengono in evidenza (nel primo) o vengono in evidenza solo in parte (nel secondo) esigenze economiche strettamente legate a valori relativi alla persona dell'assicurato (*id est*: interessi di natura previdenziale), non vi sono, a nostro avviso, i presupposti, per poter escludere – rispettivamente, in tutto o in parte – i premi corrisposti dalle azioni revocatorie *ex art.* 1923, comma 2, c.c., quando ne ricorrano i presupposti.

A questo punto è bene però sottolineare che la carenza (totale o parziale) della funzione previdenziale non incide solo sulla (in)operatività della revocazione ma anche sulla (dis)applicazione del primo comma dell'art. 1923 c.c., consentendo quindi di considerare opponibili, in tutto o in parte, le somme dovute dall'impresa³⁸.

Ma se così è, emerge una significativa – ancorché non totale – sovrapposizione della tutela offerta ai creditori e al fallimento in caso di opponibilità dei crediti dell'assicurato alla procedura esecutiva, cautelare e concorsuale da un lato e in caso di esercizio della revocatoria dei premi corrisposti dallo stesso dall'altro; tutela che risulta esperibile, sulla base dello stesso presupposto – quale la mancanza o l'attenuazione della funzione previdenziale del contratto di assicurazione – con evidente limitazione della rilevanza pratica del ricorso alle revocatorie.

5.1. Chiarito questo aspetto e rilevato quindi che la preoccupazione di circoscrivere la portata dell'art. 1923, primo comma, c.c. non sembra suscettibile di essere superata dalla presenza del secondo comma della stessa disposizione, siamo però persuasi che le esigenze di tutela dei creditori e del Fallimento, possano trovare un adeguato riscontro su un piano differente da quello abitualmente – e non sempre in maniera pertinente – considerato, e cioè tenendo presente che alcune condivisibili limitazioni alla sottrazione delle somme dovute dall'impresa ai creditori e alla massa fallimentare, possono derivare

³⁸ V., ancora, P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 255 ss.

dalla corretta qualificazione di alcuni negozi emessi da imprese di assicurazione in termini di contratti finanziari.

Siamo, infatti, convinti che la disciplina protettiva non sia applicabile a tutte le tipologie dei contratti assicurativi dei rami vita: scontata la riferibilità alle polizze sulla durata della vita umana del ramo I, che esprimono natura unicamente o prevalentemente previdenziale, sembrerebbe, invece, da escludere che essa possa essere invocata anche nel contesto dei contratti dei rami vita prevalentemente finanziari (rami III e V dell'art. 2, comma 1, c. ass.) e, ancora, delle assicurazioni del ramo I che, in realtà, al di là degli aspetti nominali, esprimono una funzione di risparmio.

In ordine alle polizze tradizionalmente connotate da un'accentuata caratterizzazione finanziaria, ossia le polizze *linked* (ramo III)³⁹ ed il contratto di capitalizzazione (ramo V), può riscontarsi una originaria propensione – ciclicamente riproposta – della giurisprudenza di merito alla sottrazione delle somme alle procedure esecutive e concorsuali, fondata sulla convinzione che la finalità di investimento-risparmio perseguita da tali figure non sarebbe idonea ad elidere completamente la funzione previdenziale, che giustifica la stessa⁴⁰. Successivamente si è però affermato l'indirizzo opposto secondo cui l'indole sostanzialmente finanziaria di questi modelli non sarebbe compatibile con i significativi vantaggi accordati all'assicurato dalla disciplina in discorso⁴¹. Quest'ultimo orientamento, per le ragioni ampiamente evocate e relative alla necessità di inficiare il meno possibile la garanzia patrimoniale dei creditori, anche concorsuali, dell'assicurato e del beneficiario, va a nostro avviso pienamente condiviso.

³⁹ L'unica monografia espressamente dedicata a tali figure, ancorché non recente, si deve a E. PIRAS, *Le polizze variabili nell'ordinamento italiano*, Milano, 2010. Per riferimenti più recenti, sia consentito un rinvio a P. CORRIAS, *I prodotti assicurativo-finanziari: genesi ed evoluzione*, in *Ass.*, 2022, 591 s., ntt. 24 e 25.

⁴⁰ V. Trib. Monza 17 gennaio 2006, in *De Jure*; Trib. Bologna, 12 gennaio 2001 (ord.), e Trib. Bologna 23 maggio 2001, in *Ass.*, 2002, II, 163; Trib. Brescia, 13 giugno 2018, *ivi*, 2020, II, 171 s.; Trib. Pordenone, 24 febbraio 2021, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2021, II, 862.

⁴¹ Trib. Parma, 10 agosto 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 189; Trib. Cagliari, 2 novembre 2010, in *Riv. giur. sarda*, 2011, 387, con nota di S. LANDINI; Trib. Napoli, 24 novembre 2011, in *www.dirittobancario.it*.

Ad analoga conclusione reputiamo che si debba giungere con riguardo alle assicurazioni che nominalmente inquadrate – sulla base della dicitura presente nella polizza – nel ramo I, sono costituite da assicurazioni a vita intera, che prevedono, al momento del riscatto o alla morte dell'assicurato, la corresponsione, a titolo di capitale, del premio pagato incrementato sulla base dei risultati della gestione separata, senza che assuma un rilievo significativo il rischio demografico. Queste polizze, infatti, esprimono, in realtà, come si è cercato di dimostrare altrove⁴², modelli di risparmio analoghi al contratto di capitalizzazione, previsto e disciplinato dall'art. 176 c. ass., al quale come si è appena rilevato è da ritenersi inapplicabile l'art. 1923 c.c. e la relativa disposizione fallimentare⁴³.

In definitiva, riteniamo, per le ragioni che si sono illustrate più diffusamente in altra sede⁴⁴, che le polizze di natura finanziaria, in quanto appunto destinate a realizzare interessi non previdenziali e, come tali escluse dal regime di impignorabilità assoluta di cui all'art. 1923, comma 1, c.c., non abbiano ad oggetto beni o crediti suscettibili di essere sottratti *ex art.* 46, comma 1, n. 5, l. fall. (ora art. 146 CCII) alla procedura fallimentare e, siano, quindi, da considerare alla stregua di contratti pienamente investiti dal fallimento.

In tali ipotesi dovrebbe, dunque, trovare applicazione la disposizione generale di cui all'art. 72, comma 1, l. fall. (ora art. 172, comma 1, CCII) e, conseguentemente, una volta dichiarato il fallimento, il contratto rimarrà sospeso in attesa che il curatore scelga se subentrare in luogo del debitore, oppure addivenire allo scioglimento; scelta che dovrà naturalmente avvenire sulla base di valutazioni relative ai vantaggi per la massa dei debitori partecipanti alla liquidazione che possono derivare dalla realizzazione immediata da parte dell'Ufficio fallimentare di quanto dovuto al fallito dalla controparte, oppure dalla prosecuzione del rapporto finanziario sino alla scadenza naturale.

È da ritenersi però che al curatore debba considerarsi precluso l'esercizio della scelta, nelle ipotesi in cui dette polizze siano riduci-

⁴² Sia consentito un rinvio a P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 87 s.

⁴³ V., in proposito, P. CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione e attività assicurativa*, Milano, 2011, 193 ss.

⁴⁴ P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 260 ss., spec. 264 s.

bili alle pure logiche del mercato finanziario e, dunque, presentino un significativo rischio di investimento a carico dell'assicurato⁴⁵. In tali ipotesi, infatti, in luogo della disciplina generale appena menzionata, sembra di dover ritenere applicabili – in via estensiva o, quantomeno, analogica – gli artt. 76 l. fall. (ora art. 181 CCII) e 203 TUF che, come è noto, prevedono lo scioglimento immediato dalla data della dichiarazione del fallimento (ora liquidazione giudiziale) dei contratti finanziari ivi contemplati – ossia i contratti di borsa a termine, i contratti derivati e le analoghe operazioni finanziarie di cui all'art. 18, comma 5, lett. a), TUF –. Va ricordato, invero, che la *ratio* di tali disposizioni è quella, in presenza di operazioni di indole sostanzialmente speculativa che espongono la massa fallimentare ad un'alea particolarmente elevata, di cristallizzare la situazione patrimoniale del debitore al momento della dichiarazione agli effetti del concorso, precludendo *tout court* al curatore eventuali scelte diverse⁴⁶. Ebbene tale esigenza parrebbe riscontrabile anche nelle polizze finanziarie appena descritte, anche tenuto conto del fatto che le

⁴⁵ Si pensi alle polizze – *unit linked* o *index linked* – senza alcuna garanzia, neppure parziale, di restituzione del capitale.

⁴⁶ V., in tal senso, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, 1243, il quale osserva che «la *ratio* della norma si fa consistere nell'esigenza di evitare al fallimento gli ulteriori rischi che deriverebbero dal lasciare efficienti operazioni speculative, e di eliminare ritardi e incertezze non consoni alla struttura e ai fini del procedimento fallimentare». Nella stessa direzione, tra gli altri, G. DI CHIO, sub art. 76, in L. GUGLIELMUCCI, G. ZANARONE, G. DI CHIO, V. MANGINI, G.U. TEDESCHI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. Art. 72-83*, in *Commentario Scialoja-Branca-Legge Fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna-Roma, 1979, 230 s.; M. COSSU, *Principio di separatezza nella gestione di portafogli di investimento e insolvenza della SIM*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2002, 609, nt. 19; E. RIGHINI, sub art. 203, in *Commentario t.u.f. Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni*, II, Artt. 101 bis-216, Artt. 1-43 d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, a cura di F. Vella, Torino, 2012, 1921. Giunge ad analoghe conclusioni, infine, C. ANGELICI, *I contratti di borsa nelle procedure di soluzione della crisi*, in *Liber Amicorum Francesco Vassalli*, Torino, 2023, 19 ss., spec. 24, il quale, tuttavia, riconduce il fondamento del diniego di scelta al curatore tra prosecuzione e scioglimento del rapporto non già ad esigenze di tutela della massa dei creditori fallimentari, ma ad una più generale necessità di preservare gli equilibri del mercato che risulterebbero alterati se il curatore medesimo potesse selezionare solo i rapporti che presentano segno positivo e risolvere quelli di segno negativo.

norme evocate sono ritenute applicabili anche alle gestioni di portafogli individuali di investimento di cui all'art. 24 TUF⁴⁷, ossia alle figure del mercato finanziario che più si avvicinano a dette polizze⁴⁸.

In definitiva nel contesto delle polizze finanziarie emesse da imprese di assicurazione parrebbe di dover distinguere, in merito agli effetti del fallimento (ora liquidazione giudiziale), i contratti di investimento – quali le polizze del ramo III prive della garanzia di restituzione del capitale –, nei quali cioè il rischio dell'investimento dei capitali raccolti dall'impresa tramite i premi è posto a carico dell'assicurato, dai contratti di risparmio – quali il contratto di capitalizzazione, le polizze del ramo I sostanzialmente prive di rischio demografico, ma anche, probabilmente, le polizze del ramo III con garanzia di restituzione del capitale – nei quali il rischio dell'investimento degli stessi capitali è mantenuto dall'impresa⁴⁹: i primi sembrerebbe che si debbano sciogliere automaticamente con la dichiarazione di fallimento, senza che il curatore possa operare alcuna scelta, i secondi, invece, parrebbero rimanere sospesi in attesa che il curatore medesimo decida se sia più conveniente per la massa degli assicurati la prosecuzione o lo scioglimento del rapporto.

È evidente che tanto in caso di sospensione quanto, *a fortiori*, qualora avvenga lo scioglimento immediato del contratto, il curatore sarà sempre e comunque l'unico soggetto legittimato a ricevere eventuali pagamenti da parte della controparte del fallito, e che, conseguentemente, i pagamenti che dovessero essere effettuati dall'impresa a favore di questo, quali le somme oggetto del diritto di riscatto della polizza, risulteranno inefficaci e come tali soggette a ripetizione a favore del Fallimento.

⁴⁷ V. M. COSSU, *op. cit.*, 608; EAD., *Gestione di portafogli*, in *Diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. Irti, Milano, 2011, 451.

⁴⁸ Per tale accostamento sia consentito di rinviare a P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 100.

⁴⁹ In ordine a tale distinzione tra polizze finanziarie con funzione di risparmio e con funzione di investimento si perdoni, ancora una volta, un rinvio a P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 83 ss., spec. 119 s. Le nozioni di risparmio e investimento sono state inoltre affrontate, su un piano più generale, in ID., *Contratto di capitalizzazione*, cit., 33 ss.

Tornando, quindi, alla questione posta in principio, la qualificazione – in presenza, naturalmente, dei necessari presupposti – in termini di polizze finanziarie consente, come anticipato sin dall’inizio, di dichiarare l’inefficacia *ex art. 44, comma 2, l. fall.* (ora *art. 144, comma 1, CCII*) delle somme ricevute dall’assicurato-fallito e, quindi, l’acquisizione delle stesse alla massa fallimentare, senza il riferimento alla controversa – e, a nostro avviso, non condivisibile – distinzione tra somme ancora “dovute” e somme già “corrisposte” (per effetto del riscatto) all’assicurato.

Abstract

Il saggio esamina la sorte delle somme corrisposte, sulla base di un contratto di assicurazione sulla vita, dall’assicuratore all’assicurato nei cui confronti sia stata dichiarata la liquidazione giudiziale, con specifico riguardo all’ipotesi in cui il secondo abbia anticipatamente esercitato il diritto di riscatto. L’indagine si sofferma tanto sul fondamento del regime di impignorabilità delle somme di cui all’*art. 1923, comma 1, c.c.*, quanto sul rapporto tra primo e secondo comma di tale disposizione, dedicando, infine, attenzione al caso in cui la polizza stipulata dall’assicurato-debitore presenti natura finanziaria.

The essay examines the regime of the sums paid, on the basis of a life insurance contract, by the insurer to the insured against whom judicial liquidation has been declared, with specific regard to the hypothesis in which the insured has exercised the right of ransom in advance. The investigation dwells both on the foundation of the exemption from attachment of the sums referred to in *art. 1923, paragraph 1, of the civil code*, as regards the relationship between the first and second paragraph of this provision, finally paying attention to the case in which the policy stipulated by the insured-debtor has a financial nature.

MARIA FRANCESCA CORTESI

LA VITTIMA NELLA FASE ESECUTIVA DELLA PENA:
IMPIANTO NORMATIVO
E NUOVE PROSPETTIVE SISTEMATICHE

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. – 2. La vittima nell'affidamento in prova al servizio sociale. – 3. (*Segue*) nella liberazione condizionale. – 4. (*Segue*) nella riabilitazione. – 5. (*Segue*) nel lavoro all'esterno. – 6. La giustizia riparativa *in executivis*. – 7. Riflessioni conclusive.

1. La fase di esecuzione penitenziaria costituisce l'ultimo segmento procedimentale che si attiva con l'accertamento di un fatto di reato e ha lo scopo di dare attuazione alla pronuncia giudiziale divenuta definitiva.

L'art. 27, comma 3, Cost., imponendo che la pena tenda alla rieducazione del reo, riconosce la necessità di regolamentare forme procedimentali affidate all'autorità giudiziaria volte al controllo del comportamento tenuto dal condannato ed alla sua valutazione per il raggiungimento dell'obiettivo della risocializzazione¹.

¹ P. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in AA.VV., *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, 2006, Bologna, p. 14, il quale osserva che «La scelta a favore della giurisdizione non può dirsi completa e soddisfacente se non privilegia una giurisdizione rieducativa, cioè capace non di perpetuare sotto mentite spoglie la discrezionalità dell'amministrazione, ma di motivare con plausibilità di argomenti e sulla base di dati obiettivi e riscontrabili la prognosi positiva o negativa sullo stadio del progresso rieducativo o sul compiuto conseguimento dell'unico fine costituzionalmente imposto alla fase esecutiva della pena». Cfr., anche, G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano, 1983, p. 153, il quale definisce il procedimento di sorveglianza un «giudizio sull'autore» del reato.

Il trattamento rieducativo è, infatti, diretto a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, oltre che delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale (art. 1, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà»).

Da ciò deriva una struttura normativa incentrata sui particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, sia esso condannato o internato, volta ad incoraggiarne le attitudini e valorizzarne le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale (art. 13, comma 1, ord. penit.).

Alla luce di siffatta impostazione, se, da un lato, si riscontra nella struttura dogmatica una condivisibile concentrazione sulla figura del reo, dall'altro, si registra l'assenza di un'area ove siano riconosciuti spazi alla vittima del reato, pretermessa da siffatte dinamiche², se non nei limiti in cui essa possa contribuire al percorso di rieducazione intrapreso dall'interessato.

L'art. 1, comma 1, ord. penit., norma paradigmatica e manifesto dei canoni portanti dell'esecuzione della pena, non a caso, precisa che il trattamento penitenziario deve conformarsi a modelli che favoriscano l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione.

L'utilizzo del termine 'responsabilità' evoca proprio la necessità per il condannato di comprendere e di riconoscere la gravità del fatto di reato, il disvalore allo stesso correlato nonché il pregiudizio cagionato alla vittima. All'interno di tale cammino, che mira, se positivamente svolto, all'acquisizione di una consapevolezza idonea ad evitare la reiterazione nel reato, dovrebbe essere valorizzata, tra le al-

² G. ROSSI, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 2, p. 512, il quale osserva che «Ma, se la sottrazione del reo alla privata vendetta e poi all'arbitrio del sovrano, e infine la rieducazione quale finalità della pena, rappresentano un irreversibile progresso di civiltà giuridica, la sensibilità moderna rende l'attuale sistema penale non più in sintonia con la dignità della vittima, spesso non protetta, se non vittimizzata anche dal processo, in cui è parte ai fini della sola pretesa risarcitoria, nei limiti della rara capienza dell'offensore e comunque all'esito di processi annosi, su cui passaggi/epiloghi non è, se non di rado, neppure informata».

tre cose, proprio la previsione di contatti, sempre se volontari e consapevoli, con la persona offesa.

L'intentio legis appare, invero, ancora più esplicita nel successivo art. 13, comma 3, ord. penit., ove si specifica che nell'ambito dell'osservazione scientifica della personalità viene offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte nonché sulle possibili azioni di riparazione.

Tale ultimo precetto deve, poi, essere inteso di concerto con quanto stabilito nell'art. 27, comma 1, d.P.R. n. 230 del 2000, ove si prescrive che con il condannato o l'internato viene svolta una riflessione sulle condotte antigiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sugli effetti negativi per l'interessato e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa.

Alla luce dell'architettura legislativo citato, gli spazi riservati alla vittima all'interno del sistema penitenziario sembrerebbero, dunque, destinati 'solo' a contribuire all'effetto risocializzante a cui tende l'esecuzione della pena, senza affiancarvi alcuna ulteriore o diversa finalità.

Detta impostazione, confermata – seppur non sempre adeguatamente sviluppata – nel corso degli anni, deve, però, oggi confrontarsi con un panorama normativo mutato, ove si prospetta un ruolo nuovo e differente per la vittima all'interno dell'area disegnata nei percorsi di giustizia riparativa, consentiti ed ammessi anche nella fase esecutiva della pena e della misura di sicurezza senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità (art. 44, d.lg. 10 ottobre 2022, 150 «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari»).

La giustizia riparativa viene concepita dal legislatore italiano come un modello complementare rispetto al tradizionale orizzonte risocializzativo della sanzione penale, la cui regolamentazione organica ha fatto ingresso, per la prima volta, nel nostro ordinamento con la recente novella del 2022 e rispetto alla quale non possono escludersi effetti dirompenti, in particolare, nell'ambito della esecuzione penitenziaria.

La presente analisi, in vista dell'avvio dell'operatività delle regole dettate sul punto dal d.lg. n. 150 del 2022, a partire dal 30 giugno 2023³, mira ad analizzare, seppur senza alcuna pretesa di esaustività, i limiti e le potenzialità delle aree di interazione tra condannato e vittima già presenti nella normativa penitenziaria.

Lo scopo è di scorgere, se possibile, un nuovo orizzonte di confronto tra le parti nella prospettiva della realizzazione del fine riparativo e di verificare, dunque, l'opportunità di definire anche concettualmente uno spazio differente per la persona che ha subito il reato in una fase che, da sempre, è stata concepita come teatro esclusivo del condannato e dell'internato.

2. L'affidamento in prova al servizio sociale è una misura alternativa alla detenzione, perno centrale su cui ruota l'asse del sistema penitenziario, che consente di scontare la pena detentiva non superiore a tre ovvero a quattro anni, in ragione dei diversi presupposti stabiliti per legge, in libertà (art. 47, commi 1 e 3-*bis*, ord. penit.), sotto il controllo del servizio sociale, costituendo una modalità di *probation* declinata in fase esecutiva.

L'art. 47, comma 7, ord. penit. ha rappresentato e rappresenta ancor'oggi l'espressione più chiara con cui il legislatore concepisce tradizionalmente l'instaurazione di un rapporto dialogico tra il condannato e la vittima in sede esecutiva e si incentra sulla prescrizione per l'interessato di adoperarsi, in quanto possibile, in favore della vittima del suo reato.

In una fase focalizzata in modo esclusivo sull'osservazione della personalità del reo ed improntata sulla previsione di un trattamento individualizzato, si ammette, dunque, un intervento della vittima solo quale 'parte' di uno strumentario più complesso e multiforme,

³ Si rammenta, infatti, che le disposizioni dettate in materia di giustizia riparativa sono entrate in vigore dal 30 giugno 2023 ai sensi dell'art. 92, d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 dicembre 2022, n. 199 («Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di termini di applicazione delle disposizioni del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, e di disposizioni relative a controversie della giustizia sportiva, nonché di obblighi di vaccinazione anti SARS-CoV-2, di attuazione del Piano nazionale contro una pandemia influenzale e di prevenzione e contrasto di raduni illegali»).

ritenuto utile al fine di rafforzare il percorso di rieducazione del condannato.

La correttezza di siffatta lettura si deduce, non solo, dal dato positivo, che, seppur nella sua laconicità, non sembrerebbe lasciare diversi margini di interpretazione, ma anche dal conseguente approccio giurisprudenziale.

L'osservazione della personalità del condannato costituisce, infatti, uno dei presupposti fondanti l'ammissibilità della richiesta di affidamento in prova, che viene decisa dal tribunale di sorveglianza sulla base di molteplici parametri, individuati dalla giurisprudenza nei precedenti penali, nelle pendenze giudiziarie, nella condotta carceraria e in libertà, nelle risultanze della relazione degli assistenti sociali ed, infine, nel comportamento adottato successivamente al fatto.

Proprio in tale ultima prospettiva, peculiare attenzione è rivolta al valore da riconoscere all'omesso risarcimento dei danni alla vittima ovvero al più generico adoperarsi in suo favore da parte dell'interessato, considerate tra le più rilevanti manifestazioni della condotta successiva al reato.

Quantunque non esista un orientamento interpretativo uniforme⁴, non può negarsi che il positivo approccio con la vittima del

⁴ La Corte di cassazione talvolta sostiene che il fatto che il condannato ha mancato di adoperarsi in favore della vittima non giustifica il diniego della misura, atteso che la riparazione del danno rientra fra le prescrizioni applicabili al soggetto nei confronti del quale l'affidamento sia stato già disposto (Cass., sez. I, 18 dicembre 2017, n. 4427, *inedita*; Cass., sez. V, 21 gennaio 2014, n. 7476, in *CED Cass.*, n. 258884; Cass., sez. I, 4 giugno 2009, *Avanzi*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1650; Cass., sez. I, 21 settembre 2004, *Zampolini*, in *CED Cass.* 230361; Cass., sez. I, 8 marzo 2001, *Gammaidoni*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2897; Cass., sez. I, 5 marzo 2001, *Fratini*, *ivi*, 2002, p. 2896) oppure che la concessione dell'affidamento in prova non è subordinata al risarcimento del danno in favore della vittima, difettando una disposizione prescrittiva in tal senso, aggiungendo che l'ingiustificata indisponibilità del condannato a risarcirla dei danni arrecati rientra tra gli elementi di segno negativo valutabili per il diniego della misura (Cass., sez. I, 26 maggio 2020, n. 19282, *inedita*; Cass., sez. I, 15 giugno 2017, n. 39266, in *CED Cass.*, n. 271226; Cass., sez. I, 21 settembre 2016, n. 5981, in *CED Cass.*, n. 269033; Cass., sez. I, 27 marzo 2003, in *CED Cass.*, n. 224003; Cass., sez. I, 6 agosto 2001, *Iegiani*, in *CED Cass.*, n. 219606); altre volte la Suprema Corte ritiene che l'ingiustificata indisponibilità del condannato a risarcire la vittima costituisca elemento di segno negativo legittimamente valutabile dal tribunale per rifiutargli l'affidamento in prova al servizio sociale, non rilevando che il risarcimento dei danni non sia previsto dalla norma come

reato sia espressivo di un progresso nell'evoluzione della personalità del condannato, idoneo a segnare il raggiungimento di una maturazione sufficiente per ritenere l'affidamento in prova capace di contribuire alla rieducazione del reo e ad assicurare la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati (art. 47, comma 2, ord. penit.).

In virtù di siffatto rilievo si comprende il motivo per cui la condotta dell'interessato rispetto alla vittima costituisca, non solo, uno degli elementi che vengono valutati ai fini della ammissibilità della misura alternativa, ma anche una delle prescrizioni espressamente indicate nella *littera legis* per la definizione delle modalità esecutive della misura medesima.

Tra le regole, che vanno a disegnare il contenuto sostanziale dell'affidamento in prova, si annovera, come anticipato, proprio l'adoperarsi, in quanto possibile, in favore della vittima⁵, prescrizione che, però, nella sua genericità rischia di creare effetti particolarmente afflittivi nei confronti dell'interessato, se non adeguatamente rapportata al caso concreto e supportata da idonei interventi del servizio sociale, in ragione delle conseguenze per il condannato connesse alla dichiarazione di revoca cagionata da un comportamento contrario alle prescrizioni adottate (art. 47, comma 11, ord. penit.) ovvero all'esito negativo del periodo di prova.

3. La liberazione condizionale è una misura premiale, disciplinata dagli artt. 176 e 177 c.p., la quale sospende l'esecuzione della pena, per un certo tempo, trascorso il quale la stessa si estingue, se il condannato non commette altro reato.

Al fine della concessione occorre accertare la sussistenza di specifiche condizioni: la condotta dell'interessato durante l'esecuzione della pena deve far ritenere sicuro il suo ravvedimento; deve avere espiato almeno una parte della stessa, quantificata ai sensi dell'art. 176, commi 1, 2 e 3, c.p.; deve aver adempiuto le obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che non dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle.

condizione per la concessione della misura alternativa *de qua* (Cass., sez. I, 25 settembre 2007, n. 39474, in *CED Cass.*, n. 237740)

⁵ Cass., sez. I, 21 novembre 2018, n. 11923, in *CED Cass.*, n. 275171-01; Cass., sez. I, 21 novembre 2012, n. 2614, in *CED Cass.*, n. 254235; Cass., sez. I, 23 febbraio 2012, n. 9676, in *CED Cass.*, n. 252922.

La persona offesa rileva, dunque, nell'ambito di tale complessa valutazione in relazione all'avvenuto adempimento dell'obbligo risarcitorio (sempre che coesista la qualifica di soggetto danneggiato dal reato), sebbene la giurisprudenza di legittimità abbia inteso tale presenza in modo ancora più ampio ed omnicomprensivo non limitandola alla mera ricezione da parte del condannato di un sostegno economico⁶, lettura estensiva che, tra l'altro, ha superato positivamente il vaglio della Corte costituzionale⁷.

Anche in questo caso, dunque, non solo, l'impostazione letterale del precetto in esame, ma anche l'orientamento interpretativo

⁶ Cass., sez. I, 16 gennaio 2007, n. 3675, in *CED Cass.*, n. 235796, secondo cui, in tema di ravvedimento del condannato, tra gli elementi valutabili può essere considerato il grado di interesse e di concreta disponibilità del condannato a fornire alla vittima del reato ogni possibile assistenza, ma il risarcimento del danno alla persona offesa non è sufficiente da solo a costituire prova del ravvedimento. È, infatti, necessario che il giudice valuti globalmente la condotta del soggetto, al fine di evidenziare come l'azione rieducativa complessivamente svolta abbia avuto per risultato il compiuto ravvedimento del reo, all'esito di una revisione critica della propria vita anteatta; Cass., sez. I, 18 maggio 2005, n. 25982, in *CED Cass.*, n. 232001, secondo cui, in tema di liberazione condizionale, nella valutazione del requisito del ravvedimento di cui all'art. 176, comma 1, c.p., il comportamento del condannato nei confronti delle vittime non rappresenta una condizione alternativa a quella dell'adempimento delle obbligazioni civili di cui al quarto comma del medesimo articolo. Ne consegue che l'interessamento nei confronti delle vittime può assumere rilevanza quale sintomo di sussistenza di un ravvedimento, ma la mancanza di tale atteggiamento non lo esclude; infatti, il ravvedimento può essere desunto dall'insieme di atteggiamenti esteriorizzati, che risultino idonei a formulare una seria prognosi di conformazione del condannato al quadro di riferimento ordinamentale; Cass., sez. I, 20 dicembre 1999, in *CED Cass.*, n. 7248, *inedita*.

⁷ Corte cost. 9 maggio 2001 (dep. 17 maggio), n. 138, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 176 c.p., in riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., nella parte in cui, secondo l'interpretazione della Corte di cassazione, attribuisce particolare rilievo, ai fini della valutazione del 'sicuro ravvedimento' richiesto per la concessione della liberazione condizionale, nel caso in cui il condannato si trovi nell'impossibilità di adempiere le obbligazioni civili derivanti dal reato, alle manifestazioni di effettivo interessamento del condannato stesso per la situazione morale e materiale delle persone offese ed ai tentativi fatti, nei limiti delle sue possibilità, per attenuare se non riparare interamente, i danni provocati, atteso che, lungi dall'essere in contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., tali comportamenti costituiscono l'adempimento di doveri riconducibili al dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. In argomento, cfr., G. ROSSI, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 2, pp. 518 e ss.

concorde convergono nel ritenere l'effettività di tale adempimento espressione della serietà della revisione critica operata dal condannato rispetto alle pregresse scelte criminali⁸.

Si conferma, pertanto, il ruolo della vittima quale elemento probante la positiva evoluzione della personalità del condannato, evoluzione utile per l'attuazione del fine rieducativo imposto dal dettato costituzionale.

4. La riabilitazione è una causa estintiva delle pene accessorie e di ogni altro effetto penale della condanna, salvo che la legge disponga altrimenti (art. 178 c.p.)⁹.

Le condizioni per la concessione della riabilitazione, oltre il tempo trascorso così come prescritto dal dato normativo, sono che l'interessato non sia stato sottoposto a misura di sicurezza (tranne che si tratti di espulsione dello straniero dallo Stato ovvero di confisca) e il provvedimento non sia stato revocato nonché che egli abbia adempiuto alle obbligazioni civili derivanti dal reato, a meno che dimostri di trovarsi nella impossibilità di adempierle (art. 179 c.p.)¹⁰.

⁸ Cass., sez. V, 10 dicembre 2019, n. 11331, in *CED Cass.*, n. 279041-01; Cass., sez. I, 15 febbraio 2008, n. 9815, in *CED Cass.*, n. 239182, secondo cui, in tema di liberazione condizionale, il giudice deve valutare, tra gli altri elementi, il grado di interesse e di concreta disponibilità dimostrato dal condannato nei confronti delle vittime: tale elemento tuttavia va considerato in modo globale, insieme alla condotta complessiva del soggetto ai fini dell'accertamento dell'efficacia dell'azione rieducativa; Cass., sez. I, 15 febbraio 2008, n. 9815, in *CED Cass.*, n. 239182.

⁹ Si rammenta che, in seguito alla novella del 2019, l'art. 179 c.p. specifica che la riabilitazione non produce effetti sulle pene accessorie perpetue, le quali si estinguono, decorso un termine non inferiore a sette anni, sempre che l'interessato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta.

¹⁰ Nel senso che detto onere grava sul condannato: Cass., sez. I, 7 novembre 2018, n. 10556, in *CED Cass.*, n. 274887-01, secondo cui, in tema di riabilitazione, la dimostrazione spettante al condannato, dell'impossibilità di adempimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato deve fondarsi su dati oggettivi, relativi agli introiti disponibili e al carico familiare, e non può ritenersi raggiunta con un'autocertificazione generica, di contenuto valutativo, con la quale si faccia riferimento a un concetto di sufficienza delle entrate limitata al mantenimento della famiglia, implicante un giudizio meramente soggettivo che non consente al tribunale un controllo di conformità al vero; Cass., sez. I, 11 maggio 2018, n. 23359, in *CED Cass.*, n. 273143, secondo cui, in tema di riabilitazione, l'assenza di reddito del condannato costituisce un'ipotesi di rimozione del limite alla concedibilità del beneficio, valu-

È proprio in relazione a tale aspetto che si ha riguardo alla posizione della persona offesa, al contempo danneggiata dal reato¹¹, quantunque la giurisprudenza di legittimità, anche in questa circostanza, sottolinei la necessità, non certo, di una specifica iniziativa in materia risarcitoria della vittima che lamenti un danno derivante dal reato (pur in assenza della costituzione di parte civile), quanto piuttosto di una idoneo impulso da parte del condannato, essendo dirimente proprio siffatta condotta ai fini della operatività del meccanismo in esame in quanto espressiva della raggiunta rieducazione¹².

Alla luce quanto premesso, il soggetto leso è inteso, dunque, come una sorta di 'condizione' su cui poggia l'accoglimento dell'istanza *de qua*, posto che dal comportamento adottato dall'interessato verso la vittima è possibile valutare se il grado di raggiungimento del fine rieducativo consenta l'adozione del provvedimento di riabilitazione, a prescindere dalla sussistenza o meno di una iniziativa della persona offesa¹³.

tabile ai sensi dell'art. 179, comma 6, n. 2, c.p., in quanto tale circostanza giustifica l'inadempimento delle obbligazioni civili da reato.

¹¹ Cass., sez. I, 19 febbraio 2019, n. 17636, in *CED Cass.*, n. 275382-01, secondo cui, in tema di riabilitazione, l'offerta di una somma manifestamente adeguata rispetto al danno subito dalla parte lesa, anche se non costituita in giudizio, non può essere ritenuta idonea a configurare una volontà di ristoro e di eliminazione delle conseguenze derivate dal reato, soprattutto quando le condizioni economiche del condannato possano consentirgli di provvedere al risarcimento in maniera maggiormente adeguata anche se non necessariamente adeguata. Cass., sez. I, 26 febbraio 2015, n. 23343, in *CED Cass.*, n. 263783, secondo cui, in tema di riabilitazione del condannato, la prescrizione del credito relativo alle obbligazioni civili derivanti da reato può essere dichiarata soltanto dal giudice civile competente, in quanto essa non può essere dichiarata, in sede penale, in base al solo decorso del tempo, ma è necessario accertare anche se vi sia stata interruzione o sospensione del termine di prescrizione e, a tali fini, la semplice inattività della persona offesa non può essere interpretata come rinuncia.

¹² Cass., sez. I, 26 febbraio 2015, n. 23343, in *CED Cass.*, n. 263782, secondo cui, in tema di riabilitazione del condannato, l'adempimento dell'obbligo risarcitorio non è subordinato alla proposizione di una richiesta da parte della persona offesa, dovendo, pertanto, in difetto di quest'ultima, l'iniziativa essere assunta dall'interessato alla riabilitazione, mediante consultazione del soggetto danneggiato od idonea offerta riparatoria.

¹³ Cass., sez. I, 7 novembre 2014, n. 49446, in *CED Cass.*, n. 261276, secondo cui, in tema di riabilitazione, l'adempimento dell'obbligazione risarcitoria o comunque l'attivarsi del condannato al fine di eliminare tutte le conseguenze di or-

Anzi, a ben vedere, proprio la spontaneità e l'ampia disponibilità del condannato potrebbero rappresentare elementi atti a corroborare in maniera più significativa l'esistenza del menzionato requisito¹⁴.

Da siffatte osservazioni, emerge, dunque, come la figura della vittima costituisca pure ai fini dell'operatività di detto istituto un 'accessorio' utile al fine di consentire ai giudici di sorveglianza di valutare la presenza di un grado di rieducazione sufficiente per ottenere il beneficio *de quo* e 'adoperata', quindi, quale riscontro rispetto all'avanzamento verso l'obiettivo a cui tende l'art. 27, comma 3, Cost.

5. Sulla scia tracciata dalle disposizioni esaminate si inserisce, infine, anche il precetto di cui all'art. 21 ord. penit., disciplinante le regole che governano il lavoro all'esterno.

Il lavoro costituisce, infatti, uno dei pilastri su cui si fonda il trattamento rieducativo (art. 15 ord. penit.) e, in quest'ottica, si evidenzia una funzione, se è possibile, ancora più significativa laddove si prevede che i detenuti e gli internati possono essere assegnati a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati da loro commessi¹⁵ (art. 21, comma 4-ter, ord. penit.).

Tale modalità rappresenta una forma di contatto con le vittime, ancora una volta, parametrata alla consueta prospettiva su cui si de-

dine civile derivanti dal reato, costituisce condizione imprescindibile per la concessione del beneficio anche quando sia mancata nel processo la costituzione di parte civile e non vi sia stata alcuna pronuncia in ordine alle obbligazioni civili conseguenti al reato.

¹⁴ Cass., sez. I, 11 luglio 2014, n. 45045, *inedita*, secondo cui non è illegittima né illogica l'ordinanza del tribunale di sorveglianza che, pur dando atto dell'impossibilità di integrale adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato, respinga tuttavia la richiesta di riabilitazione per l'indisponibilità del condannato, da parte del quale sia certa ed incontestata la percezione di un reddito, a qualsiasi concreta iniziativa, compatibile con le proprie possibilità economiche, a favore delle persone offese o danneggiate dal reato, siccome non dimostrativa della conseguita emenda.

¹⁵ L'art. 21, comma 4-ter, ord. penit. esclude, peraltro, l'estensione di siffatto precetto nei confronti dei condannati e degli internati per il delitto di cui all'art. 416-bis c.p. e per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste.

clina l'intera esecuzione della pena nell'ordinamento italiano focalizzata sull'effetto risocializzante della sanzione.

6. Il quadro ora delineato permette senz'altro di individuare un *fil rouge*.

Pur all'interno di istituti strutturati in maniera differente, volti a caratterizzare la progressività tipica del trattamento penitenziario, lo spazio di incontro da costruirsi tra condannato o internato e vittima presenta un nucleo costante e comune. Esso è, infatti, destinato ad essere valorizzato, qualora sortisca effetti positivi, nell'ambito del complesso e multiforme giudizio che involge la personalità del reo all'interno del percorso penitenziario.

Una prospettazione differente muove, invece, il modello riparativo, al punto da poter addirittura mettere in discussione l'esclusività del rapporto anzidetto.

La volontà di dedicare una parte della disciplina positiva alla giustizia riparativa non costituisce, di certo, un obiettivo privilegiato solo nella c.d. Riforma Cartabia, quantunque ad essa debba riconoscersi il merito di essere stata la prima ad aver concretizzato idee e proposte da lungo tempo oggetto di discussioni tra gli studiosi e i pratici del diritto.

Un precedente tentativo¹⁶ che, più di altri, ha imposto una seria riflessione sul tema era, tra l'altro, contenuto nell'art. 1, comma 85, lett. f), l. 23 giugno 2017, n. 103 («Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario»), che indicava tra i criteri di delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario la «previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti il percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative».

¹⁶ Si richiamano, a tal fine, anche gli esiti del Tavolo XIII degli Stati generali dell'esecuzione penale, ove, in particolare, si sottolinea come la giustizia riparativa presenti una dimensione originaria e uno spessore giuridico-operativo che portano a concepirla come un paradigma di giustizia a sé stante, culturalmente e metodologicamente autonomo, contenutisticamente innovativo, spendibile in ogni stato e grado del procedimento e volto a rinnovare alla radice l'approccio e la risposta al crimine.

Tale scelta era stata, a suo tempo, salutata con grande interesse¹⁷, in quanto capace di determinare una svolta considerata epocale per la struttura dell'esecuzione penitenziaria e in armonia con le indicazioni offerte, in questo senso, dalla direttiva 2012/29/UE¹⁸.

La giustizia riparativa, definita proprio all'art. 2, par. 1, lett. d), direttiva 2012/29/UE come qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale, costituisce, infatti, una modalità di superamento del conflitto cagionato dal fatto illecito idonea a determinare un coinvolgimento della persona offesa nelle peculiari dinami-

¹⁷ F. FIORENTIN, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, 2017, Pisa, p. 317, il quale sottolinea che «La direttiva intende rispondere a un'esigenza fortemente avvertita dalla coscienza sociale e dovrebbe consentire il superamento dell'attuale assetto, in cui la vittima del reato costituisce la "grande assente" nell'attuale dinamica esecutiva della pena. Il criterio in analisi sembra coinvolgere la fase dell'esecuzione penale nel suo complesso e tutte le misure alternative, superando l'attuale disciplina che limita all'affidamento in prova al servizio sociale la prescrizione in capo al condannato di adoperarsi "in quanto possibile" in favore della vittima del reato (art. 47, ord. penit.)».

¹⁸ L'art. 12, direttiva 2012/29/UE, rubricato "Diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa", stabilisce, infatti, che «1. Gli Stati membri adottano misure che garantiscono la protezione delle vittime dalla vittimizzazione secondaria e ripetuta, dall'intimidazione e dalle ritorsioni, applicabili in caso di ricorso a eventuali servizi di giustizia riparativa. Siffatte misure assicurano che una vittima che sceglie di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa abbia accesso a servizi di giustizia riparativa sicuri e competenti e, almeno alle seguenti condizioni: a) si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza, e se sono basati sul consenso libero e informato, che può essere revocato in qualsiasi momento; b) prima di acconsentire a partecipare al procedimento di giustizia riparativa, la vittima riceve informazioni complete ed obiettive in merito al procedimento stesso e al suo potenziale esito, così come informazioni sulle modalità di controllo dell'esecuzione di un eventuale accordo; c) l'autore del reato ha riconosciuto i fatti essenziali del caso; d) ogni accordo è raggiunto volontariamente e può essere preso in considerazione in ogni eventuale procedimento penale ulteriore; e) le discussioni non pubbliche che hanno luogo nell'ambito di procedimenti di giustizia riparativa sono riservate e possono essere successivamente divulgate solo con l'accordo delle parti o se lo richiede il diritto nazionale per preminenti motivi di interesse pubblico. 2. Gli Stati membri facilitano il rinvio dei casi, se opportuno, ai servizi di giustizia riparativa, anche stabilendo procedure o orientamenti relativi alle condizioni di tale rinvio».

che di esecuzione della pena ovvero, ancora prima, capace di evitare di giungere alle forme tradizionali di accertamento della responsabilità penale¹⁹.

Le lodevoli intenzioni del legislatore delegante del 2017 non hanno, però, trovato attuazione nella disciplina normativa che ne è seguita, se si escludono tracce, veramente poco incisive, contenute in alcuni precetti riformati²⁰.

L'importanza della novella del 2022 è, invero, da riconoscersi anche rispetto ad altri profili, che non si esauriscono nel tratto della novità.

Fra tutti è certo da plaudire, da un lato, la volontà di non circoscrivere l'accessibilità ai programmi di giustizia riparativa esclusivamente alla fase dell'esecuzione della pena, quantunque, a parere di chi scrive, essa continui a rappresentare la sede elettiva per il raggiungimento di molti degli obiettivi che la caratterizzano²¹, dall'altro,

¹⁹ In argomento, cfr., E. BONESU, *La giustizia riparativa: un modello alternativo di risoluzione dei conflitti ed uno strumento rieducativo in fase esecutiva*, in *Riv. giur. sarda*, 2020, n. 2, pp. 89.

²⁰ A. PRESUTTI, *Porte aperte al paradigma riparativo nella l. 27 settembre 2021, n. 134 di riforma della giustizia penale*, in *Sistema penale*, 20 luglio 2022, p. 6, la quale sottolinea che «Dell'ambizioso progetto, proiettato a rinvigorire finalismo rieducativo e umanizzazione della pena, (art. 27 Cost.), potenziando specialmente l'applicazione delle misure alternative alla detenzione, tra amputazioni e arretramenti, quanto all'esecuzione penale per adulti, si è infine privilegiato il trattamento intramurario. Se rigidità e scelte al ribasso connotano pure le innovazioni che hanno investito il corrispondente settore minorile, va detto che, in entrambi gli ambiti, l'ingresso della giustizia riparativa si risolve, rispettivamente, nell'invito minimalista a promuovere, "una riflessione [...] sulle conseguenze prodotte, in particolare per le vittime, nonché sulle possibili azioni di riparazione" (art. 13 comma 3 ord. penit.)²¹ e a "favorire percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato" (art. 1 comma 2 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121)²²: enigmatici riferimenti a un imbarazzante vuoto normativo».

²¹ D. VICOLI, *La mediazione in fase esecutiva nel sistema italiano: il quadro normativo e le dinamiche applicative*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, 2021, v. 7, n. 3, p. 2293, il quale sul punto, in modo condivisibile, osserva che in sede di esecuzione della pena «il tema della colpevolezza risulta "blindato" dalla sentenza irrevocabile. La forza vincolante della presunzione d'innocenza e delle altre garanzie che devono guidare la verifica sulla fondatezza dell'accusa si è ormai esaurita. Non serve, quindi, interrogarsi sui presidi necessari per impedire l'aggiramento di fondamentali principi costituzionali. Da questo punto di vista, il campo si presenta libero da possibili interferenze».

l'aver escluso preclusioni ispirate alla tipologia di reato o alla sua gravità, consapevoli della diversa dimensione su cui si muovono le dinamiche caratterizzanti il 'fronte' riparativo.

Il paradigma prescelto è stato, pertanto, concepito non già come un apparato sostitutivo, ma come destinato ad arricchire il modello già esistente.

Il versante tradizionale e il versante riparativo non sottendono «inconciliabili separatezze»²², ma devono essere intesi come parti di un complesso sistema di risposte che l'ordinamento giuridico predispone rispetto alla eventuale realizzazione di un illecito penale.

In particolare, proprio la relazione che si instaura tra la persona indicata come autore dell'offesa²³ e la vittima²⁴ costituisce un elemento distintivo su cui si poggiano i programmi di giustizia riparativa.

Essa è caratterizzata dal fatto che i protagonisti vi partecipano in modo libero, attivo e volontario ed è rigidamente uniformata in modo da garantire un'equa considerazione degli interessi di tutti coloro che vi sono coinvolti (art. 43, comma 1, lett. b), d.lg. n. 150 del 2022).

È evidente, anche alla luce di quanto in precedenza esposto, come tali connotati palesino una natura in un certo qual senso rivoluzionaria se paragonata al modello tradizionale penale, modalità che

²² P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, in *Sistema penale*, 27 febbraio 2023, p. 2, la quale, tra l'altro, sottolinea come dall'intervento organico del legislatore emerga «una dimensione di "costruzione" della giustizia, intesa come rispetto dei limiti e come tessitura delle relazioni, protesa ad arricchire il senso costituzionale della pena, e ad affermare la "giustizia dell'essere", accanto alla prevalente giustizia "dell'avere"».

²³ L'art. 42, comma 1, lett. c), d.lg. n. 150 del 2022 definisce persona indicata come autore dell'offesa «1) la persona indicata come tale dalla vittima, anche prima della proposizione della querela; 2) la persona sottoposta alle indagini; 3) l'imputato; 4) la persona sottoposta a misura di sicurezza personale; 5) la persona condannata con pronuncia irrevocabile; 6) la persona nei cui confronti è stata emessa sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, anche ai sensi dell'articolo 344-bis del codice di procedura penale, o per intervenuta causa estintiva del reato».

²⁴ L'art. 42, comma 1, lett. b), d.lg. n. 150 del 2022 definisce vittima del reato «la persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona».

trova la sua *ratio* proprio nella differenza tra i due paradigmi che non consente di operare né concettualmente né operativamente alcuna sovrapposizione o omologazione.

Se è indubbio che il punto di partenza sia sempre il conflitto generato dal fatto di reato, si abbandonano le contrapposizioni tipiche del processo penale per abbracciare un sistema ove viene offerta uguale considerazione alle persone coinvolte senza indulgere in posizioni che esaltino esclusivamente, da un lato, la lesione inferta alla vittima e, dall'altro, la responsabilità penale dell'autore accertata in via definitiva.

Il personalismo, che connota in modo inequivoco il percorso riparativo, viene, infatti, ancora più esaltato in una fase come quella esecutiva già strutturalmente priva di quella rigidità procedurale tipica del procedimento di cognizione e privata di quelle ontologiche contrapposizioni processuali.

Tale innata diversità non si traduce, comunque, in una assoluta impermeabilità.

I percorsi sono naturalmente sdoppiati in modo da non comprometterne la genuinità dei tratti distintivi²⁵, ma sono concepite finestre di contatto, forme di intersezioni, ove poter far confluire gli eventuali risultati raggiunti.

Attraverso questa logica, pertanto, la giustizia penale convenzionale può giovare degli esiti tipici della riparazione²⁶ anche *in executivis*, arricchendo il convincimento giudiziale necessario per valutare l'accesso ai benefici penitenziari con un bagaglio di conoscenza ulteriore e, fino ad ora, inedito da veicolare ai fini della decisione da assumere.

²⁵ P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, in *Sistema penale*, 27 febbraio 2023, p. 9, la quale evidenzia che «L'area riparativa e la sua specifica caratterizzazione rituale orientano i partecipanti verso una riflessione responsiva sul concetto del limite e sul suo superamento, sulla realizzazione di una nuova misura del conflitto, ove la vittima e la persona indicata come autore dell'offesa possono elaborare pensieri complessi agendo sul precetto contenuto in una norma». In argomento cfr., pure, F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sistema penale*, 8 settembre 2021, p. 5.

²⁶ Cfr. M. DONINI, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 2028 e ss.

Che tali risultati possano trovare terreno fertile pure all'interno del tradizionale sistema ispirato al finalismo rieducativo lo ha, d'altronde, già da tempo evidenziato la Corte costituzionale, che sempre più di frequente sottolinea come i principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost. esigano di contenere la privazione della libertà e la sofferenza inflitta alla persona umana nella misura minima necessaria e sempre allo scopo di favorirne il cammino di recupero, di riparazione, di riconciliazione e di reinserimento sociale²⁷.

Sulla scia di questa impostazione, la giustizia riparativa, così come concepita dal legislatore del 2022, sfugge da logiche moralizzanti e si incentra sui fatti e sulle persone, ponendosi in piena continuità con il percorso di individualizzazione del trattamento penitenziario che dovrebbe trovare la sua massima esplicazione proprio nel riconoscimento della dignità di ogni singolo soggetto.

L'esistenza di una stretta interconnessione e l'apertura di uno spazio di interrelazione tra i due modelli trova una prima traccia, non a caso, proprio all'interno dell'art. 13 ord. penit., norma programmatica in tema di trattamento, ove al comma 4 si prevede un impegno in capo alla magistratura di sorveglianza, all'amministrazione penitenziaria e, più in generale, a tutti gli operatori di favorire nei confronti dei condannati e degli internati il ricorso alla giustizia riparativa.

A ciò si raccorda, poi, il contenuto dell'art. 15-*bis*, comma 2, ord. penit., di nuovo conio, ove si prescrive che la partecipazione al programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo²⁸ sono valutati ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, della concessione delle misure alternative alla detenzione, della liberazione condizionale.

D'altro canto, però, non viene stigmatizzato, sempre ai medesimi fini, l'assenza di effetti, poiché, correttamente, si ribadisce che, in ogni caso, non si tiene conto della mancata effettuazione del pro-

²⁷ Corte cost. 7 giugno (dep. 13 giugno) 2017, n. 179.

²⁸ Nella nuova grammatica del diritto per esito riparativo deve intendersi qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa, volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti (art. 42, comma 1, lett. e), d.lg. n. 150 del 2022).

gramma, dell'interruzione dello stesso o del mancato raggiungimento dell'esito riparativo.

A ulteriore comprova dell'alterità del modello riparativo rispetto a quello tradizionale, il legislatore del 2022 è intervenuto sulla disciplina dell'affidamento in prova, che, come prima accennato è espressione di una interlocuzione assai differente tra condannato e persona offesa, per specificare che nella valutazione dell'esito positivo della prova possa essere preso in considerazione anche lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo (art. 47, comma 12, ord. penit.).

In modo similare, la nuova formulazione dell'art. 4-*bis* ord. penit. indica, nei commi 1-*bis* e 1-*bis*.1, tra i parametri utili per superare il divieto di concessione di benefici nei confronti di coloro che non collaborano con la giustizia, unitamente ad un complesso sistema di requisiti e di condizioni specifici, la sussistenza di iniziative dell'interessato in favore delle vittime sia nelle forme risarcitorie sia in quelle della giustizia riparativa.

Ciò a testimonianza di come anche nell'ambito di una disciplina così delicata e divisiva, gli esiti del modello riparativo possano contribuire a costruire il giudizio sulla personalità del condannato e dell'internato.

7. Il panorama che si prospetta nell'immediato futuro appare, alla luce delle riflessioni esposte, di grande interesse.

L'aver ancorato al principio di legalità il modello riparativo costituisce, infatti, una scelta condivisibile e convincente, capace di superare le riluttanze verso una modalità di concepire la pena che, da tempo, comunque, si sta facendo largo nel nostro sistema affrancandola dalla marginalità in cui finora è stata confinata.

È evidente, altresì, come si tratti di un paradigma che si muove secondo protagonisti, tempi ed esiti che, per aver l'opportunità di inserirsi nelle maglie del nostro ordinamento deve mantenersi rigidamente nel separato alveo previsto dal d.lg. n. 150 del 2022.

Sarà, però, solo la prassi operativa a consentire di formulare valutazioni ulteriori anche rispetto alla posizione che sarà chiamata ad assumere la vittima del reato nonché alle ripercussioni che potrebbero riflettersi sulla esecuzione della pena.

Allo stato, nonostante la perfettibilità di ogni sistema, sembrerebbe accettabile il bilanciamento raggiunto, tenuto conto che il ruolo più o meno ampio riconosciuto alla stessa non può non essere influenzato dai differenti risultati cui mirano la giustizia penale convenzionale e la giustizia riparativa.

Abstract

La posizione marginale della vittima nella fase di esecuzione della pena è diretta conseguenza di un sistema normativo che, ispirato ad un modello di giustizia rieducativa, incentra l'attenzione, quasi esclusivamente, sulla personalità del condannato. Il suo ruolo è, dunque, funzionale solo al raggiungimento dell'obiettivo imposto dall'art. 27, comma 3, Cost. Siffatta prospettiva muta del tutto con le regole della giustizia riparativa. L'analisi che segue, partendo dal dato positivo, cerca di tracciare le linee evolutive sul tema in vista della prossima entrata in vigore del nuovo paradigma di giustizia.

The marginal position of the victim in the execution phase of the sentence is a direct consequence of a regulatory system which, inspired by a model of re-educational justice, focuses attention almost exclusively on the personality of the convict. His role is, therefore, functional only to the achievement of the objective imposed by the art. 27, paragraph 3, of the Constitution. This perspective changes completely with the rules of restorative justice. The analysis that follows, starting from the positive data, tries to trace the evolutionary lines on the subject in view of the imminent entry into force of the new paradigm of justice.

RICCARDO FERCIA

‘PERICULI PRETIUM’.
REALITÀ DEL PROCEDIMENTO
E ALEATORIETÀ DELL’ATTO

SOMMARIO: 1. La legge *Periculi pretium* nella silloge di van Eck: materiali per un approccio al testo con una proposta di traduzione. – 2. La connessione del discorso di Scevola con Paul. D. 39.6.35.3 nel prisma rimediale della *condictio*. – 3. *Periculum* e *creditum* nel ragionamento di Scevola: un modello di riflessione per il civilista contemporaneo.

1. «Realità del procedimento e aleatorietà dell’atto» è il titolo del paragrafo con cui Giuseppina Capaldo, alla quale dobbiamo un interessante volume denso di problemi e prospettive su contratto aleatorio ed alea, conclude il capitolo dedicato alla ‘categoria’ della figura negoziale analizzata¹: si tratta, peraltro, di una questione che, secondo me, pone interrogativi che possono forse essere, se non risolti, quanto meno esattamente compresi solo interrogando la storia, ed in particolare una delle ‘sette leggi dannate delle Pandette’ discusse da Cornelis van Eck nella sua dissertazione dottorale del 1682, di cui di recente ho avuto modo di curare la riedizione con una traduzione critica².

Il giovane giurista olandese, infatti, collocava *ex novo* nella sua silloge, non coincidente con il canone tradizionale, verosimilmente

¹ G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004, p. 217 ss., in particolare p. 221 ss.

² C. VAN ECK, *Le sette leggi dannate delle Pandette. Ovvero, le croci dei giuristi*, Presentazione, traduzione critica e testo a cura di R. Fercia, Pisa, 2020, p. 119 ss.

medievale, delle *cruces iurisconsultorum*³, un difficile – ma certo non inafferrabile – passo escerpito dal sesto libro dei *Responsa* di Cervidio Scevola⁴, da sempre crocevia dei problemi posti dal cosiddetto ‘*foenus quasi nauticum*’⁵, vale a dire una figura di finanziamento in cui, analogamente al caso del *foenus nauticum*⁶, la restituzione del ca-

³ Si tratta delle *leges Mater*, 19 ff. *de inofficioso testamento* (Paul. 2 *quaest.* D. 5.2.19); *Lecta*, 40 ff. *de rebus creditis* (Paul. 3 *quaest.* D. 12.1.40); *Frater* (a fratre), ff. 38 *de conditione indebiti* (Afr. 9 *quaest.* D. 12.6.38); *Gallus*, 29 ff. *de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis* (Scaev. 6 *quaest.* D. 28.2.29); *Filium*, 24 C. *familiae erciscundae* (Impp. Diocl. et Max. AA. et CC. Socrati C. 3.36.24); *Ejus*, 41 ff. *de rebus creditis* (Afr. 8 *quaest.* D. 12.1.41). Ai primi due esamettri che ricordano queste sei *leges ‘damnatae’* si aggiungono dunque altri tre versi che completano il canone delle *cruces* con l’indicazione di ulteriori sei *leges*, qualificate questa volta come ‘*famosae*’: si tratta delle *leges Vinum*, 22 ff. *de rebus creditis* (Iul. 4 *ex Minicio* D. 12.1.22); *Non dubium*, 5 C. *de legibus et constitutionibus principum* (Impp. Theod. et Valent. AA. Florentio pp. C. 1.14.5); *Quoties*, 15 C. *de rei vindicatione* (Impp. Diocl. et Max. AA. et CC. Aurelio Proculino C. 3.32.15); *Rem*, 2 C. *de rescindenda venditione* (Impp. Diocl. et Max. AA. Aurelio Lupo C. 4.44.2); *Barbarius Philippus*, 3 ff. *de officio praetorum* (Ulp. 38 *ad Sab.* D. 1.14.3); *Diffamari*, 5 C. *de ingenuis manumissis* (Impp. Diocl. et Max. AA. et CC. Crescenti C. 7.14.5). A fronte di questo canone, van Eck sceglie di commentare solo tre delle (sei) *leges damnatae* ‘tradizionali’, vale a dire *Lecta*, *Frater* e *Gallus*, per cui espunge *Mater*, *Filium* ed *Ejus*; quest’ultima, immediatamente successiva, nel Digesto, alla legge *Lecta*, viene da lui citata, ma non esaminata; tra le *leges ‘famosae’* del Digesto, esclude *Barbarius Philippus*; considera ‘*damnata*’ la legge *Vinum*, che nella prospettiva originaria era semmai ‘*famosa*’; riconfigura, quindi, il catalogo (delle sole *leges ‘damnatae’*) limitandolo al Digesto – il Codex con le sue ben note oscurità resta del tutto fuori dalla *disputatio* – e vi inserisce *ex novo* le leggi *Centum Capuae*, 8 ff. *de eo quod certo loco* (Afr. 3 *quaest.* D. 13.4.8), *Cum societas*, 69 ff. *pro socio* (Ulp. 32 *ad ed.* D. 17.2.69), e *Periculi pretium*, 5 ff. *de nautico foenore* (Scaev. 3 *resp.* D. 22.2.5). Sul punto, cfr. R. FERCIA, *Leges ‘damnatae’ e leges ‘famosae’. Il nuovo ‘canone olandese’ e le forme giuridiche del quotidiano*, in C. VAN ECK, *Le sette leggi*, cit., p. 11 ss., in particolare p. 25.

⁴ A seguire O. LENEL, *Paligenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889, col. 316, resta incerta, all’interno del libro VI, l’inerenza del passo ad uno specifico tema.

⁵ Sul dibattito nel diritto europeo può farsi riferimento alla sintesi che si legge in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XII, tradotto e annotato da S. Perozzi, F. Mancaleoni, L. Gianturco e L. Ferrara, Milano, 1906, p. 131 ss.

⁶ Su cui in generale si veda, per tutti, A. PETRUCCI, *Particolari aspetti giuridici dell’organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione*, in P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino, 2010, p. 281 ss., con letteratura.

pitale erogato è condizionata al successo di un'iniziativa lucrativa particolarmente rischiosa, la cui obiettiva incertezza è di conseguenza posta a carico del finanziatore che, peraltro, è legittimato in tal caso a pattuire – a titolo di *'periculi pretium'*, cioè di remunerazione del rischio assunto – la corresponsione di *usurae*, o comunque di altre utilità ad esse funzionalmente ed economicamente equivalenti, superiori al tasso legale consentito dall'ordinamento.

La 'dannazione' della legge *Periculi pretium*, nella logica del giurista olandese, si correlava secondo me non tanto alla difficoltà della questione giuridica, quanto semmai al controverso approccio critico-testuale al passo progressivamente configuratosi nel dibattito del Cinquecento francese, che lo induceva a polemizzare in particolare con alcune scelte di Hotman⁷ orientate in termini fortemente demolitori, implicanti un vero e proprio stravolgimento del frammento⁸.

Sarà bene, però, avere subito sott'occhio questo tormentato passo di Scevola:

Scaev. 6 resp. (314 Lenel) D. 22.2.5: *Periculi pretium est et si condicione [quamvis poenali] [non] existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in [aleae] <aliam> speciem non cadat: veluti ea, ex quibus condictiones nasci solent, ut 'si non manumittas', 'si non illud facias', 'si non convaluero' <? > [et cetera]. nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatus plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet. (1) In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.*

«V'è remunerazione del rischio» – così leggiamo nell'espressione che apre il discorso del giurista, un *hapax* nelle fonti a nostra disposizione – «anche ove, al [non] verificarsi di una condizione, [seppur penale], tu programmi non solo di riavere la somma erogata, ma, a supplemento, un qualcosa di più, salvo non ricada [nella fattispecie

⁷ Franc. Hotomanni Iurisconsulti *Observationum in ius civile libri IX*, Excubant heredes Eustathii Vignon, (Ginevra), 1589, p. 108F (lib. V, obs. XII).

⁸ Lo stravolgimento del testo è ben evidenziato in F. GLÜCK, *Commentario*, XII, cit., p. 132: *'Periculi pretium non est si condicione quavis penali existente etc.'* è, secondo Hotman, la ricostruzione dell'*incipit* del passo (dove, più ampiamente, individuava dieci correzioni necessarie).

della scommessa] <in un'altra fattispecie>: ad esempio la casistica da cui nascono i rimedi restitutori in funzione risolutoria, come 'se non manometti', 'se non fai quello', 'se non guarirò', < ? > [e così via]. Nessun dubbio, invece, se all'atto di finanziare un pescatore ho fatto un investimento alquanto significativo sulle attrezzature, pattuendone la restituzione solo ad esito favorevole della pesca; od un atleta, per esibirsi ed esercitarsi, pattuendone la restituzione solo in caso di vittoria. (1) In tutti questi casi, poi, anche il *pactum* non formalizzato con il ricorso a *stipulatio* consente di estendere l'obbligazione».

Preliminarmente mi pare opportuno giustificare le mie scelte critico-testuali, non senza evidenziare i limiti intrinseci di qualsiasi percorso esegetico – come del resto quello dello stesso van Eck, la cui tendenza a non intervenire sui testi del Digesto, ed in particolare su D. 22.2.5, ne limita in larga misura la fruibilità euristica da parte di un attuale interprete – che programmi un approccio aprioristicamente conservativo, come tale inaccettabile sul piano di una corretta metodologia di ricerca né più né meno del suo opposto⁹.

Innanzitutto, da un lato l'inciso '*quamvis poenali*' è il frutto, secondo me, di un glossema esplicativo rientrato nel testo, dovuto ad una mano che tentava impropriamente di collegare al contenuto della *condicio* la pena convenzionale che nelle fonti a nostra disposizione¹⁰ si presenta più volte in correlazione con la disciplina della *pecunia traiecticia*: qualunque idea si abbia in ordine alla sua funzione¹¹, a me pare evidente che altro è la pena convenzionale, altro una 'condizione penale' di quanto meno dubbia configurabilità nelle fonti a nostra disposizione.

Dall'altro – recuperando così un'idea di Éguinaire-François Baron¹² – mi pare inevitabile leggere l'*existere* della *condicio* in senso

⁹ Come ad esempio la riscrittura pressoché totale del testo suggerita, a mio parere senza adeguata dimostrazione, da A. BISCARDI, '*Actio pecuniae traiecticiae*'. *Contributo alla dottrina delle clausole penali*², Torino, 1974, p. 83 ss.

¹⁰ Cfr. Paul. 9 *ad ed.* D. 3.5.12; Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.3.8; Ulp. 77 *ad ed.* D. 22.2.8; Lab. 5 *pith. a Paulo epit.* D. 22.2.9; Afr. 7 *quaest.* D. 44.7.23.

¹¹ Indagata di recente da I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna, 2011, p. 103 ss.

¹² Profilo prosopografico: E. HOLTHÖFER, *Baron de Kerlouan (Baro), Eguinaire*

non già negativo, ma senz'altro affermativo¹³, giacché il *periculi pretium* è innegabilmente dovuto – come del resto si evince, in via speculare, da Paul. 25 *quaest.* D. 22.2.6¹⁴, dove leggiamo appunto che, *cum traiecticia pecunia ita datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit, ipsius crediti obligatio non exsistente condicione defecisse videtur*, sicché la *crediti obligatio* se la condizione si verifica sorge, non sorge nel caso contrario – ove l'operazione imprenditoriale, oggetto del finanziamento a rischio del mutuante, abbia successo e non certo qualora fallisca¹⁵.

Si rende dunque necessario congetturare che la lezione '*non exsistente*' derivi da un errore di copiatura, verosimilmente interno alla tradizione dei *libri responsorum* di Scevola adoperati dai commissari imperiali, dovuto a sovrapposizione visiva con la negazione che si legge nella frase immediatamente successiva, *si modo in [aleae] <aliam> speciem 'non' cadat*, ove non lo si ritenga piuttosto interno alla tradizione del Digesto, e segnatamente ad altra sovrapposizione

François (1495-1550), in *Juristen. Ein biographisches Lexicon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, herausgegeben von M. Stolleis, München, 1995, p. 64 s.

¹³ Eguinarii Baronis *Iurisconsulti Ad Digesta seu Pandectas manualium libri septem*, apud haeredes Arnoldi Birckmanni, Coloniae, 1557, p. 143.

¹⁴ Paul. 25 *quaest.* D. 22.2.6: *Faenerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando quasdam merces in nave pignori accepit, ex quibus si non potuisset totum debitum exsolvi, aliarum mercium aliis navibus impositarum propriisque faeneratoribus obligatarum si quid superfuisset, pignori accepit. quaesitum est nave propria perempta, ex qua totum solvi potuit, an id damnum ad creditorem pertineat, intra praestitutos dies amissa nave, an ad ceterarum navium superfluum admitti possit. respondi: alias quidem pignoris deminutio ad damnum debitoris, non etiam ad creditoris pertinet: sed cum traiecticia pecunia ita datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit, ipsius crediti obligatio non exsistente condicione defecisse videtur, et ideo pignorum quoque persecutio perempta est etiam eorum, quae non sunt amissa. si navis intra praestitutos dies perisset, et condicionem stipulationis defecisse videri, ideoque sine causa de pignorum persecutione, quae in aliis navibus fuerunt, quaeri. quando ergo ad illorum pignorum persecutionem creditor admitti potuerit? scilicet tunc cum condicio exstiterit obligationis et alio casu pignus amissum fuerit vel vilius distractum vel si navis postea perierit, quam dies praefinitus periculo exactus fuerit.*

¹⁵ Sicché salvare il testo imporrebbe le forzate elucubrazioni che si leggono in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XII, cit., p. 136 ss.

visiva con l'espressione '*non*' *existente condicione* che figura nel passo paolino immediatamente successivo nella sequenza del titolo.

Anche la frase '*si modo in aleae speciem non cadat*', tuttavia, contiene un errore.

Anch'io, infatti, come Jacques Cujas¹⁶, preferisco – discostandomi anche su questo punto da una recente lettura¹⁷ – la lezione della Vulgata¹⁸, e cioè '*in aliam speciem*': l'espressione '*in aleae speciem*', che si riscontra nella *Florentina* e che sarebbe – se fosse genuina – un *hapax*, non convince, in quanto parrebbe l'esito di una correzione erronea¹⁹ introdottasi nella tradizione manoscritta dei *libri responsorum* di Scevola – sicuramente attestata nell'antigrafo adoperato dai commissari imperiali e quindi confluita nel Digesto, come si evince dalla parafrasi greca del passo risultante dalla tradizione²⁰ dei *Basilici*²¹ che, peraltro, conosciamo solamente tramite la citazione del grande umanista francese²² – per mano di un 'copista-interprete',

¹⁶ *Recitationes solemnes* ad D. 22.2.5, in J. CUIACII *Opera omnia*, III, editio altera Pratensis, 1860, col. 636; *Notae* ad D. 22.2.5, in J. CUIACII *Opera omnia*, II, editio altera Pratensis, 1859, col. 604. Sull'interpretazione di Cujas cfr. anche l'esposizione che si legge in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XII, cit., p. 139.

¹⁷ I. PONTORIERO, *Il prestito*, cit., p. 80 ss., in particolare p. 87 s.

¹⁸ Rinvio all'apparato dell'*editio maior* mommseniana (*Digesta Iustiniani Augusti* recognovit Th. Mommsen, I, Berolini, 1870, p. 643).

¹⁹ Intendo l'iniziativa di un copista «dotato di sufficiente dottrina per riconoscere gli errori dell'antigrafo e di sufficiente senso d'iniziativa per volerli correggere. Il rimedio, in questo caso, può risultare peggiore del male perché il tentativo di procurare un senso accettabile con una forma linguisticamente corretta finisce per mascherare nell'apografo l'errore tramandato senza peraltro alcuna garanzia di avere restituito la lezione autentica» (A. TRAINA, G. BERNARDI PERINI, *Propedeutica al latino universitario*⁶, a cura di C. Marangoni, Bologna, 1998, p. 309 s.).

²⁰ Per G.E. HEIMBACH, C.G.E. HEMBACH, *Basilicorum libri LX*, V, Lipsiae, 1850, p. 117 s., nt. z), il testo trascritto da Cujas proverrebbe non già dai *Basilici*, ma semmai da un *index* riconducibile all'insegnamento di Stefano o di Doroteo; analogamente cfr. H.J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, *Basilicorum libri LX*, Groningen, 1974, A VII, p. 2455, lin. 13, *in app.*

²¹ Dove l'espressione *si modo in aleae speciem non cadat* è resa μόνον μέντοι μὴ ἐπὶ κόττω (Scheltema, A VII, p. 2455).

²² Che trascrive il passo in *Observationes et emendationes* ad D. 22.2.5, in J. CUIACII *Opera omnia*, I, editio altera Pratensis, 1859, col. 179.

secondo la cui visione il *periculi pretium* non si sarebbe potuto comunque risolvere in una semplice scommessa.

L'espressione '*in aliam speciem*' si riscontra – come evidenziava Cujas – nella stessa opera di Scevola, e segnatamente in Scaev. 3 *resp.* D. 33.2.17²³, ed appare comunque ampiamente attestata²⁴, senza dimenticare l'*alia species* di Gai 3.173²⁵, che ne dimostra appieno la classicità: nel nostro caso, secondo me, la *species* è '*alia*' in quanto le figure considerate in opposizione paradigmatica al *periculi pretium* sono rapportabili non già ad una figura di *creditum* condizionale, ma piuttosto a negozi che, nonostante *prima facie* potrebbero apparire tali, non presentano, come vedremo, una siffatta configurazione, trattandosi in realtà di convenzioni sinallagmatiche atipiche pure – da ascriversi allo schema del *do ut facias* – giustapposte, con ogni probabilità, ad un'ipotesi di *donatio mortis causa*. Detto questo, mi pare di poter contestualmente escludere che la lezione della Vulgata sia testimonianza diretta di quella da preferirsi ai fini della palinogenesi testuale del passo di Scevola: essa, in linea di principio, costituisce solamente una sorta di '*felix culpa*', nel senso che rappresenta l'esito di un errore meramente percettivo di copiatura – tutto interno alla tradizione del Digesto e solo per avventura coincidente con il dettato classico del giurista – della lezione accolta dai commissari imperiali ai fini della compilazione del titolo dedicato al *foenus nauticum*.

Infine, l'espressione '*et cetera*' è l'indice sintomatico di un'interpolazione per compressione: nella parte che ipotizzo perduta il giurista doveva approfondire il valore tecnico dell'esemplificazione pro-

²³ Scaev. 3 *resp.* D. 33.2.17: *Quidam praedia rei publicae legavit, de quorum redditu quotannis ludos edi voluit, et adiecit: 'quae legata peto, decuriones, et rogo, ne in aliam speciem aut alios usus convertere velitis'. res publica per quadriennium continuum ludos non edidit: quaero, an redditus, quos quadriennio res publica percepit, heredibus restituere debeat vel compensare in aliam speciem legati ex eodem testamento. respondit et invitis heredibus possessione adprehensa perceptos fructus restituendos esse et non erogatum secundum defuncti voluntatem in alia quae deberentur compensari.*

²⁴ Cels. 19 *dig.* D. 33.10.7.1 (con il verbo *cadere*); Marcell. *l.s.* *resp.* D. 34.2.6.1; Paul. 15 *ad Sab.* D. 41.2.30.4.

²⁵ Gai 3.173: *Est et alia species imaginariae solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus certis ex causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur.*

posta, muovendo con ogni probabilità, come tra poco vedremo, da una lettura sabiniana, onde introdurre per questa via un ragionamento, espunto dai commissari imperiali, idoneo prospettare in termini problematici la questione affrontata, così da giustificare, in esito a tale percorso euristico, ormai perduto, l'esclusione di qualsiasi dubbio in ordine alla rapportabilità alla logica della remunerazione del rischio – analoga a quella che connota la disciplina della *pecunia traiecticia* – della casistica discussa nella parte finale del passo, concernente il finanziamento al *piscator* ed all'*athleta*²⁶.

Con queste coordinate, siamo ora in grado di procedere ad un'esegesi del passo.

2. Una considerazione preliminare: tutte le *species* analizzate dal giurista sono accomunate, sul piano di un'estrinseca considerazione strutturale, dal sorgere di un'obbligazione di restituire una somma di denaro al verificarsi di un determinato evento, vale a dire il successo dell'iniziativa finanziata a rischio; l'inadempimento dell'*accipiens* che non proceda a *manumissio*, o non realizzi un generico *facere*; la guarigione del donante.

E tuttavia, questo 'comune denominatore' si rivela meramente epifenomenico.

Scevola, a mio parere, cercava spunti per decifrare l'*id quod actum est* quale criterio ermeneutico della convenzione – non rivestita della *stipulatio*, come si evince dal § 5.1 della legge *Periculi pretium*, dove il giurista sottolinea l'irrilevanza della *stipulatio usurarum* per pretendere il valore della remunerazione del rischio a carico del finanziatore – sottostante all'attribuzione di somme di denaro, così da tracciare i confini del *creditum* in senso tecnico, sia pure rapportabile alla *pecunia traiecticia* ed alle sue figure affini, da *aliae species* strutturalmente analoghe, ma irriducibili a *creditum*: mentre, cioè, la convenzione sottostante al credito feneratizio aleatorio è costruita come condizionale, nel senso che il sorgere della *crediti obligatio* è subor-

²⁶ Sul mutuo all'atleta in Scaev. D. 22.2.5 si veda la recente ricostruzione di M.V. BRAMANTE, *'Merito coronati'. Atleti e diritto romano*, I, Napoli, 2023, p. 75 ss., con altra letteratura (in ogni caso, a sciogliere le riserve dell'Autrice, ritengo che il finanziatore potesse pretendere la *sors* ed il *periculi pretium* solo in caso di vittoria sportiva, evento in sé aleatorio).

dinata al successo dell'iniziativa lucrativa finanziata, non v'è *a priori* (la programmazione di) alcun *creditum* ove la *pecunia* sia data perché l'*accipiens* proceda alla *manumissio* di un proprio schiavo, o più ampiamente perché realizzi un *facere*.

Viepiù, in tali casi non si riscontra un *periculum* in capo al *dans* se non in senso meramente economico, dovendosi rapportare il *non facere* alla mera perdita – o meglio alla mancata acquisizione – dell'utilità del *synallagma*, per modo che la fattispecie integratasi, vale a dire una convenzione sinallagmatica atipica a struttura reale nella chiave di lettura aristoniana, non può considerarsi, nonostante l'apparenza, condizionale, ed il 'rischio' del *dans* rientra – per adoperare l'ormai familiare terminologia che figura nella relazione del Guardasigilli al Codice civile²⁷, e segnatamente al n. 665, a tratteggiare l'ambito d'incidenza dell'art. 1469 – nella cosiddetta «alea normale del contratto»²⁸.

La dogmatica di cui implicitamente si avvale il giurista, in sostanza, esclude che l'inadempimento della (contro)prestazione possa considerarsi alla stregua di un evento deducibile in una condizione: esso è, semmai, valutato nella proiezione funzionale del *synallagma* che anima la convenzione, sicché al *dans* è data, come evidenziava Cujas²⁹ nell'alveo aperto dalla Glossa³⁰, la *condictio ob rem dati re non secuta* in funzione risolutoria, ovviamente da ritenersi alternativa

²⁷ Consultabile nel sito istituzionale del CNF, all'url <https://www.consiglionaleforense.it/web/cnf/collana-studi-storici-e-giuridici>.

²⁸ Cfr. L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, p. 129 ss.

²⁹ «Finge: ego do tibi pecunia ea lege ut si servum manumittas, eam tibi retineas, si non manumittas, ut reddas: non est creditum, sed do ut facias, nullum etiam ipse videor periculum suscepisse, ideoque existente condicione, sub qua illa datio resolvitur, id est, si non manumittas, ego repetam pecuniam condicione ob rem dati, neque quidquam praeterea repetere possum, quasi pro pretio periculi: nam ita conveniendi non fuit causa: nullum enim hic versatur periculum» (*Recitationes solemnes* ad D. 22.2.5, cit., col. 636).

³⁰ Cfr. gl. *speciem* in l. *periculi pretium* ff. *de nautico foenore* (D. 22.2.5): *in alium contractum, ut do ut facias vel non facias, nam haec non est traiecticia, e gl. non cadat in l. periculi pretium ff. eod.: in his cessat repetitio, non quia suscepim periculum sed quia secuta est causa, veluti manumissio, in superiori casu periculum conditionis existentis ideo suspicio, ut si defecerit, cum ipsa pecunia quam dedi aliquid feram augmenti, et in hoc traiecticiae assimilatur.*

alla tutela *praescriptis verbis* ove egli non ritenga di dover piuttosto invocare la protezione del proprio interesse positivo all'esecuzione dell'*oportere* cui l'*accipiens* è tenuto in forza, appunto, della *datio ob rem*.

L'indicazione del giurista, ad ogni modo, si estendeva anche ad una figura non sinallagmatica, o meglio già *a priori* irriducibile a figure di *contractus*, che si connota per la rilevanza di un *periculum* da intendersi non più in senso meramente economico, ma semmai in senso meramente giuridico, giacché qui il rischio cade solo sul *perfici*³¹ dell'attribuzione in sé: è ancora Cujas che – a mio avviso esattamente – rapportava l'ultimo esempio fatto dal giurista ad una *donatio mortis causa*³², vale a dire all'*alia species* in cui il donante, in caso di pericolo di morte – quale ne sia la ragione, tra cui la malattia – attribuisca irrevocabilmente, ove si escluda almeno per diritto classico la possibilità di una *condictio ex poenitentia*³³, una somma di denaro che il donatario dovrà restituirgli nel caso della sua guarigione.

È questo, secondo me, il dato dirimente per l'esegesi della legge *Periculi pretium*: l'evocazione della *donatio mortis causa* accanto alle *datationes ob rem* aristoniane.

Vediamone le ragioni.

Da ritenersi una figura di negozio *mortis causa*, ma non di ultima volontà³⁴, nel più vasto ambito delle *mortis causa capiones*³⁵ – di recente oggetto di rinnovata attenzione in dottrina³⁶ – la *donatio*

³¹ La stabilità: l'espressione è di Ulp. 76 *ad ed.* D. 39.6.32: *Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur*.

³² «Ego tibi donavi» – si legge nelle *Recitationes solemnes* ad D. 22.2.5, cit., col. 636 – «ea lege ut si non convaluero, eam tibi retineas; si convaluero, reddas. Conditione existente, sub qua resolvitur donatio, competit mihi condictio ob rem dati».

³³ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 778.

³⁴ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 776.

³⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 778.

³⁶ Mi riferisco al volume di M. GENOVESE, 'Mortis causa capitur'. *Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino, 2011, *passim*, con la recensione di E. DOVERE, *Una «sfida» sistematica: la morte come occasione d'acquisto*, in RDR, XI, 2011, <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>, e da ultimo a P. ARCÉS, *Il divieto di patti successorii e gli acquisti a causa di morte nel diritto romano*, in RDR, XXI, 2021 (n.s. VI), <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>.

mortis causa è ben delineata nelle fonti a nostra disposizione³⁷: in linea di principio, possiamo dire che l'obbligazione restitutoria analizzata nel frammento di Scevola sorga in capo al donatario «per venir meno della causa dell'attribuzione»³⁸, da ravvisarsi in una sorta di 'contaminazione funzionale' – alla base del progressivo avvicinamento di essa ai legati, specie per epoca giustiniana – della *causa donandi* con lo scopo pratico di (concorrere a) regolare la successione del donante³⁹, così da postularne la premorienza al donatario (presupposto, lo si accennava poc'anzi, del *perfici* della *donatio*).

Ora, quantunque questo schema possa talora rapportarsi ad un'attribuzione sottoposta alla condizione sospensiva della morte del donante, l'approccio del giurista, nel caso considerato, non pare affatto seguire un tale modello⁴⁰: da un lato, infatti, l'evento che ne plasma i 'confini funzionali' – l'infausto esito della patologia di cui è affetto il donante – incide non già sull'effetto reale costitutivo della liberalità, ma sulla genesi di un'obbligazione protetta da *condictio*, che con terminologia medievale – ispirata ad Ulp. D. 12.7.2.1 – potremmo qualificare, per comodità espositiva, come *ob causam finitam*; dall'altro, la sequenza degli esempi è, secondo me, senz'altro classica né appare casuale, giacché Scevola mostra qui di seguire quasi letteralmente una lettura sabiniana, che ravvisava un tratto di prossimità tra la *donatio mortis causa* e, per l'appunto, le *dationes ob rem*, accordando al donante guarito una *condictio* prospettata, non a caso, come 'quasi re non secuta', così ad evidenziare un *iuris processus* incentrato sui punti di contatto tra *species* obiettivamente disomogenee, ma connotate dalla sovrapponibilità di specifici profili funzionali:

Paul. 6 ad l. Iul. et Pap. (962 Lenel) D. 39.6.35.3: *Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi: nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit quasi re non secuta propter hanc rationem, quod ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid optingat, et in istis condictio sequitur.*

³⁷ Materiale confluito essenzialmente nei titoli D. 39.6 e C. 8.56: cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, p. 622 ss.

³⁸ A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 623.

³⁹ Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, p. 426.

⁴⁰ Cfr. ancora A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 623.

Paolo ricordava una posizione espressa dalla scuola sabiniana – i Cassiani, come in Pomp. *l.s. enchir.* D. 1.2.2.52, appellativo che il giurista adopera anche in Paul. 9 *ad Sab.* D. 47.2.18 – in una trattazione sui limiti posti alla donazione dal complesso normativo della *lex Iulia et Papia* per estensione – testimoniata essenzialmente da Paul. D. 39.6.35 pr. – conseguente a senatoconsulto su cui non possiamo qui soffermarci⁴¹.

«Pertanto chi dona per causa di morte,» – scrive il giurista severiano – «nella parte in cui valuta un interesse patrimoniale suo proprio, pone in essere il negozio dando per presupposto che, qualora guarisca, ottenga la restituzione: i Cassiani non hanno dubitato perché mai non potesse agire in ripetizione con la *condictio*, sul modello funzionalmente analogo ‘*re non secuta*’, ove si consideri che le *dationes* o si fanno perché tu, od io, od un terzo, faccia qualcosa, oppure perché qualcosa si verifichi, ed in tutti questi casi segue una *condictio*».

Nulla impone di ritenere che la posizione dei Sabiniani rientrasse in una controversia di scuola.

Piuttosto, è verosimile che si trattasse dell’esito di un percorso scientifico di approfondimento della dottrina aristoniana delle *dationes ob rem* intese come costitutive di figure sinallagmatiche, onde sondarne tutte le potenzialità anche al di fuori – come è naturale nell’approccio tipico dei *prudentes* – dalla casistica nel cui alveo quella riflessione si era configurata: nel qual caso, non è irragionevole supporre che Paolo tenesse conto di un percorso scientifico adrianeo, culminato sotto l’egida dell’autorevolezza di Giuliano.

Al di là di tutte queste congetture, però, è interessante evidenziare come il discorso di Paolo si radicasse proprio sulla casistica della donazione posta in essere – esattamente come nella discussione di Scevola – a fronte di una grave malattia, con la conseguente necessità di individuare il rimedio restitutorio nell’eventualità della guarigione del donante: i Cassiani estendono la *condictio ob rem dati re non secuta*, potremmo forse dire ‘in via utile’, anche all’ipotesi dell’esaurimento funzionale della donazione *mortis causa*.

⁴¹ Rinvio dunque all’indagine di M. GENOVESE, ‘*Mortis causa capitur*’, cit., p. 166 ss., in particolare p. 169 ss.

E dunque propendo, nonostante un'autorevole quanto risalente opinione orientata in chiave demolitoria⁴², per la classicità sostanziale anche della seconda parte del passo, giacché il ragionamento del giurista non introduce affatto nella disciplina della *donatio mortis causa* la dottrina del contratto innominato⁴³, limitandosi semmai a riconoscere una chiave funzionale della *condictio* individuata come tutela appropriata per una fattispecie che presenta semplicemente tratti di prossimità con le *dationes ob rem*⁴⁴.

Ne desumerei che, per Scevola, che sembra avere sott'occhio lo stesso materiale di area culturale sabiniana cui attingeva il suo allievo Paolo, le *dationes ob rem* e la *donatio mortis causa*, a differenza del credito feneratizio aleatorio, non fossero rapportabili a convenzioni sottoposte a *condiciones* in senso tecnico⁴⁵, ma dovessero piuttosto qualificarsi, al di là del dato puramente epifenomenico costituito dalla percezione di una *condictio iuris* nella 'Parteabsicht', figure negoziali pure, giacché in questa casistica viene in rilievo il generico *periculum*, di per sé non correlabile ad un *pretium*, costituito dall'ina-

⁴² M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, Milano, 1953, p. 141 ss.; P. SIMONIUS, *Die 'donatio mortis causa' im klassischen römischen Recht*, Basel, 1958, p. 226 e nt. 13, nonché p. 245 s.; in precedenza, S. DI PAOLA, *'Donatio mortis causa'*, Catania, 1950, p. 59 s., nt. 51; più di recente, E. RODRÍGUEZ DÍAZ, *Algunos aspectos de la 'donatio mortis causa' en el derecho romano*, Oviedo, 2000, p. 143 s.

⁴³ Così, quasi testualmente, M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., p. 142.

⁴⁴ Cfr. essenzialmente L. PELLECCI, *L'azione in ripetizione e le qualificazioni del 'dare' in Paul. 17 'ad Plaut'. D. 12.6.65. Contributo allo studio della 'condictio'*, in *SDHI*, LXIV, 1998, p. 108 ss.; ma si veda ora l'attenta sintesi – che supera definitivamente i risalenti sospetti di interpolazione in adesione a questa lettura – di I. RUGGIERO, *'Iulius Paulus'. 'Ad legem Iuliam et Papiam libri X' (SIR, XVIII)*, Roma-Bristol, 2023, p. 159 ss., con la precedente letteratura (la mia proposta di traduzione diverge peraltro in parte da quella dell'Autrice, a p. 45).

⁴⁵ «Con le *condiciones* vere e proprie» – scriveva E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1993 (ripr. facs. dell'ed. orig. Roma, 1961), p. 156 – «non vanno confusi quegli elementi che sono invece requisiti imprescindibili alla natura e alla efficacia del negozio. E ciò anche se i soggetti, nel manifestare la loro volontà negoziale, menzionano tali ultimi elementi, configurandoli come avvenimenti futuri ed incerti, dall'avverarsi dei quali essi intendono far dipendere l'attuarsi degli effetti del negozio medesimo. La dottrina romanistica ha denominato questi elementi *condiciones iuris* (e talvolta anche *condiciones tacitae*), basandosi sulla loro apparente rassomiglianza con le *condiciones* vere e proprie, che la stessa dottrina, distinguendole dalle prime, chiama *condiciones facti*».

dempimento ovvero dal venir meno della peculiare coloritura funzionale dell'attribuzione liberale: in altri termini, nella prospettiva del giurista una *condicio iuris* non 'condiziona' l'atto, sicché l'ina-dempimento non può considerarsi evento deducibile in una condizione in quanto *a priori* strettamente inerente alla causa negoziale esattamente come lo è la guarigione del donante nell'ipotesi della *donatio mortis causa*.

È su questi aspetti, e specificamente sulla posizione dei Cassiani, che secondo me doveva soffermarsi Scevola nella parte che ipotizzo interpolata per compressione: la sua impostazione sembra voler sottolineare come, a fronte della volontà negoziale di regolare le conseguenze sull'assetto d'interessi di un evento futuro ed incerto, una volta decifrato l'*id quod actum est* l'interpretazione del giurista non si risolve necessariamente nel riconoscimento della genesi di un negozio condizionale in senso tecnico, né di conseguenza nell'accollo di un *periculum* 'remunerabile' tramite lo strumento della *condicio*, che come tale non può ridursi ad una mera ricognizione della causa dell'atto.

Solo i casi discussi nella seconda parte del frammento sono, a questo punto, negozi condizionali, sicuramente riconducibili al tema del *periculi pretium*: essi appaiono collegati alle *aliae species* unicamente dal meccanismo di tutela, da ritenersi rapportabile, a mio parere, non già – come supposeva, prendendo posizione all'interno di un dibattito risalente⁴⁶, Vincenzo Giuffrè⁴⁷, di recente condiviso da Pontoriero⁴⁸ – all'*agere praescriptis verbis*, od a tutele *in factum conceptae*, ma semmai – ove non si ricorra alla stipulatio, come appunto Scevola precisava nel § 5.1 che chiude il nostro frammento – alla *condictio incerti* edittale di stretto diritto⁴⁹, vale a dire un'azione *in ius*

⁴⁶ Ben ricostruito da A. BISCARDI, '*Actio pecuniae traiectionis*', cit., p. 4 ss.

⁴⁷ V. GIUFFRÈ, *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*², Milano, 1999, p. 123 s., nt. 13, secondo il quale «Il pretore peregrino ed i governatori provinciali avrebbero accordato azioni (decretali) *in factum*, oppure, più tardi, avrebbero ammesso l'*agere praescriptis verbis*».

⁴⁸ I. PONTORIERO, *Il prestito*, cit., p. 157 s.

⁴⁹ Che, in adesione alla ricostruzione esposta da D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, p. 50, nt. 107, deve considerarsi priva di una *demonstratio*: *Caius Aquilius iudex esto. Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportet, eius C.*

concepta in ipotesi estensibile ai *peregrini* – ove se ne escluda la riferibilità al *ius gentium* per via dell'assenza della clausola di buona fede – con la *fictio civitatis* ricordata da Gai 4.37: il che spiega bene, secondo me, per quale ragione la tutela per la *pecunia traiectica* non abbia una specifica denominazione nelle fonti, inutile a fronte di un *condicere*, dovendosi ritenere implausibile la proposta di Biscardi⁵⁰ che, muovendo in termini non condivisibili da Ulp. D. 15.1.3.8⁵¹, ipotizzava la denominazione di '*actio pecuniae traiecticae*' quando il frammento semmai giustappone una *de peculio actio ex poena compromissi* ad altra azione '*ex poena*' *pecuniae traiecticae* (cioè la *poena* di cui, per rimanere nel titolo *De nautico foenore del Digesto*, ci informano Ulp. 77 ad ed. D. 22.2.8 e Lab. 5 *pith. a Paulo epit.* D. 22.2.9)⁵².

In questo quadro, il *creditum* correlato a *periculi pretium* è costruito da Scevola – e, se vogliamo, anche da Paolo alla luce di D. 22.2.6 – come una fattispecie condizionale.

Nell'ipotesi del mutuo feneratizio a rischio esclusivo del finanziatore, infatti, questi eroga una somma di denaro a titolo di finanziamento con l'intesa che essa dovrà essere investita dall'*accipiens* in un'operazione economica ad alto rischio, subordinando contestualmente la genesi del *creditum*, e con esso il pagamento di interessi svincolati dal limite legale delle *centesimae usurae* – l'1% al mese e quindi il 12% annuo – previsto nel Principato⁵³, al successo dell'impresa, il cui esito lucrativo consente evidentemente al soggetto finan-

Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio dumtaxat sestertium X milia condemnato; si non paret absolvo. Si tratta – va precisato – di una formula da tenersi distinta – al di là dei tratti di innegabile prossimità – da quella dell'*actio ex stipulatu* incerti, utile semmai per proteggere il vincolo scaturente dall'incertum promittere cui fa riferimento Gai 4.136, dove viene presentata munita di una particolare *demonstratio* inclusiva di una *praescriptio* (cfr. ancora D. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 50 e nt. 109).

⁵⁰ A. BISCARDI, '*Actio pecuniae traiecticae*', cit., p. 12 ss.; analogamente, cfr. E. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., p. 485.

⁵¹ Ulp. 29 ad ed. D. 15.1.3.8: *Si servus, cum se pro libero gereret, compromiserit, quaeritur, an de peculio actio ex poena compromissi quasi ex negotio gesto danda sit, sicuti traiecticae pecuniae datur. sed hoc et Nervae filio et mihi videtur verius ex compromisso servi non dandam de peculio actionem, quia nec si iudicio condemnetur servus, datur in eum actio.*

⁵² Cfr. I. PONTORIERO, *Il prestito*, cit., p. 126 s.

⁵³ Cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 545 s.

ziato un margine di guadagno al netto del rimborso della *sors* e del pagamento del correlato *periculi pretium*.

Da questo punto di vista, l'operazione a rischio, il cui buon esito è dedotto nella *condicio*, è sul piano programmatico (solo) potenzialmente in grado di determinare vantaggi economici, verosimilmente assai ingenti, sia per il finanziatore sia per il finanziato: è per questa ragione, secondo me, che il giurista sentiva la necessità di tracciare una plausibile linea perimetrale di demarcazione del credito aleatorio – incentrata sulla valutazione dell'*id quod actum est*, come del resto faceva Ulpiano in un altro problematico contesto in cui appariva problematico stabilire i confini tra *mutui datio* e *datio ob rem*, per di più neppure di somme di denaro o comunque coacervi di cose fungibili⁵⁴ – rispetto alle ipotesi del *do ut facias*, ormai elaborati, sulla

⁵⁴ Mi riferisco alla figura analizzata nei noti *loci paralleli* costituiti da Ulp. 26 ad ed. D. 12.1.11 pr.: *Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. < ? > quod si lancem vel massam sine tua culpa perdidideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui propositum hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam peris, et maxime si sine usuris credidi*, ed Ulp. 31 ad ed. D. 19.5.19 pr.: *Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*. Del secondo frammento mi sono occupato incidentalmente in 'Agere de dolo' e 'agere praescriptis verbis': *riflessioni su un'annotazione di Pomponio a Labeone*, in *MLR*, IV.1, 2023, p. 49 s., nt. 40, evidenziando come l'*agere praescriptis verbis*, nella logica labeoniana, si correlasse alla possibilità di scorgere nell'*id quod actum est* un *synallagma*, e segnatamente un *do ut facias*, connotato funzionalmente dall'interesse del *dans* ad ottenere liquidità dal disinvestimento di un cespite al miglior prezzo, corrispettivo a quello dell'*accipiens* ad ottenere il più elevato finanziamento possibile, sicché la tutela proposta è 'più sicura' in quanto consente di far valere l'interesse positivo del primo ove il secondo non proceda a vendere oppure, dopo aver venduto, trattenga il prezzo contestando il sorgere dell'obbligazione restitutiva. Il primo frammento, in cui Ulpiano esamina, in altro luogo dell'*ad edictum*, la stessa casistica tenendo conto della posizione espressa da Nerva, al netto di una probabile interpolazione per compressione, volta a semplificare un discorso più ampio per rendere il frammento strettamente coerente con il titolo sulla *condictio indebiti*, conferma la centralità dell'indagine sull'intento pratico delle parti, desunto da indici sintomatici: se il bene era *venalis*, infatti, per Nerva, seguito da Ulpiano, il perimento inimputabile

base dell'ormai maturo apporto aristoniano, come figure di negozi reali, a sottolineare che, al di là della virtuale reciprocità del vantaggio economico potenzialmente sotteso dallo schema condizionale

ante venditionem grava sul *dans*, come se avesse concluso con un terzo un mandato a vendere, altrimenti sull'*accipiens*, giacché in tale ultimo caso il negozio appare concluso nell'interesse esclusivo di quest'ultimo ad ottenere un finanziamento indiretto, come emerge in particolare ove difetti la previsione di *usurae* (che *Impp. Diocl. et Max. AA. et CC. Proculo C. 4.2.8*, del 293, limita al tasso legale in questa fattispecie). Ne consegue che non è irragionevole desumere come l'attribuzione possa essere decifrata, in base a distinti indici sintomatici idonei a disvelare l'intento pratico delle parti, alla stregua di una *datio ob rem* nel primo caso, in cui l'interesse al disinvestimento del *dominus* è corrispettivo all'interesse al finanziamento desumibile dal *rogare* dell'*accipiens*, e nel secondo, in cui difetta la bilateralità dello schema funzionale diviso, alla stregua di un credito indiretto (*si vendideris, puto mutuam pecuniam factam*: «in caso di vendita, ritengo che il prezzo divenga credito», fermo restando che la figura negoziale è comunque sorta, quale ne sia poi l'interpretazione, con la *datio* della *res* da vendersi). A questa figura, del resto, si riferisce secondo me Afr. 8 *quaest. D. 17.1.34 pr.*: *Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit non esse creditam*: [*alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse*]. *nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. his argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nibilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat*. Qui il giurista – ovvero Giuliano: sul passo, anche per i problemi implicati nella connessione con Ulp. *D. 19.5.19 pr.* e Ulp. *D. 12.1.11 pr.*, cfr. per tutti, pur se con approccio non pienamente condivisibile, A. D'ORS, *Las 'Quaestiones' de Africano*, Roma, 1997, p. 359 ss. – esclude che un'iniziativa unilaterale del *procurator* che abbia riscosso crediti del gerito possa trasformare l'*obligatio mandati* in una *pecunia credita*, la quale presuppone l'acquisto della proprietà dei *nummi*: in disparte il tratto *alioquin-possesse*, che, ove non lo si ritenga l'esito di una compressione in funzione di semplificazione, parrebbe un glossema esplicativo di mano postclassica in cui si generalizza impropriamente come '*pactio*' l'*epistula* inviata dal *procurator*, Giuliano distingue, infatti, in tale ottica la costituzione del *creditum* per *traditio brevi manu* d'intesa con il depositante nonché il caso-limite del *iussus* a riscuotere un singolo credito (irriducibile alla generica acquisizione di una *certa summa ex administratione*), nonché appunto la *datio* (traslativa) di un *argentum* perché l'*accipiens* lo venda e ne trattienga il prezzo riscosso a

della *pecunia traiecticia* e delle figure ad essa affini, altro è il *credittum*, quale che sia poi l'assetto d'interessi accessorio – comunque sia irriducibile a *synallagma* quanto meno per i *prudentes*⁵⁵, giacché oggi la dottrina civilistica appare talora di diverso avviso⁵⁶ – che si affianca all'*obligatio re contracta*, altro è la *datio ob rem*, altro ancora la *donatio mortis causa* che i Sabiniani ad essa rapportavano *sub specie* dell'individuazione del rimedio restitutorio.

In altri termini, la *datio pecuniae* con l'intesa che l'*accipiens* dovrà restituire 'l'erogato' ove non proceda ad una *manumissio*, o più ampiamente non esegua una prestazione di *facere*, presenta un'analogia strutturale meramente apparente con l'astratta prospettazione funzionale da cui il giurista prendeva le mosse, cioè l'attribuzione pecuniaria da restituirsì solo ove si verifichi l'evento (in ipotesi giustapposto all'inadempimento rispetto alla *datio ob rem*, od alla guarigione del donante rispetto alla *donatio mortis causa*) costituito dal

titolo di mutuo: in tutti questi casi, v'è un'attribuzione traslativa che non si riscontra nel primo (che resta dunque all'interno della *forma mandati*: è l'*oportere ex fide bona* a consentire di pretendere con l'*actio mandati* anche le *usurae* dovute dal *procurator*). Nel dubbio, incidente sulla *causa vendendi*, tra l'integrazione di un credito indiretto (sotteso dall'interesse unilaterale dell'*accipiens* ad ottenere un finanziamento dalla vendita) oppure di una *datio ob rem* (sottesa da un interesse bilaterale che, sul piano funzionale, esprime un *synallagma*), la figura più ampia è senz'altro quest'ultima, ed è dunque 'più sicuro', come si diceva, agire *praescriptis verbis*, vale a dire – sempre nell'ottica per cui il più contiene il meno – per l'interesse positivo, se l'*accipiens* non vuole vendere o mostri di voler incamerare definitivamente il prezzo (aggiungerei, peraltro, anche se al riguardo la rilevata compressione del passo ci fa perdere qualcosa di importante, che questa struttura formulare al *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* doveva essere alla base, tanto più in una linea di continuità scientifica ideale tra Labeone e Nerva, anche della soluzione prospettata per il caso del perimento inimputabile). Su questi aspetti, ad ogni modo, rinvio più ampiamente alla presentazione di Alice Cherchi della sua traduzione critica della dissertazione dottorale di H. BURHORN, *Das 'contractus mohatrae' und ähnliche Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, 1935, di prossima pubblicazione nella collana «Bebelplatz» diretta da Tommaso dalla Massara.

⁵⁵ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 545.

⁵⁶ Sul punto, cfr. per tutti A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, I, *Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1995, p. 679 s., ma *amplius* a p. 672 ss., ed in particolare a p. 676, a sottolineare come l'obbligazione di interessi nel mutuo costituisca una «sovrastuttura effettuale ulteriore che si aggiunge alla "struttura fondamentale"».

successo dell'iniziativa economica ad alto rischio tenuta presente dalle parti.

Scevola esclude la sovrapponibilità delle fattispecie considerate: da un lato, le *dationes ob rem* sono costitutive di una figura contrattuale sinallagmatica atipica pura, a struttura reale – ma irriducibile alle *obligationes re contractae*: se vogliamo, il discorso del giurista ne è prova – nell'ormai consolidata ottica aristoniana, laddove la *pecunia traiectica*, con le figure ad essa prossime, è un contratto reale aleatorio, ma non sinallagmatico, strutturalmente riconducibile ad una fattispecie condizionale, nel senso che la *condicio* concorre a configurare l'obbligazione restitutoria plasmata dalla convenzione sottostante all'erogazione del finanziamento a rischio del mutuante; dall'altro, la *donatio mortis causa*, radicando la stabilità – il *perfici* – dell'attribuzione sull'evento puramente casuale – di per sé attratto alla causa complessa dell'atto – della morte del donante, esula del tutto non solo da una figura di finanziamento, ma anche da qualsiasi ancorché potenziale reciprocità di vantaggi economici.

Il che si riverbera sul prisma delle *condictiones*, non a caso evocate al plurale: da un lato la *condictio certae pecuniae*, nella chiave funzionale di quella *ob rem dati re non secuta*, che protegge, in linea di principio nei limiti del *quanti ea res est*, l'interesse negativo del *dans ob rem* in caso di inadempimento, unitamente all'analogo rimedio accordato in via utile dai Sabiniani al donante *mortis causa* qualora venga meno il profilo funzionale che colora l'attribuzione liberale; dall'altro la *condictio incerti* edittale, la cui *conceptio verborum* verosimilmente richiedeva, in questi casi, tanto una *taxatio* quanto una *praescriptio*, muovendo dallo schema di Gai 4.41 e 4.131, per l'*intentio*, e 4.51, per la *condemnatio*.

La distanza tra *creditum* aleatorio e *aliae species*, vista nella prospettiva azionale che connota il modo di pensare dei *prudentes*, si scorge allora nell'oggetto della prestazione deducibile nell'*intentio*: l'*incertum* nel primo caso, un *certum* nel secondo.

Siamo così in grado di suggerire una possibile lettura del passo.

La *condictio incerti*, da ritenersi la figura di tutela edittale offerta nei casi esaminati dal giurista, prossimi (non altro) a quelli – la cui protezione verosimilmente doveva oscillare, anche se solo in linea di principio, tra un'*actio ex stipulatu incerti* ed un'*actio certi* ove s'in-

tenda la (promessa della) ‘pecuniae traiectionis poena’ alla stregua di un *certum* – per i quali si ricorresse alla forma della *stipulatio*, aleggia nel ragionamento di Scevola in quanto doveva essere adoperata nella prassi per consentire non solo un’ampia valutazione, come noto, dei presupposti dell’arricchimento ingiustificato, ma anche per veicolare la pretesa di pagamenti rateali – è quanto si desume, secondo me, da una lettura di Paul. 3 *quaest.* D. 12.1.40 alla luce di Gai 4.131, dove il giurista prospettava una soluzione che oggi si rapporterebbe ad un ‘piano di ammortamento’⁵⁷ –, pretesa che doveva essere percepita in termini tendenzialmente analoghi a quella, allo stesso tempo restitutoria e remunerativa, scaturente appunto dal *mutuo feneratizio aleatorio*, implicante la necessità di valutare, secondo me, il *quidquid paret dare facere oportere* – cui mi pare agevolmente rapportabile l’espressione ‘redderet’ che connota l’obbligazione del *piscator* e dell’*athleta*: non ci troviamo di fronte ad un *certum dare oportere* come nel caso dell’ordinaria *mutui datio* né, se vogliamo, nei casi delle *dationes ob rem* o della *donatio mortis causa* – al fine dell’*aestimatio* dell’interesse sotteso dal *pactum sine stipulatione ad augendam obligationem* che configurava l’obbligazione dell’*accipiens* in caso di successo dell’iniziativa economica assunta a rischio del *dans*.

3. Giunti a questo punto, è interessante rilevare come il passo di Scevola offra una possibile risposta all’interrogativo da cui siamo partiti: prima di procedere oltre, peraltro, riterrei opportuno tratteggiare le coordinate teoriche minime in cui mi pare di potermi rispecchiare.

«Il rischio del contratto aleatorio» – scrive Roppo – «è rischio al tempo stesso giuridico ed economico: è il rischio che *tocca la prestazione in sé e per sé* (e non solo il suo costo o valore); e la *tocca in modo unilaterale e squilibrante*, così da avvantaggiare una parte e penalizzare l’altra sul piano economico»⁵⁸.

⁵⁷ La propongo in *Oggetto della prestazione e configurazione delle tutele: il modello rimediale romano alla prova del presente*, di prossima pubblicazione negli atti del Convegno Internazionale ARISTEC in ricordo di Carlo Augusto Cannata *L’obbligazione. Struttura e fonti* (Padova, Palazzo del Bo, 16-18 giugno 2022), ed in particolare nel § 3.

⁵⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 444.

Questa impostazione – che non mi pare in contraddizione con l'idea per cui l'interesse tipico sottostante ad una qualsiasi convenzione aleatoria dovrebbe rinvenirsi nella gestione e neutralizzazione del rischio⁵⁹ – ci è d'aiuto, secondo me, per descrivere adeguatamente, quantunque adoperando categorie contemporanee, la soluzione del giurista romano: essa, infatti, consente distinguere il *credittum* connotato da profili funzionali aleatori; – intesi in senso, come si diceva, giuridico-economico – da ciò che non può essere tale, come appunto le *dationes* di *pecunia* effettuate per vincolare l'*accipiens* ad una specifica controprestazione – dove il *periculum* è puramente economico, giacché, per dirla con Roppo, si palesa pertinente soltanto «all'utilità della prestazione attesa»⁶⁰ – o la *donatio* di *pecunia* effettuata *mortis causa*, dove il *periculum* è semmai puramente giuridico in quanto è la prestazione in sé – *rectius*, la stabilità, ovvero il *perfici*, dell'attribuzione liberale – «a dipendere dal corso degli eventi»⁶¹, sicché va escluso *in radice* che la *donatio mortis causa* evocata da Scelvola possa rapportarsi ad una figura di negozio aleatorio.

Ed eccoci dunque all'interrogativo posto da Giuseppina Capaldo, che si domanda «se sia ammissibile un contratto di comodato, o un negozio di mutuo, nel quale la restituzione cui è tenuto il comodatario o il mutuatario, sia dipendente da un evento futuro e incerto, allo scopo di realizzare un interesse di gestione o copertura del rischio. Da un lato, sembra che un siffatto meccanismo strutturale, ove possibile, difficilmente si accompagni al tratto funzionale caratteristico dei contratti aleatori, dall'altro, anche ove fosse configurabile, deve osservarsi che la pattuizione aleatoria, snaturerebbe la causa del negozio cui afferisce»⁶².

In disparte la considerazione d'ordine generale per cui l'apposizione di una condizione di per sé non rende aleatorio il negozio, salvo consenta – alla luce di questa dogmatica – l'ingresso nell'assetto d'interessi di un rischio rilevante allo stesso tempo in senso sia economico sia giuridico, è da dirsi che a questa domanda, quanto meno con rife-

⁵⁹ Così, quasi testualmente, G. CAPALDO, *Contratto aleatorio*, cit., p. 185.

⁶⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 443.

⁶¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 443.

⁶² G. CAPALDO, *Contratto aleatorio*, cit., p. 217.

rimento al mutuo, Cervidio Scevola – e con lui la tradizione culturale e pratica dei giuristi europei fondata sulla legge *Periculi pretium* – risponderebbe in senso affermativo: la condizione apposta alla convenzione sottostante all'erogazione, che configura l'obbligazione *re contracta* facendola sorgere, unitamente a quella concernente il *pretium* del *periculum*, solo al successo dell'iniziativa finanziata a rischio del mutuante, introduce nell'assetto d'interessi un *periculum* da intendersi in senso sia economico sia giuridico, e per questa via colora la causa del *creditum* che, peraltro, resta tale, nel senso che i *prudentes* non vi ravvisano un contratto innominato, giacché le *usurae*, quale ne sia la disciplina, costituiscono sempre – come si direbbe oggi – una sovrastruttura eventuale⁶³ rispetto all'obbligazione restitutoria, affidata ad un *pactum adiectum* ove occorrente rivestito della forma della *stipulatio*, peraltro non necessaria nelle figure esaminate dal giurista, come si desume agevolmente da D. 22.2.5.1.

La prospettiva di cui discutiamo, dunque, si espone a criticità sul piano della 'storia interna' al sistema.

Proseguiamo, però, su questa via.

Secondo l'Autrice, che analizza innanzitutto il caso del comodato, «non pare potersi ammettere una pattuizione aleatoria che incida sulla obbligazione restitutoria nascente da un contratto reale»⁶⁴. In quest'ordine di idee, «al mutuo a titolo gratuito si estendono le medesime osservazioni, mentre può essere più interessante l'ipotesi del mutuo con interessi. In particolare, se è da escludersi che la pattuizione aleatoria afferisca all'obbligo di restituzione – poiché non di mutuo aleatorio si tratterebbe, bensì di donazione aleatoria di una somma di danaro – il discorso può riguardare la clausola che fissa gli interessi. Peraltro, proprio il dato che oggetto di indagine è la clausola che fissa gli interessi induce a superare radicalmente ogni discorso sulla realtà, per riportare l'indagine piuttosto sulla corrispettività»⁶⁵.

Focalizzando dunque la nostra attenzione sul mutuo con interessi, due sono i punti da riesaminare alla luce della storia: da un

⁶³ A. LUMINOSO, *I contratti*, cit., p. 674.

⁶⁴ G. CAPALDO, *Contratto aleatorio*, cit., p. 221.

⁶⁵ G. CAPALDO, *Contratto aleatorio*, cit., p. 221 s.

lato, ci domandiamo se la *condicio* apposta alla convenzione sottostante all'erogazione della somma di denaro possa inerire alla *crediti obligatio*; dall'altro, se il *pactum ad augendam obligationem* – per adoperare le parole di Scevola – configurativo della 'gestione del *periculum*' accollato al finanziatore possa far ridondare in *synallagma* la figura negoziale complessivamente considerata.

Dal primo punto di vista, osserverei innanzitutto come una 'donazione aleatoria' – quale quella ipotizzata dalla dottrina in esame – di una somma di denaro si riveli *de plano* incompatibile con il principio – innegabilmente tuttora centrale – di definitività dello spoglio, attorno al quale i *prudentes* hanno elaborato l'idea classica dell'*animus donandi*: in tale evenienza, dunque, difetterebbe senz'altro la *causa donandi* giacché – ricordando quanto si legge in Iul. 18 dig. D. 12.1.20⁶⁶ – *non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret*.

Più ampiamente, però, dato che discutiamo appunto solamente di mutuo feneratizio, la questione non può essere esaminata in termini atomistici, scindendo cioè la genesi dell'obbligazione inerente alla *sors* dal profilo effettuale del *pactum ad augendam obligationem* avente ad oggetto le *usurae* e, con esse, la remunerazione del *periculum* assunto dal mutuante con l'apposizione della *condicio*.

Ed allora, dal secondo punto di vista, in questo più articolato percorso euristico è evidente come, ove la genesi del *creditum* dipenda «da un evento futuro e incerto, allo scopo di realizzare un interesse di gestione o copertura del rischio», si riproduca la logica dei *prudentes* che ammettevano l'attitudine della condizione sospensiva ad incidere non già, va sottolineato, sull'effetto reale – di natura procedimentale, e dunque costitutivo – della *traditio* dei *nummi*, rap-

⁶⁶ Iul. 18 dig. D. 12.1.20: *Si tibi pecuniam donassem, ut tu mihi eandem crederes, an credita fieret? dixi in huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti, nam talem contractum neque donationem esse neque pecuniam creditam: donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret: creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi. igitur si is, qui pecuniam hac condicione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam: magis enim meum accepisse intellegi debeo. sed haec intellegenda sunt propter suptilitatem verborum: benignius tamen est utrumque valere.* Su questo passo, e sul principio di definitività dello spoglio come espressione dell'*animus donandi*, cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 773 s.

portabile al nostro art. 1814 cod. civ., ma appunto sul *nasci* dell'*obligatio re contracta*. In quest'ordine di idee, ad ogni modo, il *periculi pretium* non ridonda – va ribadito – in un *synallagma*: oggi come nell'ordinamento giuridico romano, il regime delle *usurae* – che nel caso del *foenus nauticum* come *quasi nauticum* assolvono nel Principato ad una funzione di remunerazione tanto del capitale quanto del correlato rischio di finanziamento, in quanto sganciate dal limite legale delle *centesimae* – «rimane all'esterno della funzione creditizia e del congegno effettuale che la realizza»⁶⁷, ed è appunto per questa ragione che Scevola distingueva nettamente, recuperando, come abbiamo visto, idee di area culturale sabiniana, la *pecunia traiecticia* e le figure ad essa affini dalle convenzioni sinallagmatiche atipiche aristoniane, quantunque connotate dalla realtà del procedimento costitutivo dell'atto, cioè appunto il 'contratto innominato', e dell'obbligazione funzionalmente corrispettiva assunta dall'*accipiens*.

Si può dire, anzi, che nel caso considerato da Scevola le *usurae* siano svincolate dal limite legale delle *centesimae* a remunerazione – *pretium* per l'appunto – non già di una 'prestazione corrispettiva', ma piuttosto dell'assetto condizionale che fa rientrare il *periculum* a carico del finanziatore all'interno della *causa credendi*, sicché tra *creditum* condizionale e *pretium* del *periculum* assunto dal finanziatore non v'è scambio in senso tecnico.

In sostanza, è il modello romano, punto di partenza di una plurisecolare tradizione culturale e pratica, a mostrare come la realtà del procedimento non sia incompatibile con l'aleatorietà dell'atto.

Abstract

La ricerca esamina il problema della remunerazione del rischio assunto nella sfera esclusiva del finanziatore ed esplora ammissibilità e potenzialità di un mutuo inteso come contratto aleatorio alla luce di D. 22.2.5.

The research examines the problem of the remuneration of the risk taken in the exclusive sphere of the financier and explores the admissibility and potential of a mortgage understood as a aleatory contract in the light of D. 22.2.5.

⁶⁷ A. LUMINOSO, *I contratti*, cit., p. 674; sul carattere accessorio dell'obbligazione di pagare gli interessi nella *mutui datio* classica cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 545.

SILVIA IZZO

IL RICORSO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
ALLE SOLUZIONI STRAGIUDIZIALI
DELLE CONTROVERSIE:
VECCHI PROBLEMI E NUOVE PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Il potenziamento delle ADR nell'ambito della riforma della giustizia civile. – 2. Le soluzioni negoziali delle liti tra dimensione paritaria dell'azione amministrativa e responsabilità erariale. – 3. La disciplina dettata dal d.lgs. n. 149/2022. – 4. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina riformata. – 5. La speciale responsabilità del pubblico agente per la conclusione dell'accordo di conciliazione. La colpa grave. – 5.1. Il dolo. – 6. La mancata partecipazione al procedimento di mediazione. Sanzioni e conseguenti segnalazioni. – 7. Conclusioni.

1. Che la giustizia civile italiana, sistema fin troppo complesso e molto inefficiente, sia attanagliata da una crisi costante è dato notorio certificato annualmente da diversi rapporti internazionali. Tra questi, innanzitutto, il *Quadro di valutazione UE della giustizia*, (*EU Justice Scoreboard*) che monitora, al fine di migliorarne l'efficienza, la qualità e l'indipendenza dei sistemi giudiziari degli Stati membri dell'Unione nella convinzione che l'effettività della tutela giurisdizionale sia elemento essenziale non soltanto a garantire lo stato di diritto ma altresì a creare un ambiente più favorevole agli investimenti, alle imprese e ai cittadini¹. Lo *Scoreboard* 2023 rappresenta per l'Italia un aumento del contenzioso in ingresso rispetto all'anno precedente, cui

¹ Il Rapporto, pubblicato lo scorso 8 giugno ed elaborato sulla scorta dei relativi al 2021, è disponibile all'indirizzo <https://commission.europa.eu/system/files/2023-06/Justice%20Scoreboard%202023.pdf>.

corrisponde una lieve diminuzione del tempo di definizione dei processi, la cui durata, tuttavia, rimane tra le più lunghe in Europa².

L'efficienza della giustizia civile è presa in considerazione anche da altro celebre rapporto internazionale, il *Doing Business*, – ovvero il documento redatto annualmente dalla Banca mondiale per stilare la classifica dei Paesi in cui è più semplice e competitivo fare impresa³. Il documento utilizza diversi indicatori quantitativi confrontando 190 economie mondiali. Lo Studio, nell'ultima versione pubblicata, risalente al 2020, registra per l'Italia un calo di sette posizioni rispetto all'anno precedente e di dodici rispetto al 2019, collocando il nostro Paese al cinquantottesimo posto, successivo a quello del Kosovo, del Kenya e del Marocco.

L'attenzione costante all'efficienza del sistema giudiziario è divenuta ancora maggiore nel contesto degli interventi del programma *Next Generation EU*, volto a supportare la ripresa delle economie degli Stati membri messe in seria difficoltà dalla situazione di emergenza pandemica che ha interessato il pianeta a partire dal 2020, cosicché dapprima nelle raccomandazioni specifiche rivolte ai singoli Paesi, poi nella valutazione dei piani nazionali di ripresa e resilienza, il miglioramento delle prestazioni nel settore della giustizia, soprattutto civile, ha avuto un peso determinante.

Nella piena consapevolezza del contesto, il *Piano* presentato dal Governo il 30 aprile 2021, ha programmato e poi realizzato l'azione riformatrice in materia di giustizia non soltanto intervenendo sulle regole del processo, bensì affiancando a tale direttrice, definita «endoprocessuale», altre due linee, «inscindibili e complementari», consistenti in interventi destinati ad incidere sulla «dimensione extraprocessuale». Nel disegno complessivo, il primo tipo di interventi costituisce, dunque, il punto di arrivo di un disegno di riformatore più ampio volto ad incidere sull'organizzazione complessiva degli uffici giudiziari e sull'accesso alla giurisdizione anche «calmierandolo», ovvero favorendo – o più spesso imponendo – filtri all'accesso.

La legge n. 206/2021 recante *Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di*

² L'Italia è seguita soltanto da Croazia e Grecia.

³ Disponibile all'indirizzo: <https://archive.doingbusiness.org/en/doingbusiness>.

risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, infatti ha proseguito nella politica legislativa inaugurata nel 2010 volta a potenziare i meccanismi ADR⁴, sempre più riconosciuti come valido strumento non soltanto al fine di ridurre i ruoli sovraccarichi della giustizia civile e di conseguenza i tempi medi dell'accertamento giudiziale, ma anche e soprattutto quali sedi di tutela da un lato più appropriate rispetto a quella giudiziaria per molte situazioni di conflitto, dall'alto capaci di offrire soluzioni stabili in tempi decisamente più concentrati rispetto a quelli propri del processo⁵.

Va rilevato che l'imposizione di filtri all'azione giudiziaria ha dato nel tempo risultati del tutto insoddisfacenti rispetto alle aspettative, a riprova di quanto costantemente emerge della letteratura scientifica che documenta come i meccanismi alternativi di definizione del conflitto funzionino soltanto a fronte di sistemi giudiziari efficienti⁶. Purtuttavia, dai dati raccolti dalla Direzione statistica del Ministero della giustizia, emerge un numero abbastanza significativo di accordi conclusi in mediazione nel caso in cui le parti partecipino effettiva-

⁴ Con l'introduzione innanzitutto dell'istituto della mediazione per la risoluzione delle liti civili e commerciali di cui al d.lgs. n. 28/2010 e ss.mm. e dell'arbitrato c.d. endoprocessuale e la negoziazione assistita da avvocati con la l. n. 62/2014.

⁵ Sulle ADR nel contesto riformato cfr. G. MICCOLIS, *Le nuove norme in tema di mediazione e negoziazione assistita*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1058 ss.; D. DALFINO (a cura di), *La nuova giustizia complementare*, Roma, 2023; A. TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, in *Questione Giustizia*, 2023, p. 1 ss.; E. DALMOTTO, *La negoziazione assistita nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Giur. it.*, 2023, p. 736 ss.; M. LUPANO, *La riforma della mediazione civile*, *ivi*, p. 730 ss. nonché i commenti alle disposizioni riformate contenuti nei primi commentari, *i.e.* R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile - Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023; C. CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma - d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Bologna, 2023. La riflessione non coinvolge l'arbitrato – pure inciso dalla c.d. riforma Cartabia – che nella sua forma rituale è rimedio equipollente e non alternativo alla tutela giurisdizionale.

⁶ Per tutti, G. COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 77 ss., spec. 86; F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1201, spec. 1205.

mente al primo incontro e proseguano nel procedimento, come pure emerge che ancora altissimo è il numero delle mancate adesioni.

Sulla base di tali evidenze, pertanto, il legislatore della *Riforma*, dapprima con la legge delega, poi con il d.lgs. n. 149/22, oltre a praticare la consueta via dell'ampliamento del novero delle ipotesi di obbligatorietà del ricorso alle ADR⁷, ha introdotto nuovi incentivi volti a favorirne l'utilizzo⁸ e, per quanto qui specificamente attiene, ha tentato di eliminare i principali ostacoli all'adesione delle amministrazioni pubbliche alle procedure di conciliazione e mediazione.

2. L'impatto sul contenzioso civile delle liti in cui è parte la pubblica amministrazione non è affatto irrilevante. Oltre all'attribuzione al giudice ordinario del contenzioso in materia di pubblico impiego e la sempre crescente domanda relativa a prestazioni previdenziali e assistenziali, è la profonda evoluzione che ha caratterizzato nel tempo l'azione amministrativa – che ha visto progressivamente valo-

⁷ Alle ipotesi di ADR obbligatorie già previste, il d.lgs. n. 149/2022 ne ha aggiunte di ulteriori. Cosicché sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 modificato dalla medesima fonte, chi – a partire dal 1° marzo 2023 – intenda esercitare un'azione relativa anche a contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di *franchising*, d'opera, di rete, di somministrazione, di società di persone e di subfornitura dovrà tentare la mediazione ovvero, per le materie di competenza, optare per le ADR considerate equipollenti (c. 3).

⁸ Il novellato capo II-*bis* del d.lgs. 28/2010 prevede l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito delle ipotesi di mediazione obbligatoria quando è raggiunto l'accordo; analogamente a dirsi per le negoziazioni assistite ai sensi dei novellati artt. 11-*bis*/11-*undecies*, in cui si regola analiticamente il patrocinio a spese dello Stato nelle controversie per le quali l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita sia condizione di procedibilità e la procedura si concluda con la conciliazione. Inoltre, per la sola mediazione, vengono estesi i benefici fiscali con la previsione esenzione dall'imposta di bollo, e da ogni spesa, tassa o diritto relativi a tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione; dell'esenzione dall'imposta di registro entro il limite di valore di centomila euro per il verbale contenente l'accordo di conciliazione (art. 17, d.lgs. n. 28/2010). L'art. 20 del d.lgs. n. 28/2010 novellato infine prevede un credito d'imposta in favore delle parti e degli organismi di mediazione e riconosce in caso di mediazione obbligatoria o demandata, un credito di imposta del compenso del proprio avvocato; nonché in caso di conclusione di un accordo di conciliazione successivamente all'introduzione del giudizio, un credito di imposta per il contributo unificato versato per il giudizio estinto, nel limite di quanto versato e fino ad un importo massimo di 518 euro.

rizzata la dimensione paritaria dell'*agere pubblico* –, a rendere evidente come anche per il contenzioso che vede parte la pubblica amministrazione sia fondamentale incentivare meccanismi di deflazione.

Accanto a tale dato generale va poi considerato che il momento attuale vede una profonda revisione e riqualificazione delle modalità di esercizio dei pubblici poteri determinata dall'esigenza di ottimizzare l'utilizzo di risorse pubbliche e affrontare le sfide gestionali imposte dal nuovo contesto macroeconomico e dalla gestione dei fondi PNRR. In tale contesto, la conclusione di accordi conciliativi attraverso i diversi meccanismi di deflazione del contenzioso, rappresenta da un lato «un formidabile strumento di contenimento della spesa pubblica»⁹, dall'altro una più responsabile e rapida risposta all'istanza di tutela del cittadino.

La riflessione su questi temi non è nuova. In un noto e risalente saggio, intitolato «*La transazione degli enti pubblici*», Enrico Guicciardi sottolineava come la transazione costituisse «strumento efficacissimo della pace sociale» cui non poteva sottrarsi la pubblica amministrazione¹⁰. L'affermazione rimane attuale, atteso il novero sempre più ampio di controversie in cui la pubblica amministrazione opera *iure privatorum* nel quale è ben possibile perseguire soluzioni stragiudiziali¹¹. Il ricorso ai meccanismi negoziali, infatti, si pone ar-

⁹ G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 223 e ss.

¹⁰ *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, p. 64 ss.

¹¹ Non è possibile in questa sede affrontare *funditus* l'argomento dei confini dell'azione amministrativa non autoritativa, né dell'ambito di applicazione oggettivo degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie con la p.a.; su questo secondo punto, pertanto, si rimanda per una sintesi ragionata e chiara a M. SALVATORELLI, *La parte pubblica in mediazione e negoziazione assistita: riflessioni generali. Il ruolo della Avvocatura dello Stato*, in *Rass. Adv. Stato*, n. 2/2017, 4 e ss. Più in generale sull'evoluzione che caratterizzato l'*agere* amministrativo, cfr. F. PATRONI GRIPPI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 115 ss. In argomento, *ex multis*, A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, 168; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, II, 405; ID., *La funzione amministrativa e il diritto privato*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI - G. GARDINI (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa (Atti dell'incontro di studio, Pescara, 30 maggio 2003)*, Bologna, 2003, 35.

monicamente nell'evoluzione delle modalità di esercizio dell'azione amministrativa e trova un formidabile radicamento nell'art. 1, c. 1-*bis*, della l. n. 241/1990 a tenore del quale «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente», come pure nel successivo comma 2-*bis*, che dispone che i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione siano improntati alla collaborazione e alla buona fede¹². Si tratta di disposizioni di principio di notevole impatto che consentono di proseguire la cura dell'interesse pubblico anche instaurando rapporti di carattere privatistico con soggetti che vantano situazioni giuridiche soggettive connesse e/o collegate ad interessi pubblici¹³.

Né il Legislatore ha mancato di regolare in specifici e numerosi contesti le procedure di conciliazione di cui sono parte le pubbliche amministrazioni. Basti in questa sede ricordare che il *nuovo Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, artt. 205 e seguenti) ha introdotto un Capo (II del Titolo I della Parte VI) espressamente dedicato ai «Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale»¹⁴.

Infine, gli strumenti di risoluzione negoziale di nuovo conio – *id est* la mediazione finalizzata alla risoluzione delle liti in materia civile

¹² L'intenzione palesata anche nella Relazione illustrativa alla novella del 2015 (*i.e.* l. 11 febbraio 2005, n. 15) è stata quella di «sottoporre l'agire della p.a. al diritto comune non solo quando l'amministrazione avesse agito *iure privatorum*, ma anche quando avesse operato nell'esercizio della funzione pubblica, ponendosi sempre in una situazione di piena parità col cittadino. In questo modo, tale precepto avrebbe relegato l'attribuzione di poteri unilaterali ed esorbitanti rispetto al diritto comune soltanto a casi eccezionali», così, R. TUZZI, *Il potere transattivo della pubblica amministrazione nella risoluzione alternativa delle controversie: spunti per una rinnovata lettura anche attraverso il prisma della responsabilità amministrativo-contabile*, in *Riv. Corte conti*, 2021, 30.

¹³ Cfr. altresì J. POLINARI, *La possibile deflazione delle controversie amministrative. Transazione e altri mezzi di prevenzione e/o risoluzione. Premesse ad uno studio sull'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Rass. Adv. Stato*, 4/2010, 268 e ss.

¹⁴ A titolo di esempio, si prendano in considerazione la procedura prevista in materia di servizi di pubblica utilità, di cui all'art. 2 l. 14 novembre 1995; le procedure di conciliazione in materia di lavoro svolte presso la Direzione provinciale del lavoro previste dall'art. 65-*bis* d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, la conciliazione paritetica in materia di telecomunicazioni, disciplinata dall'art. 11 l. 31 luglio 1997, n. 249, nonché – pur con le peculiarità del caso – la procedura di accordo bonario di cui all'art. 240 del codice degli appalti.

e commerciale introdotta con il d.lgs. n. 28/2010 e la negoziazione assistita da avvocati di cui al d.l. n. 132/2014, convertito con modificazione in l. n. 62/2014 – sono costruiti come meccanismi a vocazione generale, destinati ad operare senza particolari specialità anche nel campo dei rapporti tra privati e p.a. in materia di diritti disponibili per atti di natura non autoritativa. Con riferimento alla mediazione la giurisprudenza ha evidenziato come «la lettera e la sostanza» della relativa normativa vadano «nella direzione del raggiungimento di accordi conciliativi, senza alcuna eccezione soggettiva. Le pp.aa., pertanto, hanno, *in subiecta materia*, gli stessi oneri ed obblighi di qualsiasi altro soggetto»¹⁵. Nel medesimo senso, d'altronde, si è orientata fin da subito la stessa Amministrazione, con la circolare n. 9/12 del Dipartimento della funzione pubblica che ha dettato opportune «*Linee guida in materia di mediazione nelle controversie civili e commerciali*»¹⁶. La circolare specifica immediatamente che anche sulla p.a. gravi l'obbligo di esperire preliminarmente il procedimento di mediazione nelle ipotesi in cui lo stesso sia previsto come condizione di procedibilità della domanda, come pure di partecipare al procedimento al quale sia stata invitata, richiamando le conseguenze normative della mancata partecipazione¹⁷. Neppure si manca di evidenziare l'opportunità di avvalersi delle funzioni consultive dell'Avvocatura dello Stato nella valutazione dell'opportunità della conclusione dell'accordo conciliativo o dell'adesione alla proposta formulata dal mediatore¹⁸. Discorso analogo può essere condotto per la negoziazione assistita¹⁹.

Neppure nella giurisprudenza contabile, in realtà, può registrarsi un atteggiamento di aprioristico disfavore rispetto a soluzioni

¹⁵ Così, tra le tante, Trib. Roma, ord. 10 marzo 2016.

¹⁶ Disponibile all'indirizzo, <https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/29361.pdf>.

¹⁷ *Ivi*, p. 6 ss.

¹⁸ *Ibidem*, 9 s.

¹⁹ M. RUBINO-SAMMARTANO, *Lo strumento della negoziazione assistita a disposizione per evitare il contenzioso*, in *Riv. trim. appalti*, 2019, p. 1017 ss.; S. TARULLO, *Mediazione e negoziazione assistita nelle controversie con la P.A.: modelli a confronto*, in *Diritto e processo amm.*, 4, 2021, p. 883 ss.

negoziali del contenzioso di cui è parte la pubblica amministrazione, non mancando decisioni della Corte dei conti che hanno giudicato opportuna e non “sanzionabile” la scelta di addivenire a una rapida composizione della controversia in sede stragiudiziale.

Il contesto appena descritto non è comunque bastato a vincere l’atteggiamento di decisa cautela adottato dalle p.a. rispetto all’adesione a soluzioni conciliative e ben spesso finanche alla partecipazione ai relativi procedimenti.

Ciò, ad avviso di chi scrive, in primo luogo perché in quest’ambito emerge più che in altri la circostanza di non poco momento che anche là dove operi *iure privatorum*, la p.a. debba improntare la propria condotta ai principi costituzionali che ne regolano l’azione, cosicché risulta necessario coniugare, con attenta capacità di bilanciamento, gli interessi sottesi a precetti che offrono orizzonti di tutela, sia pur non incompatibili, senz’altro molto diversi tra di loro.

Il riferimento è da un lato al principio di stretta legalità cui è chiamata ad attenersi l’Amministrazione e che potrebbe essere messo in crisi dal raggiungimento di soluzioni equitative in cui non sia pienamente riconosciuto il bene in astratto ad essa spettante –, dall’altro a quello di buon andamento, che l’esito positivo di una soluzione conciliativa ben può garantire, rendendo più efficiente l’agire dell’Ente in termini di costi e tempi della risoluzione del contenzioso²⁰, ma che lascia sullo sfondo la responsabilità per danno erariale.

Non a caso il principale fattore che ha impedito il radicarsi di politiche deflative del contenzioso è rinvenuto nel timore di essere chiamati a rispondere innanzi alla Corte dei conti in seguito alla sottoscrizione di accordi considerati *ex post* non favorevoli per le casse o più in generale per gli interessi dell’Ente rappresentato. La stessa Corte costituzionale ha registrato come la c.d. “paura della firma” possa provocare una vera e propria stasi nello svolgimento dell’attività amministrativa, sottolineando l’opportunità di evitare e reprimere condotte che, ispirate dal timore della responsabilità, esponcano l’Amministrazione a rallentamenti e inerzie nello svolgimento delle pubbliche funzioni e, pertanto, giudicando conforme a Costitu-

²⁰ Cfr., in termini, G. SABATO, *Conciliazione e pubblica amministrazione. Opportunità e zone d’ombra*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2022, 185.

zione l'imputazione della responsabilità esclusivamente a titolo di colpa grave o dolo²¹.

In questo contesto si iscrive l'evoluzione che ha investito l'istituto della responsabilità erariale del pubblico dipendente – accelerata dal dilagare dell'emergenza sanitaria e dalla crisi economica.

Il c.d. decreto semplificazioni (d.l. 16.7.2020, n. 76 convertito in l. 11.9.2020, n. 120) ha dettagliato il principio generale espresso dall'art. 1 della l. 14.1.1994, n. 20, secondo il quale la responsabilità dei dipendenti pubblici soggetti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica ricorre in relazione a fatti ed omissioni commessi con dolo o colpa grave, da un lato specificando che ai fini della prova del primo occorre dimostrare la volontarietà dell'evento dannoso, e dall'altro – con disposizione temporanea allo stato vigente fino al 31 dicembre 2024 – limitando a quella dolosa la responsabilità del pubblico agente, fatte salve le ipotesi in cui il danno sia stato cagionato da omissione o inerzia²². Tralasciando le ragionevoli perplessità che la normativa temporanea ha suscitato tra gli operatori²³, l'alleggerimento complessivo dei titoli di responsabilità e

²¹ Corte cost., 20 novembre 1998, n. 371, che, a seguito di diverse questioni rimesse dalla magistratura contabile, ha giudicato costituzionalmente legittima la limitazione della responsabilità erariale alla sola "colpa grave" con esclusione dunque della colpa lieve, ritenendo ragionevole la scelta del Legislatore «di predisporre, nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore della responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzia nello svolgimento dell'attività amministrativa». Sul tema, cfr. M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Dir. economia*, 2018, 625 ss.; ID., *Risorse decisionali e amministrazione difensiva: il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 35 ss.; M. DELSIGNORE e M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 61 ss.

²² Nel testo originario il la vigenza era individuata al 31.7.2021, poi differita al 31.12.2021 con la legge di conversione. Tuttavia, il d.l. 31.5.2021, n. 77 coordinato con la l. 29.5.2021, n. 108 – con cui il Parlamento ha approvato il Piano nazionale di ripresa e resilienza, recante le prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure predisposto dal Governo, all'art. 51, co. 1, lett. b) – ha prolungato il termine al 30.6.2023. Con il recentissimo d.l. 44/2023 il termine è stato infine prorogato fino al 30 giugno 2024.

²³ Cfr. R. TUZZI, *Il potere transattivo*, cit., 33 che riporta la posizione degli organi di vertice della magistratura contabile e avanza, sulla scorta di precedenti spe-

la tendenza a rendere il dolo erariale sempre più simile a quello penalistico, rispondono all'esigenza, chiaramente segnalata dalla Corte costituzionale, di rendere l'istituto sempre più un pungolo, funzionale a garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace e non già un elemento di appesantimento o finanche di paralisi della stessa. In più occasioni, come anticipato, la Consulta ha ritenuto che una ragionevole disciplina della responsabilità erariale sia essenziale per garantire le finalità dell'art. 97 della Costituzione, in quanto il buon andamento e l'imparzialità della P.A. possono realizzarsi anche disincentivando comportamenti di inerzia e deresponsabilizzazione dei funzionari pubblici garantendo in tal modo un'equa ripartizione del rischio fra la P.A. e i funzionari stessi²⁴.

Ad avviso di chi scrive, altro elemento da non sottovalutare per comprendere l'atteggiamento di diffusa ritrosia ad optare per soluzioni negoziate del contenzioso è riscontrabile nell'assenza di previsioni specifiche nella legislazione di settore – e in particolare in quella a portata generale della mediazione e della negoziazione assistita – dirette a disciplinare le modalità di applicazione degli istituti conciliativi ai soggetti pubblici²⁵.

3. Sia pur solamente in parte, dell'assenza di disposizioni specifiche applicabili alle pubbliche amministrazioni e del *timor* di giudizi contabili per responsabilità erariale si è fatto carico il legislatore la c.d. Riforma Cartabia²⁶.

cifici (fr. Corte cost. 8 ottobre 2001, n. 340), dubbi di legittimità costituzionale sulla limitazione della responsabilità al solo dolo.

²⁴ Cfr. C. cost., 20 novembre 1998, n. 371. La necessità che, in generale, la disciplina in tema di responsabilità amministrativa costituisca fonte di stimolo e non di disincentivo per l'azione dei funzionari pubblici è stata recentemente ribadita dalla Consulta con le ordinanze nn. 167 e 168 del 2019.

²⁵ Mentre numerose sono le disposizioni specifiche non applicabili alla p.a. Osserva M. SALVATORELLI, *La parte pubblica*, cit., 3, come basti pensare «alla presenza di norme “premiali” con riflessi tributari per le parti che si accordano; agli obblighi relativi alla informazione che il difensore deve fornire alle parti assistite; a quelle disposizioni che presuppongono la iscrizione del difensore stesso all'albo professionale, per comprendere che siamo in presenza di previsioni evidentemente non applicabili alle parti pubbliche e ai loro difensori».

²⁶ Osserva ancora M. SALVATORELLI, *cit.*, 7 «Per accennare a uno solo tra i tanti problemi (che il legislatore non sembra a suo tempo essersi posto), per l'ente pub-

La *Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi*, presieduta dal prof. F.P. Luiso, i cui lavori hanno costituito in larga parte il modello cui si è attenuto il Legislatore della delega²⁷, nella propria relazione conclusiva ha rilevato come gli enti pubblici tendano a disertare le procedure di conciliazione anche nei casi di mediazione obbligatoria per legge o disposta *iussu iudicis*. La *Relazione* sottolinea come il dichiarato «timore del funzionario di incorrere in una responsabilità erariale della quale, nella maggior parte dei casi, non vengono identificati gli esatti contorni e le causali», sia in realtà del tutto ingiustificato, attese le modifiche legislative che hanno decisamente circoscritto l'area dei pregiudizi risarcibili subiti dall'Amministrazione in ragione di condotte illecite dei propri funzionari. La *Commissione* osserva incisivamente che «se la legge impone degli obblighi a tutti i soggetti giuridici, senza alcuna eccezione per gli enti pubblici, obblighi nella specie consistenti nella seria e cooperativa partecipazione alla mediazione, allora non è certo il loro assolvimento, ma, al limite, la loro evasione, a poter astrattamente generare, in capo all'autore della scelta, una responsabilità di natura erariale»²⁸.

Tali osservazioni sono confluite nell'art. 1, c. 1 lett. g) della legge n. 206/2021 che ha delegato il Governo a «prevedere per i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che la conciliazione nel procedimento di mediazione ovvero in sede giudiziale non dà luogo a responsabilità contabile, salvo il caso in cui sussista dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti». Il principio direttivo si è tradotto nella modifica tanto del d.lgs n. 28/2010, disciplinante la mediazione, quanto della l. n. 20/1994 che reca «Di-

blico che intenda agire in una materia per la quale è prevista la mediazione obbligatoria si pone il problema della scelta della struttura cui rivolgersi: scelta che comporta l'impegno di fondi pubblici e impone quindi obblighi contabili che potrebbero giungere addirittura alla necessità dello svolgimento di una procedura selettiva per l'individuazione della struttura».

²⁷ Istituita con d.m. Giustizia, 12 marzo 2021. La *Relazione finale* e le proposte formulate sono consultabili all'indirizzo https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUIISO_relazione_finale_24mag21.pdf.

²⁸ *Ivi*, p. 25.

*sposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*²⁹. Gli interventi, ispirati dalla medesima *ratio*, alleggeriscono nel primo caso la responsabilità amministrativa del funzionario che addivenga a soluzioni partecipate e – specularmente – la aggravano nel caso inverso.

Più specificamente, il d.lgs. n. 149/2022 ha novellato l'art. 1 della legge n. 20/1994 con l'inserimento del comma 1.1. che stabilisce che: «In caso di conclusione di un accordo di conciliazione nel procedimento di mediazione o in sede giudiziale da parte dei rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, la responsabilità contabile è limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti».

Inoltre, e coerentemente, è stato introdotto nel corpo del d.lgs. n. 28/2010 l'art. 11-*bis*, in forza del quale «ai rappresentanti delle amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che sottoscrivono un accordo di conciliazione si applica l'articolo 1, comma 1-*bis* della legge 14 gennaio 1994, n. 20». Tale modifica specifica come anche nel giudizio di responsabilità conseguente alla conclusione dell'accordo conciliativo si debbano considerare i «vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione [...] in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità».

Il successivo art. 12-*bis*, come si vedrà *amplius infra*, “sanziona”, infine, l'atteggiamento di ingiustificata diserzione alle procedure obbligatorie, prevedendo tra l'altro che il giudice segnali la circostanza alla procura erariale.

4. Occorre in primo luogo concentrarsi sul novero dei soggetti sottoposti alla normativa riformata, la quale opera un rinvio espresso all'art. 1, comma 2, del T.U. sul pubblico impiego (*i.e.* d.lgs. n. 30 marzo 2001, n. 165) e dunque include i «rappresentanti» di tutte le amministrazioni ivi richiamate, tra le quali, oltre a quelle dello Stato

²⁹ In questo secondo caso rimanendo più fedele ai lavori della Commissione Luiso che ai criteri di delega.

e degli enti pubblici territoriali e non economici nazionali regionali e locali, rientrano altresì le Università, gli enti del Servizio sanitario nazionale, le camere di commercio³⁰.

La tecnica normativa utilizzata non esclude, ad avviso di chi scrive, l'applicabilità delle disposizioni in commento a soggetti non ricompresi nell'elenco fornito dal T.U. ma comunque rientranti in quella nozione «dinamica, funzionale e cangiante» di pubblica amministrazione che sempre più emerge dalla giurisprudenza amministrativa. Nel corso degli ultimi anni, infatti, la nozione di ente pubblico si è progressivamente «frantumata» con il conseguente riconoscimento della natura pubblicistica di «figure soggettive ibride» – si pensi agli organismi di diritto pubblico o alle società *in house* –, al fine di sottoporle in tutto o in parte ad un regime di diritto pubblico³¹. «Secondo tale impostazione la nozione “funzionale” [...], che ormai predomina nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale,

³⁰ Più nel dettaglio, l'art. 1, c. 2 del T.U. recita «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti i del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI».

³¹ I primi (art. 3, lett. *d*, d.lgs. n. 50/2016) hanno una veste societaria, o comunque di diritto privato, e svolgono funzioni amministrative; quindi, sono chiamati e a svolgere compiti di interesse pubblico e sono pertanto sottoposti ai principi del procedimento amministrativo. Le seconde (art. 5 d.lgs. n. 50/2016), viceversa, sono soggetti tradizionalmente pubblici che sempre più spesso operano mediante strumenti negoziali e sono assoggettate alla disciplina del fallimento (cfr. Cass. 22 febbraio 2019, n. 5346). La felice definizione riportata nel testo è di R. TUZZI, *Il potere* cit., 34. Sulle questioni relative alla delimitazione del novero delle società pubbliche, si rinvia, tra gli altri, a S. SCREPANTI - V. TURCHINI, *Le società a partecipazione pubblica*, in L. TORCHIA (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 123 ss.; F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ - R. CANTONE (a cura di) *Le società pubbliche: fenomenologia di una fattispecie*, Napoli, 2020, e, da ultimo, a AA.VV., nonché da ultimo, A. BUSCEMA (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2023.

[...] il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a sé stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della *ratio* ad esso sottesa. Occorre, in altri termini, di volta in volta domandarsi quale sia la funzione di un certo istituto, quale sia la *ratio* di un determinato regime "amministrativo" previsto dal legislatore, per poi verificare, tenendo conto delle caratteristiche sostanziali del soggetto della cui natura si controverte, se quella funzione o quella *ratio* richiedono l'inclusione di quell'ente nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica»³².

Se così si ragiona, dunque, nulla osta a ritenere applicabili tanto le disposizioni sulla mancata partecipazione al procedimento di mediazione, quanto quelle relative all'adesione agli accordi conciliativi a tali soggetti «cangianti», i quali al pari delle amministrazioni pubbliche "classiche" – e anzi con maggiore frequenza visti i moduli privatistici utilizzati e i settori di attività in cui operano – possono risultare coinvolti in controversie risolvibili addivenendo ad una soluzione negoziata³³.

Quanto finora osservato è, ovviamente, limitato alle ipotesi in cui le p.a. rientranti nella nozione «cangiante» siano altresì sottoposte alla giurisdizione della Corte dei conti delineata dall'art. 1 della l. n. 20/1994 sulla quale la riforma Cartabia incide.

La precisazione risulta tutt'altro che superflua atteso che l'art. 11-*bis* del d.lgs. n. 28/2010, come modificato da ultimo, riferisce atecnicamente di «responsabilità contabile». Tenuto conto che quest'ultima forma comprende tecnicamente la particolare specie di responsabilità amministrativa dei c.d. agenti contabili, soggetti al giu-

³² Cfr., testualmente, Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, che prosegue «l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico. Si ammette ormai senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica». In termini, Cons. Stato 11 luglio 2016, n. 3043.

³³ *Contra*, G. SABATO, *op. loc. cit.*; F. Mara, *Mediazione e pubblica Amministrazione dopo la riforma Cartabia*, in *La nuova giustizia complementare*, cit., 103.

³⁴ Si v. l'art. 73, comma 1, r.d. 18 novembre 1923, n. 244 che riferisce di «agenti funzionari [...] i quali per il servizio loro affidato, hanno gestione di pubblico denaro o di qualunque altro valore o materia».

dizio di conto³⁴, è evidente che l'ambito di applicazione delle disposizioni qui in commento vada invece individuato proprio con riferimento alle modifiche apportate alla l. n. 20, che all'art. 1, disciplina la ben più ampia responsabilità erariale.

Sempre con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione della disciplina riformata, occorre, infine, individuare la nozione di «rappresentante delle amministrazioni pubbliche», rilevante con riferimento sia alla conclusione dell'accordo sia alla determinazione e alle motivazioni della mancata partecipazione.

La menzionata *Circolare* ministeriale del 2012 richiama, con riferimento a quelle statali, l'art. 16, c. 1, lett. *f*, del TU sul pubblico impiego, e, dunque, i soggetti che «promuovono e resistono alle liti ed hanno il potere di conciliare e di transigere [...]». Nel caso di specie, la *Circolare* fa riferimento ai «dirigenti dell'ufficio dirigenziale generale competente sulla materia oggetto della controversia»³⁵. Il richiamo ai poteri di rappresentanza in giudizio, di conciliazione e transazione risulta sicuramente utile per individuare – anche per amministrazioni diverse da quelle statali – “il rappresentante” al quale trovano applicazione le disposizioni riformate. Ove manchi un'indicazione legislativa, dunque, occorrerà rifarsi alle specifiche previsioni del regolamento interno dell'ente. Per quanto riguarda in particolare gli enti locali, la giurisprudenza contabile riconduce di regola la materia delle transazioni e delle conciliazioni alla competenza dirigenziale³⁶, ma la medesima può rientrare nell'ambito di attribuzione delle Giunte o dei Consigli qualora l'atto negoziale involga atti di disposizione che implicano valutazioni esulanti dalla mera gestione³⁷.

³⁵ La *Circolare* specifica, tuttavia, che le funzioni di rappresentanza in parola possono essere oggetto di delega a dipendenti di qualifica non dirigenziale, purché dotati di comprovata e particolare competenza nella materia del contenzioso, anche con particolare riferimento alla specifica controversia.

³⁶ Tra le tante, cfr. Corte dei conti, sez. Umbria, Deliberazione n. 123/2015/ PAR; ID., sez. Liguria, deliberazione 5/2014.

³⁷ In questo senso J. POLINARI, *La possibile deflazione*, cit., 282 che argomenta ex artt. 48, 107 e 42 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 «testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali» per la competenza generale delle Giunte non essendo espressamente menzionata tra le attribuzioni del Consiglio di cui all'art. 42 del TUEL. Così anche Cass. 2 febbraio 2005, n. 2072, nel vigore della l. 8 giugno 1990 n. 142.

In ogni caso, e sempre nell'ottica di agevolare quanto più possibile la scelta di moduli di soluzione della lite alternativi al processo, può essere interessante richiamare la giurisprudenza che ritiene applicabile all'attività di natura privatistica della P.A. la disciplina generale dettata dal codice civile in materia di rappresentanza senza potere, così contemplando anche per le amministrazioni pubbliche la figura del *falsus procurator*³⁸. Pertanto, l'accordo conciliativo concluso in carenza di potere rappresentativo può essere successivamente ratificato dall'Organo rappresentato, senza che la ratifica debba «necessariamente risultare da un atto che manifesti espressamente la volontà del *dominus*, potendo questa utilmente desumersi anche implicitamente da altro atto che esprima in modo inequivoco una volontà incompatibile con quella di rifiutare l'operato del rappresentante senza potere»³⁹.

5. Con le modifiche apportate dalla c.d. Riforma Cartabia alla l. n. 20/1994 si è innanzitutto allineata la disciplina generale in materia di conciliazione e mediazione⁴⁰ a quanto già previsto in materia di conciliazione delle controversie di lavoro di cui sia parte un'amministrazione⁴¹.

³⁸ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 9 novembre 2018, n. 28753: «La disciplina del negozio concluso da un rappresentante senza poteri si applica anche alla rappresentanza organica degli enti pubblici, poiché l'organo competente ad esprimere la volontà dell'ente può procedere alla ratifica del contratto sottoscritto dal «falsus procurator», per la quale è richiesta la forma scritta «ad substantiam», trattandosi di un contratto della P.A.».

³⁹ Cfr. C. Cass. 15 febbraio 2022, n. 4937. A tal proposito, G. SABATO, *cit.*, 192 ritiene lacunosa la disciplina, ove manca di riferire dell'organo o del soggetto per così dire «rappresentato» ovvero – ipotesi frequente là dove si tratti di enti territoriali – agli organi competenti a deliberare nella materia oggetto del contenzioso: si pensi, ad esempio, al consiglio comunale.

⁴⁰ Mentre rimane sottoposta alla disciplina generale dell'imputazione di responsabilità l'ipotesi in cui all'accordo si pervenga in seguito a negoziazione assistita.

⁴¹ L'art. 31, comma 9 del c.d. collegato lavoro (l. 183/2010), abrogando gli artt. 65 e 66 d.lgs. 165/2001, già consentiva l'applicazione degli artt. 410 ss. c.p.c. anche al pubblico impiego contrattualizzato, così limitando la responsabilità della «conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, anche in sede giudiziale [...]», alle sole ipotesi di dolo e colpa grave, in modo da

Si è inciso, in primo luogo, sul titolo soggettivo di imputazione della responsabilità erariale al pubblico agente per le ipotesi «di conclusione di un accordo di conciliazione nel procedimento di mediazione o in sede giudiziale», limitandola «ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti» (art. 1, c. 1.1., l. n. 20/1994).

Va, innanzitutto, premesso che con riferimento alla conciliazione giudiziale l'ipotesi appare poco più che scolastica. La fattispecie normativa è infatti riferita alle ipotesi in cui l'Amministrazione addivenga alla soluzione conciliativa in ragione del tentativo condotto dal giudice civile ai sensi dell'art. 185 c.p.c., anche a seguito della proposta transattiva o conciliativa che il medesimo può formulare, ai sensi del successivo art. 185-*bis*, «avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto». È palese che in tali circostanze l'emersione di una responsabilità dolosa o per colpa grave dell'Amministrazione risulti praticamente impossibile, atteso l'intervento attivo del giudice nel raggiungimento dell'accordo del quale, oltretutto, si redige processo verbale che ha valore di titolo esecutivo.

La vera novità introdotta consiste, invece, nell'ampliamento della tutela del pubblico agente rispetto a quanto già previsto sia a titolo generale, sia per la conciliazione del lavoro attraverso una *species* di «colpa grave» più ristretta e tipizzata rispetto al *genus* individuato dall'art. 1 della l. n. 20/1994.

La disciplina di nuovo conio individua, dunque, le condotte ascrivibili a tale titolo di responsabilità «nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge» e «nel travisamento dei fatti». Si è al cospetto, pertanto, di una disposizione eccezionale come tale di stretta interpretazione, con la conseguenza che sarà la regola generale prevista dall'art. 1, c. 1 della legge n. 20/1994 a trovare applicazione alle condotte che hanno determinato o comunque costituiscono il presupposto del contenzioso poi risolto attraverso l'accordo conciliativo, risultando sussumibili nella nuova *species* sol-

“coprire” le scelte processuali o stragiudiziali finalizzate alla risoluzione alternativa del contenzioso, tanto nel caso in cui l'amministrazione fosse parte attrice, quanto in quello in cui fosse convenuta o terza chiamata in causa.

tanto quelle tenute al momento di conclusione di quest'ultimo⁴². Si tratta di un vero e proprio statuto speciale della responsabilità erariale riferita alla conclusione di accordi conciliativi raggiunti in sede giudiziaria ovvero nel corso di un procedimento di mediazione, eclettico rispetto al titolo di imputazione generale vigente per gli altri ambiti di azione del pubblico agente⁴³.

Secondo dottrina e giurisprudenza, la colpa grave "classica" «si estrinseca in una marcata violazione degli obblighi di servizio o delle regole di condotta, concretizzandosi nell'inosservanza, alla stregua delle peculiarità del caso concreto, di un livello minimo di diligenza ovvero in una palese imperizia e/o superficialità»⁴⁴. La giurisprudenza costante della Corte dei conti ha chiarito che essa «consiste nella macroscopica e inescusabile negligenza ed imprudenza nell'espletamento delle mansioni e/o nell'adempimento dei propri doveri istituzionali, cioè in un atteggiamento di estrema superficialità e trascuratezza o scriteriato nella cura dei beni e interessi pubblici, ovvero in un comportamento caratterizzato da un grado di diligenza, prudenza, perizia, razionalità e correttezza decisamente inferiore allo standard minimo professionale e tale da rendere prevedibile o probabile il concreto verificarsi di un evento dannoso»⁴⁵. Nel valutare la

⁴² La conclusione raggiunta risulta conforme all'orientamento della giurisprudenza contabile in materia di transazione secondo il quale il negozio concluso «non costituisce un elemento interruttivo del nesso causale fra un precedente comportamento illecito che abbia causato le pretese di soggetti terzi, oggetto di un bonario componimento, e il danno erariale conseguito per le finanze dell'amministrazione». Cfr., *ex multis*, Corte conti, sez. giur. reg. Puglia, 5 giugno 2003, n. 490; Corte conti, sez. centr. app., 17 luglio 2007, n. 204/A.

⁴³ Il discorso è condotto rispetto alla normativa ordinaria applicabile in base all'art. 1 della n. 20/94, atteso che – come già rilevato *supra* nel testo – nel regime di eccezionalità previsto dall'art. 21 del decreto semplificazioni, la responsabilità del pubblico agente è limitata alle condotte commissive dolose, risultando predicabile una responsabilità per colpa grave per i soli «danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente».

⁴⁴ Cfr. L. BALESTRA, *Responsabilità per danno erariale e prerogative della corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 2019, 4, 21, che rinvia a Corte conti, sez. riun., 21 maggio 1998, n. 23.

⁴⁵ Tra le più chiare in questo senso, Corte dei conti, sez. III centr., 10 settembre 2010, n. 523/A.

ricorrenza di comportamenti di tal sorta, occorre dunque la dimostrazione di un *quid pluris* rispetto quanto caratterizza la colpa semplice, tale da evidenziare l'abnormità della violazione, rendendo la condotta riconoscibile dalla categoria cui appartiene il soggetto agente *ex ante* come gravemente colposa *ictu oculi*⁴⁶.

Riportando l'orientamento tradizionale alla nuova tipizzazione delle condotte, può rilevarsi come la «grave violazione di legge» presa in considerazione dal comma 1.1 vada esclusa in presenza di una «mera violazione di legge», specie a fronte di incertezze interpretative⁴⁷ e, più ancora, nel caso l'accordo sia stato preceduto dall'acquisizione di un parere tecnico dell'Avvocatura dello Stato o di altro ufficio competente. Non a caso, le *Linee guida* ministeriali in materia di mediazione del 2012, sottolineano l'opportunità di attivare le funzioni consultive degli organi competenti al fine di valutare l'opportunità e la legittimità della conclusione degli accordi negoziali, in conformità alla giurisprudenza contabile che esclude costantemente la configurabilità della colpa grave in tali ipotesi⁴⁸.

Inoltre, rimane attuale l'insegnamento giurisprudenziale che considera figura sintomatica in materia di transazioni concluse dalla p.a., la sussistenza di accordi astrattamente nulli o annullabili, sia pur non dichiarati tali in sede giudiziaria⁴⁹.

Infine, per definire la nozione può essere utile il riferimento all'ipotesi prevista dall'art. 2 della legge n. 117 del 1988 in materia di responsabilità civile dei magistrati che include, tra le quattro specifiche ipotesi di colpa grave, «la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile»⁵⁰. La pur esigua giurisprudenza sul punto è

⁴⁶ Cfr., A. CIARAMELLA, *La sopravvivenza normativa della colpa grave nella responsabilità erariale*, in *Dirittoeconomi.it* del 24 gennaio 2020.

⁴⁷ Corte dei conti, sez. reg. Puglia, 3 aprile 1997, n. 16

⁴⁸ Corte dei conti, sez. II, 26 giugno 2002, n. 212/A; ID., sez. I, 31 maggio 2002, n. 173/A

⁴⁹ Cfr., Corte dei conti Trentino-Alto Adige, n. 22 del 30.4.2008. In termini, R. TUZZI, *cit.*, 36 ss.; J. POLINARI, *La possibile deflazione*, *cit.*, 228 ss.

⁵⁰ Richiamo per ricorre anche nella giurisprudenza contabile, cfr. Corte conti, sez. I, 24 ottobre, n. 83: «Poiché per l'imputazione del danno ai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti non è sufficiente una qualsivoglia condotta antidoverosa ma occorre che essa sia connotata da "intensa negligenza", un criterio

concorde nel ritenere integrata la fattispecie a fronte di «una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma, ovvero di una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico, o dell'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o della manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o infine dello sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero»⁵¹.

Ad avviso di chi scrive, l'equiparazione con la responsabilità del magistrato non può spingersi oltre, e in particolare non può condurre ad utilizzare – neppure come parametro di giudizio della condotta del pubblico agente – l'esimente prevista dall'art. 2, c. 1, n. 2, della medesima legge n. 117/88, che esclude possa dar luogo a responsabilità del magistrato l'attività di interpretazione di norme di diritto ovvero quella di valutazione del fatto e delle prove. Ciò non soltanto per l'eccezionalità delle disposizioni che prevedono esimenti, ma anche perché questa specifica trova fondamento esclusivo nelle funzioni costituzionali della magistratura, senza poter essere estesa ad altri poteri dello Stato.

Per quanto attiene alla condotta gravemente colposa per «travisamento dei fatti» può considerarsi l'ipotesi in cui l'accordo risolutivo della lite sia stato concluso dall'Amministrazione senza la necessaria ricognizione dei presupposti e delle circostanze fattuali prodromiche alla soluzione negoziata. Rientrano nella fattispecie, per esempio, i casi in cui si giunga ad essa senza una ricostruzione e ricognizione delle obbligazioni o delle responsabilità dell'amministrazione oggetto di contenzioso⁵².

orientativo utile ai fini della graduazione della colpa è reperibile nell'art. 2 l. n. 117 del 1988 sulla responsabilità dei magistrati che definisce colpa grave “la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile” e nell'art. 5 comma 3 d.lg. n. 472 del 1997 che, in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie più dettagliatamente prevede che “la colpa è grave quando l'imperizia o la negligenza del comportamento sono indiscutibili e non è possibile dubitare ragionevolmente del significato e della portata della norma violata e, di conseguenza, risulta evidente la macroscopica inosservanza di obblighi elementari”», in *Riv. Corte Conti*, 2000, 276. Corte dei conti Molise, 28 aprile 1997, n. 226. Nel medesimo senso A. TEDOLDI, *Le Adr*, cit., 22.

⁵¹ Cass. civ., 18 marzo 2008, n. 7272, in *Foro it.*, 2009, 1, 9, 2496.

⁵² Corte dei conti Calabria, 3 giugno 2022, n. 119, in materia di transazione.

È, infine, rilevante sottolineare che la fattispecie in esame secondo la giurisprudenza amministrativa costituisce l'unica in cui il giudice amministrativo può spingersi a sindacare le valutazioni – discrezionali o di merito – dell'Amministrazione in quanto «il convincimento» della stessa «non risulta formato sulla base di un processo logico e coerente» bensì sul «travisamento dei fatti» che hanno condotto alla determinazione e, dunque, nel caso in esame nella conclusione dell'accordo conciliativo⁵³.

5.1. A differenza di quanto avviene per la colpa grave, né l'art. 11-*bis* del d.lgs. n. 28/2010 né il novellato comma 1.1 dell'art. 1 della l. n. 20/94 specificano il concetto di dolo fonte di responsabilità erariale nel caso di conclusione dell'accordo conciliativo, sicché soccorre in pieno l'elaborazione dottrina e giurisprudenziale già formata, riletta alla luce delle modifiche apportate alla disposizione dal richiamato art. 21 del c.d. decreto semplificazioni. In ragione delle stesse, la prova del dolo del pubblico agente richiede la dimostrazione da parte della procura contabile «della volontà dell'evento dannoso». La previsione si è resa necessaria al fine di superare l'orientamento interpretativo prevalente nella giurisprudenza della Corte dei conti, che – pur accantonata la nozione «contrattuale»⁵⁴ – nel tempo ne ha accolto una più ampia rispetto a quella penalistica, ritenendo sufficiente ad integrarlo la sola consapevolezza dell'indebitamento e della violazione dei doveri di servizio, pur in assenza di volontà di cagionare l'evento lesivo. Si tratta, a bene vedere, di una nozione eclettica di dolo, c.d. erariale, differente sia da quello civilistico, sia da quello propriamente penalistico.

⁵³ Cfr., da ultimo, Cons. Stato, 28 giugno 2022, n. 5389 «Nella valutazione della responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti, il giudizio si svolge con una larga discrezionalità da parte dell'Amministrazione sull'apprezzamento della gravità delle infrazioni addebitate e della conseguente sanzione da irrogare, non potendo il giudice amministrativo sostituirsi all'Amministrazione medesima in ordine alla valutazione dei fatti contestati, ma tale principio trova un'importante deroga nei limiti in cui la valutazione stessa contenga un travisamento dei fatti, ovvero il convincimento non risulti formato sulla base di un processo logico e coerente».

⁵⁴ Che peraltro si pone in contrasto con la più accreditata teoria della natura extracontrattuale della responsabilità amministrativo-contabile seguita dalla dottrina.

La novella del 2021 ha imposto, al contrario, una configurazione dell'elemento soggettivo che risulta sostanzialmente corrispondente alla nozione di dolo diretto che emerge dall'art. 43 del codice penale e che esclude, dunque, l'imputazione della responsabilità ogniqualevolta il pubblico agente pur avendo scientemente intrapreso un comportamento *contra legem* non abbia avuto la diretta e consapevole intenzione di nuocere alla finanza pubblica⁵⁵. Pertanto, sul pubblico ministero contabile grava normativamente l'onere di provare non soltanto la volontarietà dell'azione o dell'omissione del dipendente pubblico, ma anche quella dell'evento, ovvero la dimostrazione di una condotta finalisticamente orientata alla produzione del medesimo.

Non assume carattere di specialità rispetto alla disciplina generale ma appare più che altro una sorta di *memento* alla magistratura contabile il richiamo operato dall'art. 11-*bis* del d.lgs. n. 28/2010 riformato all'art. 1-*bis* della l. n. 20/1994, secondo il quale «Nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità». Si tratta, infatti, di criterio generale già applicato dalla magistratura contabile alle transazioni raggiunte dalla pubblica amministrazione. In questa sede, in ogni caso, si è adottata una nozione di «vantaggio» non limitata all'aspetto economico-patrimoniale⁵⁶ bensì più ampia, capace di includere il raggiungimento di «fini meritevoli di considerazione», come quello di evitare «una traumatica interruzione dell'erogazione

⁵⁵ G. GARGIULO, *Aspetti critici della riforma della responsabilità erariale*, in *Il diritto amministrativo*, del 6 luglio 2022, p. 2.

⁵⁶ Che, al contrario, non necessariamente vale ad escludere la responsabilità. Cfr. Corte dei conti, 21 gennaio 2008, n. 215, che ha ritenuto sussistente la colpa grave di Consiglieri comunali che, pur disponendo di elementi informativi che univocamente evidenziavano la convenienza per l'ente di una proposta di transazione formulata dalla controparte ed approvata dalla Giunta municipale, si erano rifiutati di deliberare immediatamente il conseguente riconoscimento del debito fuori bilancio, addivenendo a transazione solo dopo due anni. Non sono state accolte nel caso di specie le controdeduzioni della difesa fondate sul vantaggio economico connesso alla temporanea disponibilità di somme di denaro nelle casse dell'Ente.

di un servizio pubblico»⁵⁷ o di rimediare al danno di immagine conseguente ai tempi e all'esposizione mediatica connessa alla definizione giudiziale della lite⁵⁸. Tale linea interpretativa risulta coerente, peraltro, con la posizione assunta dalla Corte dei conti in sede consultiva, là dove si è più volte sottolineato come «la convenienza economica della transazione in relazione all'incertezza del giudizio», costituisca soltanto uno tra gli indici rilevanti in termini di opportunità e vantaggi di addivenire ad accordi conciliativi o transattivi⁵⁹.

Nel complesso, dunque, le limitazioni operate alla responsabilità in questo peculiare settore dell'agire amministrativo precluderanno al giudice contabile di valutare le scelte discrezionali che abbiano indotto il pubblico funzionario a conciliare la controversia, a condizione che agli abbia agito nel rispetto dei criteri di adeguatezza e di proporzionalità, nonché di logicità e razionalità che devono sempre caratterizzare l'agire della pubblica amministrazione nonché nel rispetto dell'*iter* amministrativo previsto e degli obblighi di motivazione del provvedimento che autorizza l'accordo⁶⁰.

6. Come anticipato, all'alleggerimento della responsabilità del pubblico agente in relazione alla conclusione dell'accordo conciliativo corrisponde un inasprimento della valutazione del contegno di mancata partecipazione della pubblica amministrazione al procedimento di mediazione.

Il novellato art. 12-*bis* rafforza, infatti, le reazioni ordinamentali a fronte del comportamento non collaborativo rispetto a tale ADR⁶¹.

⁵⁷ Corte dei conti Molise, 27 marzo 2000, n. 25.

⁵⁸ Cfr. Corte conti, reg. Sicilia, 23 luglio 2013, n. 2719.

⁵⁹ C. conti, sez. contr. Lombardia, parere n. 26/2008; in termini analoghi anche la sez. contr. Piemonte, nel parere n. 20/2012.

⁶⁰ A. TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, in *Questione Giustizia*, 2023, p. 22.

⁶¹ Nel testo previgente le conseguenze della mancata partecipazione al procedimento di mediazione risultavano disciplinate dal c. 4.bis dell'art. 8 del d.lgs. n. 28/2010, come novellato nel 2015. La disposizione abrogata statuiva nel senso che «Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice con-

Il secondo comma della disposizione, in particolare, stabilisce che quando la mediazione costituisca condizione di procedibilità della domanda o del giudizio, e, dunque, rispettivamente nelle ipotesi di obbligatorietà *ex lege* e *iussu iudicis*, il giudice debba condannare la parte costituita che non ha partecipato al primo incontro senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio. Si tratta di una conseguenza automatica rispetto ad un contegno oggettivo, che prescinde tanto dalla richiesta della controparte quanto dalla valutazione discrezionale cui il giudice è tenuto nel caso della speciale condanna alle spese pure contemplata dalla disciplina riformata⁶².

Di forte impatto a tal proposito è la conseguenza che il quarto comma dell'art. 12-*bis* collega al provvedimento di condanna dell'Amministrazione del quale il giudice è tenuto a trasmettere copia integrale tanto «al pubblico ministero presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti» quanto all'autorità competente in caso di amministrazioni sottoposte a vigilanza – si pensi, tra tutti, agli istituti di credito o assicurativi. La riforma positivizza e rende obbligatorio un contegno già adottato in molti casi nelle aule giudiziarie a fronte di condanne per responsabilità aggravata *ex art. 96 c.p.c.* collegate alla mancata partecipazione della P.A. in mediazione. Tuttavia, la nuova disciplina assume un valore simbolico e giuridico di notevole rilievo là dove mostra di considerare *tout court* l'ingiustificata partecipazione alla procedura di mediazione obbligatoria come potenziale fonte di danno erariale ovvero di responsabilità sottraendo la trasmissione della notizia alla valutazione discrezionale del magistrato. La scelta legislativa si pone in piena coerenza con la giurisprudenza

danna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio».

⁶² Cfr., con riferimento al previgente art. 8, c. 4-*bis*, Trib. Torino, 23 marzo 2021, secondo cui la condanna al versamento dell'importo a favore dello Stato prescinde dall'esito del giudizio e trova giustificazione nella violazione di quello che è ormai un principio immanente dell'ordinamento giuridico, e cioè che la partecipazione alla mediazione è un valore in sé, a prescindere dal merito e quindi dal convincimento di non dover incorrere nella soccombenza.

contabile che costantemente ritiene che «l'atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni, di negligenza massima» coniugato «alla prevedibilità delle conseguenze dannose del comportamento» anche omissivo, costituiscano ipotesi di responsabilità erariale per colpa grave in quanto determinano una «deviazione del modello di condotta doveroso per il pubblico agente»⁶³.

La previsione può essere intesa, ad avviso di chi scrive, quale equipollente dell'obbligo di denuncia alla Corte dei conti, previsto per gli organi della Pubblica Amministrazione in relazione a fatti dannosi per l'Erario posti in essere dai dipendenti pubblici, o da soggetti, persone fisiche o giuridiche, comunque assoggettati alla giurisdizione contabile⁶⁴. Si tratta di una innovazione importante atteso che finora soltanto l'art. 129 disp. att. c.p.p. prevedeva un obbligo simile per i magistrati⁶⁵, in particolare imponendo al P.M. che eserciti l'azione penale per un fatto che ha cagionato un danno erariale, di dare notizia dell'imputazione elevata alla Procura contabile (c. 3)⁶⁶. La trasmissione integrale del provvedimento adottato dal giudice nei confronti della P.A. non collaborativa, infatti, ha in sé quella specificità che l'art. 20 del T.U. sull'impiego pubblico impone per le segnalazioni alla procura contabile, senza perciò che il magistrato sia tenuto a provvedere ad altro adempimento che non sia – per l'appunto – quello della mera trasmissione. Va, in particolare, escluso che il giudice debba evidenziare i profili di illegittimità o di *mala ge-*

⁶³ Tra le tante Corte dei conti, Veneto, 20 settembre 1997, n. 71/1997.

⁶⁴ Val la pena di ricordare che, senza previa denuncia di una potenziale fattispecie dannosa, la procura della Corte dei conti non può attivarsi. Cfr., *ex multis*, J. BERCELLI, *L'obbligo di denuncia di danno erariale dopo il d.l. semplificazione del 2020*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, II, 335 ss.

⁶⁵ A livello generale, sono l'art. 20 T.U. Imp. Civ. Stato e l'art. 53 T.U. delle Leggi sulla Corte dei conti (d.P.R. 10.1.1957, n. 3) ad imporre l'obbligo di segnalazione ai dipendenti delle Amministrazioni statali, concentrandolo in capo agli organi di vertice di ciascuna Amministrazione: i dirigenti, capi servizio o il Ministro per i comportamenti illeciti dei direttori generali, o i funzionari, nell'ambito degli Enti Locali dove non vi sia personale dirigente.

⁶⁶ L'obbligo di informazione del P.M. sussiste anche nel caso di arresto o di fermo o di misura cautelare in carcere adottata nei confronti di un agente pubblico per un fatto produttivo di pregiudizio per l'Erario (c. 3-*bis*).

stio originati dalla condotta del pubblico agente o spingersi nella quantificazione del danno erariale, trattandosi di elementi che valuterà, se del caso, in piena autonomia ai fini del giudizio di condanna per responsabilità aggravata *ex art. 96, c. 3*⁶⁷.

Infine, come poco sopra accennato, il terzo comma dell'art. 12-*bis* prevede che nelle ipotesi di mediazione obbligatoria, il giudice, stavolta su istanza di parte, possa condannare il soccombente che non abbia partecipato alla mediazione al pagamento in favore della controparte vittoriosa di una somma equitativamente determinata in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento. Si è qui al cospetto di una sanzione pecuniaria – forgiata sul modello di cui all'art. 96, comma 3, c.p.c. –, intesa a punire condotte ostruzionistiche e non collaborative della parte chiamata in mediazione, che risulti poi soccombente all'esito della lite.

A questo proposito è opportuno segnalare il rigore della giurisprudenza civile nel valutare il merito dei motivi addotti dalla p.a. a giustificazione della mancata partecipazione. Non è infrequente, infatti, l'ipotesi in cui, pur motivata, la scelta risulti non “giustificata” ad avviso del giudice. In particolare, non necessariamente dotate di pregio sono considerate le motivazioni fondate sulla convinzione dell'assenza di fondatezza della domanda che addirittura sono state considerate viziate «da manifesta miopia logico-giuridica». Di frequente la giurisprudenza di merito ha ritenuto che «addurre la pretesa ragione contro l'altrui torto per non aderire alla mediazione» costituisca «una vera e propria aporia: se questa fosse infatti una valida ragione per non partecipare al procedimento di mediazione, la mediazione non potrebbe esistere *tout court*, posto che alla base della sua ragione d'essere vi è, immancabilmente, una divergenza di vedute fra le parti in conflitto, e precisamente su dove sia allogata la ra-

⁶⁷ Attesa la lacunosità del dell'art. 20 T.U. Imp. Civ. Stato, che si limita sinteticamente a prescrivere la doverosa indicazione di «tutti gli elementi raccolti per l'accertamento della responsabilità e per la determinazione dei danni» la Procura Generale della C. conti, con circolare del 27 maggio 1996, ha individuato nel dettaglio gli elementi essenziali della denuncia. Per maggiori ragguagli sul punto, non strettamente rilevante in questa sede, cfr. BERCELLI, *L'obbligo di denuncia di danno erariale dopo il d.l. semplificazione del 2020*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, p. 335 ss.

gione e dove il torto»⁶⁸. Indipendentemente dall'opinione che si abbia sulla possibilità di entrare nel merito di scelte discrezionali dell'Amministrazione, dunque, la motivazione di non partecipare dovrà essere specifica e non meramente apparente non risultando sufficiente il mero riferimento alla fondatezza giuridica delle posizioni vantate, atteso che la valutazione di astratta mediabilità della lite nelle ipotesi di mediazione obbligatoria è stata effettuata dal legislatore ovvero – per quella c.d. delegata – dal giudice investito della controversia. Come a più riprese statuito in sede giurisdizionale, infatti, «non è giustificabile una negativa e generalizzata scelta aprioristica di rifiuto e di non partecipazione al procedimento di mediazione in quanto la Pa ha i medesimi oneri e obblighi di qualsiasi altro soggetto chiamato in mediazione». Significative a questo proposito sono le motivazioni rese dal Tribunale di Roma, con l'ordinanza del 13 ottobre 2021 resa nell'ambito di giudizio sommario di cognizione in materia di responsabilità medica. Richiamando i lavori parlamentari che avrebbero poi condotto all'approvazione della Riforma Cartabia, il giudice capitolino chiarisce come la mancata partecipazione al procedimento di mediazione delegata non possa essere giustificato dal timore di incorrere in responsabilità erariale e che al contrario «in tale timore sia insita un'aporia», atteso che «la legge, nel disciplinare la mediazione, sia dal punto di vista attivo che passivo, non fa alcuna eccezione per quanto riguarda l'ente pubblico» e che anzi la giurisprudenza della Corte dei conti rassicuri costantemente circa «la perfetta compatibilità fra il modulo della transazione e lo statuto dell'azione amministrativa, a condizione che la situazione giuridica controversa sia disponibile e che l'atto dispositivo sia compiuto da soggetto all'uopo legittimato». A tal proposito il Tribunale di Roma richiama – sulla scorta della *Circolare* del 2012 – l'opportunità di «procedimentalizzare (con i vari sistemi possibili, in particolare con l'ausilio di una commissione di esperti per la valutazione dei sinistri con composizione multidisciplinare, che possa orientare al meglio le decisioni del Dirigente responsabile) a monte, la condotta del funzionario pubblico che amministra danaro della collettività e negozia», in modo da garantire che «il soggetto che va

⁶⁸ Così, Trib. Roma, 17 Dicembre 2015; cfr., in termini analoghi, Trib. Torino, 23 marzo 2021.

in mediazione in rappresentanza della P.A.» lo faccia secondo «perimetri oggettivi all'interno dei quali poter condurre le trattative» appositamente concordate con i soggetti cui fanno capo i diritti controversi.

In questo quadro, correttamente, il Tribunale reputa improbabile l'insorgenza di una responsabilità del pubblico funzionario, «considerato che una conciliazione raggiunta sulla base del correlativo provvedimento del giudice, spesso anche corredato da indicazioni motivazionali», responsabilità che, al contrario, rischierebbe seriamente di sussistere là dove si osservasse un contegno omissivo che, «oltre a poter attingere alla stessa procedibilità della domanda è in ogni caso comportamento valutabile nel merito della causa. Ed inoltre consente l'applicazione dell'art. 96, comma 3 c.p.c.».

Nella diversa ipotesi di invito alla mediazione rivolto alla p.a. dalla controparte, ferme restando le conseguenze processuali appena citate (valutabilità del comportamento come argomento di prova, rilevanza in ordine alle spese e alla eventuale responsabilità *ex art.* 96 c.p.c.), si configura uno spazio maggiore per la pubblica amministrazione nella valutazione del contegno da assumere. Già la *Circolare* del 2012 specificava come fosse onere dell'amministrazione procedere «alla valutazione in concreto della convenienza a partecipare al procedimento di mediazione, provvedendo, ove non intenda intervenire, a formalizzare con specifico atto la scelta operata sulla base della propria discrezionalità e, ove ritenuto opportuno, comunicando tale scelta all'organismo di mediazione»⁶⁹. Appare questo l'atteggiamento sicuramente più rispettoso del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. giustificandosi in caso contrario il rigoroso atteggiamento che la giurisprudenza assume in ordine all'immotivato e ingiustificato rifiuto di partecipare ad un procedimento i cui costi e tempi appaiono sicuramente più contenuti rispetto a quelli del giudizio ordinario.

7. La riforma operata dovrebbe fugare i timori e i sospetti che hanno caratterizzato l'atteggiamento dei pubblici funzionari rispetto alle soluzioni conciliative della lite maturate in sede giudiziaria o a seguito di mediazione. Il passo più importante da compiere però è

⁶⁹ *Ivi*, p. 9.

culturale e rimane affidato alla volontà degli amministratori chiamati alla maggiore consapevolezza che l'attuale congiuntura politico-economica impone. Come visto, soltanto in via di principio il carattere doveroso dell'azione amministrativa e la natura indisponibile dell'interesse pubblico mal si conciliano con i meccanismi ADR, in quanto ampie sono le sfere in cui i pubblici agenti possono attivarsi nella individuazione di una soluzione condivisa tra le parti senza necessità di arrivare al giudizio con il vantaggio, nel sistema normativo riformato, di evitare la spada di Damocle dell'azione di responsabilità della Corte dei conti e di assicurare al cittadino che chiede tutela una soluzione più rapida e spesso maggiormente rispondente all'interesse generale.

Abstract

Il saggio affronta il tema dell'accesso da parte della pubblica amministrazione agli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al giudizio nel contesto della riforma della giustizia civile di cui al d.lgs. n. 149/2022 e dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale della responsabilità erariale.

The essay is about the issue of public administration access to ADR instruments in the light of the civil justice reforms introduced by Legislative Decree no. 149/2022 and the regulatory evolution of the regulation of public agent liability.

SARA LANDINI

SANZIONI DELL'AUTORITÀ ITALIANA DI GARANZIA
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO (AGCM)
PER PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE
NELLA LIQUIDAZIONE DEI SINISTRI RCA. BREVI NOTE*

SOMMARIO: 1. Le sanzioni AGCM per pratiche scorrette nella liquidazione dei sinistri. – 2. Complementarietà tra intervento di AGCM e di IVASS. – 3. La corretta motivazione nella liquidazione del sinistro. – 4. *Private enforcement*. – 5. Conclusioni.

1. L'autorità italiana di garanzia della concorrenza e del mercato è intervenuta sulle condotte in punto di informativa di due compagnie idonee ad influenzare le condotte dei consumatori nella fase successiva alla conclusione del contratto focalizzando il tema della trasparenza e corretta informazione nella fase successiva della conclusione del contratto.

Nell'adunanza del 19 luglio 2022, con due distinti provvedimenti, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha sanzionato due imprese di assicurazione per aver utilizzato, nella fase di liquidazione dei danni RC Auto, pratiche commerciali scorrette in violazione del Codice del Consumo.

In considerazione della gravità, avuto particolare riguardo alla dimensione economica del professionista, e della durata delle pratiche, l'Autorità ha irrogato a ciascuna società una sanzione di 5 milioni di euro.

Secondo l'AGCM, le pratiche commerciali scorrette sono state realizzata tramite condotte ingannevoli e aggressive che avrebbero

* Il paper è stato inviato per la pubblicazione a Marzo 2023.

inciso sulle scelte del consumatore violazione degli artt. 20, comma 2, 22, 24 e 25 lett. d) del Codice del Consumo¹.

Le pratiche in oggetto consistono:

a) nell'imposizione di ostacoli all'esercizio dell'accesso agli atti del c.d. fascicolo del sinistro mediante l'adozione di comportamenti dilatori, ostruzionistici e/o di ingiustificato diniego inerenti alle relative istanze;

b) nella mancata indicazione delle motivazioni nella fase di formulazione dell'offerta risarcitoria o delle motivazioni sottese al suo eventuale diniego;

c) nell'imposizione di ostacoli all'esercizio dei diritti derivanti dal contratto di assicurazione RC auto, quali il mancato rispetto dei termini di legge fissati dal Codice delle Assicurazioni Private per l'espletamento della procedura liquidativa; il mancato riscontro a richieste provenienti dai consumatori anche tramite il canale telefonico in merito allo stato della pratica, nonché la sussistenza di difficoltà nella presa di contatto con il liquidatore (questo nel provvedimento PS11908).

La normativa di riferimento posta dall'autorità a fondamento del proprio provvedimento sanzionatorio è la disciplina delle pratiche commerciali scorrette contenuta nel codice del consumo (dlgs 206/2005 da ora in poi cod. cons.) di derivazione comunitaria essendo il frutto del recepimento nel diritto italiano della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette. La direttiva 2005/29/CE distingue due categorie di pratiche commerciali che sono sleali se inducono il consumatore medio ad assumere una decisione di acquisto che altri-

¹ C. CALINI, *Le procedure antitrust in Italia*, Milano, 2018; A. CATRICALÀ, G. CASSANO e R. CLARIZIA, *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Torino, 2018; G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 109; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, ivi, p. 39 ss.; G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, Napoli, 2022; L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e l'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1 ss.

menti non avrebbe assunto: le pratiche commerciali ingannevoli (per azione od omissione) e le pratiche commerciali aggressive.

Si tratta di una disciplina che in base all'art. 19 cod. cons. si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto, nonché alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese.

In base all'art. 20, comma 1 cod. cons. le pratiche commerciali scorrette sono vietate e sono quelle pratiche contrarie alla diligenza professionale, e che sono false o idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che esse raggiungono o al quale sono dirette o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori.

Ricordiamo brevemente che è considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso:

- a) l'esistenza o la natura del prodotto;
- b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto;
- c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto;
- d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo;
- e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione;

f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti;

g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice.

È Considerata ingannevole pure una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti:

a) una qualsivoglia attività di commercializzazione del prodotto che ingenera confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita;

b) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice.

È considerata scorretta la pratica commerciale che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omette di darne notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza.

L' art. 22 cond cons. disciplina poi le omissioni ingannevoli che si verificano laddove si omettono informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Questa disposizione di legge, come vedremo è di particolare interesse nel caso di specie.

Una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti in relazione al prodotto o al servizio e anche qualora il mezzo di comunicazione impiegato per la pratica commerciale imponga restrizioni in termini di spazio o di tempo, nel decidere se vi sia stata

un'omissione di informazioni, si tiene conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi.

Tra le condotte vietate ci sono poi le pratiche commerciali aggressive.

In base all'art. 24 cod. cons. è considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

2. L' Autorità della Concorrenza e del Mercato risponde evidenziando la complementarietà tra i propri interventi e quelli di IVASS (Autorità di vigilanza del mercato assicurativo).

Nel provvedimento PS11909 si chiarisce che «La sussistenza di una normativa di settore tesa ad assicurare la correttezza e la trasparenza della procedura liquidativa mediante l'accesso al fascicolo istruttorio, la trasparenza delle motivazioni sottese alla determinazione dell'offerta o al suo diniego, nonché la sussistenza di tempi certi nella liquidazione del danno, appare dunque complementare rispetto alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette e, nello specifico, alla fattispecie della pratica aggressiva tipizzata dall'art. 25 lett. d) Cod. Cons. volta a garantire che il professionista non sfrutti la posizione di potere in cui versa mediante l'adozione di comportamenti ostruzionistici che ostacolano la realizzazione delle legittime pretese del consumatore o alla fattispecie delle omissioni ingannevoli di cui all'art. 22 Cod. Cons. volta a impedire che il professionista mediante l'incompletezza informativa incida sulle scelte dei consumatori.

Nel caso di specie, deve inoltre escludersi, diversamente da quanto sostenuto dalla società, il rischio di una violazione del divieto di *bis in idem*.

Rileva, infatti, la diversa portata dei due interventi di *public enforcement* che afferiscono a fattispecie di diversa ampiezza e sono caratterizzati da obiettivi differenti.

Mentre, infatti, l'intervento dell'IVASS riguarda il caso singolo e appare finalizzato a tutelare il soddisfacimento dell'interesse del singolo istante, l'accertamento da parte dell'AGCM di una condotta scorretta *ex art. 27 Cod. Cons.* presuppone la sussistenza di una condotta caratterizzata da una astratta e potenziale ripetibilità ed è volto a tutelare il mercato dall'adozione di comportamenti scorretti da parte del professionista».

Altro è la disciplina della correttezza e trasparenza nel rapporto assicurativo segnata anche da norme secondarie del settore, altro è la corretta espressione dell'autonomia negoziale e dell'esercizio di azioni dell'utente nella liquidazione del sinistro (fase esecutiva del contratto) e in specie nel compimento di scelte negoziali (accettare o meno la proposta) e processuali (adire o meno il giudice). Questa, ove rilevante a livello di mercato e quindi non relativa ad un singolo e isolato rapporto, interesserà AGCM in quanto di impatto sulla concorrenza nel mercato. Del resto questo nella motivazione ai provvedimenti è in altro modo messo in evidenza come sopra riportato.

Lo stesso riguarda la fase precontrattuale dove accanto alla competenza di IVASS per quanto concerne la normativa di settore in punto di obblighi di trasparenza e adeguatezza dei prodotti presenti nel mercato (documenti informativi, product governance), abbiamo la competenza di AGCM con riferimento a prassi (presenti nel mercato e rilevate dalla nostra magistratura Cass. 23073/2022²) di docu-

² Cass. ord., 25 luglio 2022, n. 23073, in *www.diritto bancario.it*. Tra i precedenti a questa sentenza Cassazione civile, 30 aprile 2018, n. 10333, in *Mass. Giust. civ.* La Cassazione torna sulla questione dei doveri di diligenza nella distribuzione di prodotti linked pronunciandosi sull'illecito da «cattiva informazione». Il contratto di assicurazione sulla vita è tale solo qualora rechi la garanzia della conservazione del capitale alla scadenza; in difetto, il suddetto contratto deve considerarsi un investimento finanziario, con la conseguente applicazione della disciplina del T.U.F. e del regolamento Consob. Infatti, se il rischio è posto per intero in capo al soggetto assicurato, si ricade in una fattispecie contrattuale diversa dall'assicurazione sulla vita, in cui l'intermediario deve rispettare le regole di leale comportamento previste dalla normativa. Inoltre, la natura speculativa e non assicurativa del negozio importa un'altra disciplina in ambito successorio e fiscale. Nel caso della Cassazione del 2022 un contratto ad alto rischio con possibile perdita del capitale, veniva presentato nella brochure informativa come un contratto a capitale garantito.

Per la giurisprudenza di merito Trib. Bologna, 12 gennaio 2001, in *Assic.*, 2002, II, p. 164 ss.; Trib. Trani 11 marzo 2008, *ivi*, 2009, I, 130; Trib. Salerno, 6 ot-

mentazione commerciale, indirizzata alla collettività degli utenti, con contenuti fuorvianti rispetto al contenuto delle condizioni generali e dei documenti informativi.

Pure in questo caso potrò avere due interventi complementari quello di AGCM per pratica commerciale ingannevole e quello di IVASS per consegna di documentazione precontrattuale non conforme alle disposizioni di legge che dopo la direttiva 97/2016 IDD vede obblighi documentali stringenti orientati ad una documentazione standardizzata e sintetica.

Vi è poi da considerare il private enforcement che in questo ultimo caso ha visto applicazione nella sopra citata recente Cassazione. La Suprema Corte individua un obbligo restitutorio di importo pari al capitale a carico della compagnia in caso di polizze linked per contraddittorietà tra l'informativa resa dall'intermediario e quanto contenuto in una sintesi accattivante all'interno della brochure.

Di particolare interesse nei procedimenti in oggetto anche il parere di IVASS sulla prassi liquidatoria reticente nelle informazioni al consumatore sui motivi della proposta di indennizzo.

IVASS nel rendere parere positivo sui provvedimenti evidenzia l'opportunità di migliorare la chiarezza nella esposizione dei motivi del diniego dell'offerta³.

3. Per quanto riguarda la condotta ingannevole *sub b)* occorrerebbe, ad avviso di IVASS, distinguere due profili: mancata indicazione dei criteri di quantificazione del danno nella fase di formulazione dell'offerta risarcitoria; mancata indicazione delle motivazioni sottese all'eventuale diniego dell'offerta risarcitoria. IVASS puntualizza che l'art. 148, commi 1 e 2, del codice delle assicurazioni pri-

tobre 2008 e Trib. Busto Arsizio, 6 novembre 2009, entrambe consultabili in www.iusexplorer.it; Trib. Milano, 21 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, 5, I, p. 1627; Trib. Parma, 10 agosto 2010, n. 1107, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 189; Trib. Ferrara, 25 giugno 2011, n. 1020; Trib. Gela, 2 marzo 2013, in *Dir. giust.online*, 2013, 29 marzo; Trib. Napoli, 17 aprile 2013, n. 5060, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 4, II, p. 445.; Trib. Milano, 16 aprile 2015, n. 30127, *ivi*, 2015, 4, II, p. 449 ss.; Trib. Bologna, 6 luglio 2015, n. 2146, in Redazione Giuffrè; App. Milano, 11 maggio 2016, n. 1800, *ivi*; Trib. Bari, 28 febbraio 2017, n. 1091, *ivi*; App. Roma, 31 luglio 2017, n. 5204, *ivi*; Trib. Roma, 4 ottobre 2017, n. 18699, *ivi*.

³ V. *infra* par. 4.

vate (dlgs 209/2005 da ora in poi CAP) prevede che l'offerta proposta al danneggiato sia congrua e motivata. Non compaiono, invece, espressi riferimenti ad un dovere di indicazione dei criteri di quantificazione. Ad avviso dell'autorità avrebbe un carattere innovativo, rispetto alla normativa esistente, richiedere una espressa previsione dei criteri di quantificazione. L'art. 148 prevede infatti che «Per i sinistri con soli danni a cose, la richiesta di risarcimento deve recare l'indicazione degli aventi diritto al risarcimento e del luogo, dei giorni e delle ore in cui le cose danneggiate sono disponibili, per non meno di cinque giorni non festivi, per l'ispezione diretta ad accertare l'entità del danno. Entro sessanta giorni dalla ricezione di tale documentazione, *l'impresa di assicurazione formula al danneggiato congrua e motivata offerta* per il risarcimento, ovvero comunica specificatamente i motivi per i quali non ritiene di fare offerta... *L'obbligo di proporre al danneggiato congrua e motivata offerta per il risarcimento del danno, ovvero di comunicare i motivi per cui non si ritiene di fare offerta*, sussiste anche per i sinistri che abbiano causato lesioni personali o il decesso».

Personalmente ritengo corretta l'interpretazione per cui la motivazione non possa che includere la espressa e chiara esposizione del procedimento quantificatorio. *Si tratta comunque di una innovazione interpretativa che richiede di dare il tempo al mercato di adeguarsi, nei processi di liquidazione, per ragioni di opportunità e per l'impatto che viene ad avere non nel singolo rapporto ma a livello di mercato e di processi aziendali.*

I due provvedimenti sanzionatori hanno un rilevante impatto e segnano una importante presa di posizione di AGCM sulla liquidazione dei sinistri che potrà avere applicazione anche in altri rami assicurativi e che dovrà essere considerata dalle compagnie nelle proprie policy liquidatorie.

La corretta motivazione nell'offerta indennitaria o nel suo diniego è infatti doverosa nella esecuzione di altri contratti di assicurazione in cui non trovano applicazione le disposizioni qui richiamate ovvero l'art. 148 CAP che riguarda solo l'offerta di indennizzo in caso di contratti di assicurazione per responsabilità civile automobilistica.

In ogni rapporto contrattuale esiste l'obbligo di esecuzione in buona fede del contratto ai sensi dell'art. 1375 del codice civile che

impone, in questo caso, all'assicuratore di comportarsi con correttezza nella esecuzione delle proprie prestazioni.

Secondo l'interpretazione oggi dominante dell'art. 1375, il dovere di buona fede nella esecuzione del contratto ha funzione anche integrativa del contenuto del contratto e, nel caso di specie, può costituire una serie di obblighi complementari al pagamento dell'indennizzo ovvero correttezza nella liquidazione del sinistro e nella proposizione dell'offerta.

In base all'orientamento della dottrina italiana maggioritaria il dovere generale di buona fede in senso oggettivo comporterebbe l'individuazione di obblighi e divieti ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge e assolve, in questo senso, alla funzione di colmare le inevitabili lacune del diritto vivente⁴.

Questo orientamento interpretativo è relativamente recente. In passato si negava che il principio della buona fede oggettiva avesse rilievo giuridico autonomo.

La giurisprudenza si era espressa nel senso che la violazione dei doveri di correttezza e di buona fede previsti dagli artt. 1375 e 1175 c.c. costituisse un mero criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti, laddove, si precisava, tali doveri non fossero considerati, in forma primaria e autonoma, da una norma, come è nel caso della concorrenza sleale *ex* art. 2598, n. 3 c.c.⁵.

Come detto tale orientamento risulta superato dalla dottrina e giurisprudenza italiane dominanti che riconoscono una funzione integrativa del dovere di buona fede e costitutiva di obblighi complementari e necessari per la corretta esecuzione del contratto ulteriori rispetto a quanto previsto dalle parti o dalla legge.

In tali termini pretesa e prestazione tendono al soddisfacimento dell'interesse del creditore il quale ha titolo per chiedere ed ottenere il compimento dell'attività debitoria strumentale alla soddisfazione del di lui interesse che, «necessita dell'intermediazione attiva o pas-

⁴ Cfr. in particolare S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 115; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 335.

⁵ Si veda Cass., 20 luglio 1977, n. 3250, in *Mass. Foro it.*, 1977 e in dottrina U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo*, XVI, Milano, 1974, p. 159 ss.

siva di un altro centro di interessi»⁶, appunto quello del debitore il quale pone in essere il comportamento dovuto inteso come complesso di attività volte alla realizzazione dell'interesse del debitore.

Se questa è la linea interpretativa emergente occorre però dare tempo al mercato di recepirla dando impulsi propulsivi prima di intervenire con strumenti sanzionatorio punitivi che rischiano di non essere compresi nel loro fine mancando così di produrre gli effetti desiderati.

4. La pronuncia AGCM potrebbe poi avere un seguito in sede di giudizio civile in relazione alla validità degli impegni presi dai consumatori o alla responsabilità degli assicuratori per aver indotto il consumatore ad accettare una proposta liquidatoria che, se avesse avuto le corrette informazioni, non avrebbe accettato. Le associazioni dei consumatori in Italia si stanno già attivando in tal senso ma vediamo quali sono i fondamenti giuridici del *private enforcement* inteso come strumento.

Si parla in questi casi di *enforcement* di diritto privato per distinguerlo da quello di diritto pubblico costituito dalle sanzioni irrogate dalle autorità pubbliche competenti.

Il concetto di uso del ricorso alla giustizia ordinaria per violazione di norme che prevedono l'intervento di Autorità di controllo ha avuto *in primis* applicazione proprio in ambito di disciplina della concorrenza, ma può essere invocato in via generale come strumento per rafforzare la funzione deterrente della normativa e dell'intervento pubblico delle Authorities.

Le violazioni delle norme antitrust dell'UE (articoli 101 e 102 del TFUE- Trattato per il funzionamento dell'Unione Europea), come i cartelli o l'abuso di una posizione dominante sul mercato, risultano dannosi non solo per l'economia e per i consumatori in generale, ma provocano anche danni concreti ai singoli clienti e imprese concorrenti. La Corte di giustizia dell'Unione europea (C-295/04 - C-298/04,) ha stabilito che ogni cittadino o azienda ha diritto al risarcimento integrale per i danni causati dalla violazione

⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 433.

delle norme antitrust dell'UE, agendo appunto innanzi alla giustizia ordinaria.

Tuttavia, notava la Commissione come nella pratica la maggior parte delle vittime trovano un ostacolo ad azionare il loro diritto nelle norme nazionali sull'azione giudiziale per il risarcimento del danno. Nel 2013 la Commissione ha, così, proposto una direttiva per rimuovere i principali ostacoli a una compensazione effettiva e per garantire una protezione minima per i cittadini e le imprese, ovunque nell'UE. A termine della procedura legislativa ordinaria, la direttiva 2014/104/UE sulle azioni contro i danni provocati dall'antitrust è entrata in vigore il 26 dicembre 2014.

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulle conseguenze della violazione delle regole di condotta introdotte dalla normativa di settore oscillando tra: responsabilità per mancata adozione di standard di correttezza nella formazione del contratto (art. 1337)⁷, la

⁷ Quanto alle conseguenze delle violazioni delle regole di condotta si osserva: «In tema di intermediazione finanziaria, in ipotesi di omessa informazione sulla propensione al rischio del cliente e/o di omessa informazione sui rischi dell'investimento o comunque sull'inadeguatezza delle operazioni poste in essere dall'istituto intermediario ed anche in tutte le ipotesi in cui avrebbe dovuto astenersene, si prospetta una responsabilità di tipo contrattuale; oggetto del contendere, infatti, non sono circostanze attinenti al momento genetico dell'obbligazione, bensì relative al suo concreto divenire e alla sua attuazione. Di talché la domanda non è inquadrabile nella categoria dell'azione di invalidità del contratto, bensì in quella dell'azione di responsabilità, di tipo extracontrattuale – se l'evento generativo del danno si colloca nella fase delle trattative precontrattuali – o di tipo contrattuale se ha ad oggetto le operazioni poste in essere in adempimento del contratto di intermediazione come nella specie. Va pertanto escluso che possa aversi nullità del contratto-quadro per effetto dell'eventuale inadempimento agli obblighi dell'intermediario relativi al comportamento da tenere in occasione dei singoli atti negoziali esecutivi»: così Cass., 16 maggio 2016, n. 9981, in *Mass. Giust. civ.*, 2016. La Cassazione si è espressa a favore della applicazione della regola della responsabilità *ex art. 1337* in ipotesi di violazione di regole di condotta in fase precontrattuale. Si veda in tal senso Cass., 29 gennaio 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, 1105 con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale* e in *Danno e resp.*, 2006, 34 con nota di V. ROPPO - G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale* e Cass. SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*. La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza Cass., 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Nuova giur.*

nullità per violazione di norma imperativa (1418)⁸, risoluzione per inadempimento (art. 1453)⁹.

Ancora, con particolare riferimento al caso di specie, si potrebbe ipotizzare la disciplina della annullabilità.

Se la motivazione è, come afferma AGCM, finalizzata alla decisione informata del consumatore, il problema è sempre quello, da tempo all'attenzione degli interpreti, della violazione degli obblighi di informativa. Alla disciplina dei vizi del consenso si richiamano, al riguardo, coloro che osservano l'incidenza che il difetto di informazione può avere sulla formazione di un consenso adeguatamente consapevole e ponderato¹⁰. Si parla in merito di un dolo omissivo,

civ. comm., 2007, 999 con nota di U. SALANITRO, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della Cassazione non decide e rinvia alla sezioni unite*.

Nella giurisprudenza di merito riconducono all'art. 1337 la violazione dei doveri di informativa nell'intermediazione finanziaria il Trib. Torino, 21 marzo 2005, in *Giur. it.*, 2005, p. 1862; Trib. Trani, 10 ottobre 2006, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2007, II, 621, con nota di Tucci.

⁸ A favore della tesi della nullità ricordiamo in particolare: E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 119 ss.; G. AMADIO, *Nullità del contratto e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 299 ss.; E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 521; P.M. PUTTI, *L'invalidità dei contratti*, in *Tratt. dir. priv. europeo*, vol. III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, 603 ss.

⁹ Osserva Cass. SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit «la violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti invece la fase successiva alla stipulazione del contratto d'intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale: giacché quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti. Ne consegue che l'eventuale loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria in corso». In dottrina. T. PASQUINO, *Obblighi di informazione e rimedi contrattuali nella fornitura dei servizi telematici*, in *Studium Juris*, 2005, p. 860.

¹⁰ Si è, in particolare, ipotizzato di dar rilevanza alla « sorpresa » tra i vizi del consenso W. BIGIARI, *Dolo e sorpresa nell'imputazione dei pagamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 81 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazione*

ovvero di raggiri attuati tramite reticenze, che potrà essere incidente, se il consumatore avrebbe comunque concluso il contratto ma a condizioni economiche diverse, o determinante ovvero il consumatore non avrebbe concluso il contratto ove informato correttamente. La distinzione tra dolo determinante e dolo incidente secondo il codice civile italiano è poi rilevante in quanto il dolo incidente (art. 1440) darà luogo a responsabilità e il dolo determinante (art. 1439) ad annullabilità del contratto concluso¹¹.

Tornando al caso di specie la non corretta motivazione nell'offerta di indennizzo da parte dell'assicuratore potrà dar vita a responsabilità verso il consumatore per la perdita economica dovuta all'accettazione dell'offerta diseconomica e alla mancata azione giudiziale. Si tratterebbe di un danno da perdita di chance, da valutarsi in ragione del possibile esito in sede giudiziale, e quindi di non facile prova. Va anche detto che nel caso di specie la mancanza di un corretto flusso informativo avrebbe inciso non tanto sul consenso del consumatore quanto sulla sua decisione di adire le vie giudiziali per ottenere soddisfazione. Anche la via dell'annullamento del contratto non pare quindi facilmente percorribile.

Il rifiuto dell'offerta privo o carente di motivazioni potrà anche rilevare in quanto incidente sulla condotta processuale dell'assicu-

e i contratti: obbligazioni in generale. Contratti in generale, Padova, 1990, p. 166; U. BRECCIA, *La contrattazione su valori immobiliari*, in *La vendita « porta a porta » di valori mobiliari*, a cura di Bessone M. e Busnelli F.D., Milano, 1992, p. 17 ss.; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, pp. 16-17; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, vol., I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, Milano, 1998, pp. 353-354; B. INZITARI, *La formazione del contratto nella vendita porta a porta dei valori mobiliari (neutralità del modello codicistico e rispetto della tutela del risparmiatore)*, in *Contr. impr.*, 1992, p. 75; A. FUSARO, *Sulla vendita porta a porta (con particolare riguardo al collocamento di valori mobiliari)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 349 ss.; G. ALPA, *Jus poenitendi*, in *La vendita « porta a porta » di valori mobiliari*, a cura di M. Bessone e F.D. Busnelli, Milano, 1992, p. 143 ss. V. in particolare la dottrina francese: F. POTHIER, *Traité des obligations*, Bruxelles, 1831, p. 173; J. CALAIS AULOY, *Les ventes agressives*, in *Rec. Dalloz*, 1970, p. 37 ss.; S.P. PIZZIO, *Un apport législatif en matière de protection du consentement*, in *Rev. trim. Droit civil*, 1976, pp. 80-86; R. BAILLOD, *Le droit de repentir*, in *Rev. trim. droit civil*, 1984, p. 227 ss.

¹¹ M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 18 ss.; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241 ss.

rato che potrà intraprendere azioni temerarie, semplicemente perché non ha compreso le ragioni di diniego. Il giudice potrebbe, in caso di soccombenza dell'assicurato, non condannarlo alle spese processuali e non condannarlo per responsabilità aggravata nella condotta processuale. Sul punto ricordiamo che l'art. 96 del codice di procedura civile italiano prevede che «se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede e colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza». L'assicurato che agisce in giudizio per carenza di informazioni sulla propria posizione assicurativa, ove soccombente, non potrà essere considerato responsabile di avere agito con mala fede e colpa grave. Da questo punto di vista è interesse dell'assicuratore fornire una corretta motivazione, proprio per evitare liti temerarie e costi processuali evitabili.

5. Finora la trasparenza e l'obbligo di informativa è stato sempre considerato nella fase della formazione del contratto ai fini della corretta formazione del consenso e del superamento delle asimmetrie informative¹².

L'informazione documentale attua una forma di tutela dal «contratto indesiderato» garantendo trasparenza del contratto e della contrattazione, certezza sui contenuti del contratto sugli effetti del vincolo, educazione del contraente che riveste una posizione di debolezza sul piano del conoscere, saper conoscere, poter conoscere.

Una simile attività informativa non va ricondotta nell'ambito del momento espressivo della volontà negoziale, ma in un diverso ambito.

¹² G. STIGLER, *Economics of information*, in *J. Pol. Econ.*, 69 (1961), pp. 213-225. In Italia recentemente il problema è stato oggetto di studio da un punto di vista puramente economico da M. ZILLOTTI, *L'economia dell'informazione*, Bologna, 2001.

Il fenomeno dell'asimmetria informativa non ha mancato, però, di attirare l'attenzione della scienza giuridica con riferimento agli obblighi precontrattuali di informazione.

Il tema nella sua globalità è stato recentemente oggetto di studio da parte di un Autore tedesco le cui conclusioni sembrano acquisire un interesse anche al di là dei confini del diritto germanico. Intendiamo riferirci a H. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, Munchen, 2001, p. 19 ss.

Le Autorità interessate hanno sottolineato l'importanza della trasparenza, intesa come corretto flusso informativo, nella fase della esecuzione del contratto considerate le scelte che l'assicurato potrà trovarsi a dover compiere.

Abstract

AGCM (L'autorità di garanzia della concorrenza e del mercato italiano) sanziona due compagnie per pratiche commerciali scorrette nella liquidazione dei sinistri nel ramo RCA. Il saggio, nell'espone i contenuti del provvedimento e le motivazioni dell'autorità, si concentra sull'interpretazione della normativa di settore relativa agli obblighi di motivazione nella formulazione o nel diniego dell'offerta indennitaria e sulla complementarità tra interventi di pubblico enforcement e di private enforcement. Particolare attenzione è dedicata al ruolo dell'interprete nel diritto dell'economia e all'importanza, nella regolazione del mercato, di far "assimilare" cambiamenti interpretativi dal mercato prima di agire con interventi sanzionatori.

AGCM (The Italian Competition and Market Guarantee Authority) sanctions two companies for unfair commercial practices in the settlement of claims in the Motor Insurance sector. The paper, in explaining the contents of the provision and the reasons of the authority, focuses on the interpretation of the sector legislation relating to the reasons obligations in the formulation or denial of the compensation offer and on the complementarity between public enforcement interventions with hints to private enforcement. Particular attention is dedicated to the role of the interpreter in economic law and the importance, in market regulation, of having interpretative changes "assimilated" by the market before acting with sanctioning interventions.

ORIENTAMENTI

CASSAZIONE

Sent. sez. II, 26 luglio 2023, n. 22566

Pres. GIUSTI - Rel. TEDESCO

Successione – Dei legittimari – Riserva a favore del coniuge superstite – Coniuge separato senza addebito – Spettanza.

I diritti di abitazione e uso, accordati al coniuge superstite dall'art. 540, comma 2, c.c. spettano anche al coniuge separato senza addebito, eccettuato il caso in cui, dopo la separazione, la casa sia stata lasciata da entrambi i coniugi o abbia comunque perduto ogni collegamento, anche solo parziale o potenziale, con l'originaria destinazione familiare.

Omissis. Ragioni della decisione. *Omissis.* Intanto deve precisarsi che la Corte di merito ha ritenuto applicabili nel caso in esame il principio di giurisprudenza sul coniuge separato senza addebito, che non sono del tutto attinenti al caso in esame, che non riguardava una ipotesi di separazione consensuale, ma una causa di separazione giudiziale ancora in corso al momento della morte di uno dei coniugi. Il provvedimento presidenziale, anche secondo la disciplina attuale, peraltro non applicabile *ratione temporis*, anticipa solo l'effetto di scioglimento della comunione legale, ma non attribuisce ai coniugi la qualità di coniugi separati.

Ma al di là di questo rilievo il principio di giurisprudenza è stato oggetto di motivate critiche da parte della dottrina, che questa Suprema Corte ritiene non superabili e tali da imporne l'abbandono.

3. È questione da sempre discussa se i diritti riconosciuti al coniuge dall'art. 540, comma 2, c.c., possano sorgere a favore del coniuge superstite che visse legalmente separato dal defunto. Il dub-

bio ovviamente si giustifica in ragione del fatto che al coniuge separato senza addebito, la legge riconosce gli stessi diritti successori del coniuge non separato. È sembrato a taluni interpreti che la separazione legale implichi, necessariamente, il venir meno del presupposto per la nascita dei diritti di abitazione e di uso, divenendo impossibile, a seguito della separazione, individuare una “casa adibita a residenza familiare”. In base a questa posizione, fatta propria della giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 13407/2014; n. 15277/2019), per “casa familiare” dovrebbe intendersi unicamente la casa di residenza comune al momento dell’apertura della successione.

Secondo una diversa opinione, oggetto dei diritti di abitazione e di uso dovrebbe essere l’ultima casa che fu di residenza comune, benché in un tempo precedente all’apertura della successione, ed i mobili che la corredevano.

Ancora una diversa tesi suggerisce di identificare come casa di residenza familiare quella che fu comune ed in cui il coniuge separato sopravvissuto si trovi ancora al momento di apertura della successione, o perché rimastovi di fatto, in conseguenza di un accordo con l’altro coniuge, o per disposizione del giudice. In base a questa opinione il presupposto per la concreta attribuzione dei diritti, in sintesi, mancherebbe solo nelle ipotesi in cui, all’apertura della successione, il coniuge sopravvissuto non vivesse più nella casa familiare comune.

A tale soluzione è stato rimproverato di introdurre una disparità di trattamento nei confronti del coniuge senza prole o che vi abbia rinunciato all’assegnazione della casa familiare per ragioni legittime o al quale per qualsiasi motivo, il giudice non abbia attribuito il diritto di abitazione.

4. Pur dovendosi riconoscere (come evidenziato in dottrina), l’opportunità di un chiarimento legislativo, sul piano applicativo si deve affermare la prevalenza degli argomenti che inducono ad accogliere la tesi secondo la quale l’adibizione della casa a residenza familiare non deve essere necessariamente in atto nel momento di apertura della successione, e pertanto non viene meno per il solo fatto della separazione legale. La norma, infatti, non annovera fra i presupposti per l’attribuzione dei diritti la convivenza fra coniugi e, d’altra parte, la lettera dell’art. 548 c.c. è chiara nel parificare i diritti

successori del coniuge separato senza addebito a quelli del coniuge non separato. In base a questa opinione i presupposti per la nascita del diritto mancherebbero solo qualora, dopo la separazione, la casa fosse stata abbandonata da entrambi i coniugi o avesse comunque perduto ogni collegamento, anche solo parziale o potenziale, con l'originaria destinazione familiare. In tal caso, essendo cessata l'adibizione a residenza della famiglia, i diritti di abitazione e di uso non sorgono per difetto del presupposto oggettivo, mentre i presupposti continuerebbero a sussistere anche quando la successione si sia aperta in favore di quello che se ne fosse allontanato, lasciando a viverci l'altro ora defunto. Merita di avere seguito l'osservazione, proposta in dottrina, che se è vero che l'interesse di un coniuge e non mutare ambiente di vita aveva dovuto cedere, nel conflitto, a quello dell'altro, proprietario esclusivo o comproprietario, è vero nello stesso tempo che altrettanta forza non può essere riconosciuta – sì da impedire al superstite il ritorno in quell'ambiente, che può avere conservato con lui un valore non soltanto economico – agli interessi esclusivamente patrimoniali degli altri chiamati in concorso. Si deve inoltre condividere l'opinione, sempre proposta con riferimento all'ipotesi dell'abbandono della casa coniugale, che non sono consentite in materia distinzioni, a seconda che esso sia o no giustificato. Non si può rimettere al giudice della successione un accertamento di colpa che le legge prende in considerazione – all'effetto di escludere la vocazione ereditaria e, con essa, il diritto di abitazione sulla casa familiare – solo quando sia intervenuto, in contraddittorio con l'altro coniuge, in un giudizio definito prima dell'apertura della successione.

Ad analoghi criteri occorre riferirsi, a maggior ragione, con riguardo ai casi di mera separazione di fatto.

Omissis.

SUL DIRITTO DI ABITAZIONE E DI USO DEL CONIUGE SUPERSTITE SEPARATO SENZA ADDEBITO

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari e la fattispecie oggetto della decisione. – 2. L'innovativo orientamento della Cassazione in tema di riconoscimento del diritto di abitazione e di uso del coniuge separato senza addebito. – 3. Conclusioni.

1. Con la sentenza in commento, n. 22566 del 26.7.2023, la II Sezione della Corte di Cassazione torna ad occuparsi della questione, assai controversa, della individuazione dei presupposti richiesti, ai fini della insorgenza del diritto di abitazione e di uso, dall'art. 540, comma 2, c.c., che recita “al coniuge, anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni”. E lo fa con una sentenza innovativa, che merita di essere segnalata non tanto perché supera sulla specifica questio iuris un orientamento oramai consolidato della giurisprudenza di merito e di legittimità, quanto per lo sforzo profuso nel tentativo di ridefinire i presupposti oggettivi richiesti dalla norma in parola ai fini dell'insorgenza dei diritti in oggetto a favore del coniuge separato senza addebito.

Prima di passare all'esame del caso affrontato dalla Suprema Corte pare utile premettere, con specifico riferimento alla natura giuridica dell'istituto, che una dottrina autorevole ritiene trattarsi di una ipotesi di legato, per effetto del quale il coniuge superstite diviene titolare, al momento dell'apertura della successione, del diritto di abitazione e di uso in modo automatico e senza necessità di accettazione anche ove rinunci all'eredità¹. Nell'ambito di tale imposta-

¹ Nell'ambito della vasta bibliografia in tema, si indicano qui, senza alcuna

zione poi altri autori, prendendo in esame l'ipotesi in cui il coniuge sia anche coerede, hanno optato per l'ipotesi del prelegato *ex lege* ex art. 661 c.c., potendo il coniuge, quale coerede, prelevare dalla massa ereditaria i diritti in parola ancor prima della divisione ereditaria². Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 4847 del 27 febbraio 2013³, risolvendo in termini positivi la questione circa l'applicabilità della norma di cui all'art. 540 c.c. anche alla successione legittima, hanno finito per avallare l'impostazione da ultimo menzionata, avendo stabilito che i diritti in oggetto vadano attribuiti al coniuge della successione legittima, in aggiunta alla quota a lui attribuita ai sensi degli artt. 581 e 582 c.c., secondo un meccanismo assimilabile al prelegato, con attribuzione diretta e prescindendo dal procedimento di imputazione di cui all'art. 540, comma 2, c.c.

Il caso esaminato dalla Corte di Cassazione con la pronuncia in commento attiene alla domanda di riconoscimento del diritto di abitazione e di uso proposta dal coniuge superstite separato, nell'ambito della causa di divisione giudiziale, della casa di abitazione familiare già da lui rilasciata in favore dell'altro coniuge circa un anno prima del decesso di quest'ultimo. In primo grado il Tribunale, nel contraddittorio tra coniuge e figli, dopo avere dichiarato che la divisione, stante la indivisibilità dell'appartamento, dovesse essere fatta tramite vendita, aveva disconosciuto il diritto di abitazione al coniuge superstite. A seguito dell'appello di quest'ultimo la Corte territoriale aveva confermato la sentenza del primo Tribunale e rigettato

pretesa di completezza: M.C. ANDRINI, Voce *Legittimari*, *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990; G. AZZARITI, Successione dei legittimari e successione dei legittimi, in *Giur. sist. civ. e comm.*, Torino, 1997; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 2000; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005; V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020, p. 11 ss. Da ultima, in argomento, T. ROSSI, *La riserva a favore del coniuge superstite*, Napoli, 2022, p. 27 ss.

² In tal senso cfr. A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, in *Dir. fam. e pers.*, 1978, 233 ss. Così, anche, L. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, 114 ss.

³ Cass., sez. un., 27 febbraio 2013, n. 4847, in *Giur. it.*, 2013, I, p. 1779, con nota di V. BARBA, *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro*.

la domanda sulla base di due differenti motivazioni: anzitutto per l'insussistenza dei presupposti oggettivi richiesti per la insorgenza dei diritti azionati stante la intervenuta separazione personale dei coniugi in data antecedente all'apertura della successione e stante, comunque, a quella data l'avvenuto rilascio della casa adibita a residenza familiare da parte dell'attrice in favore dell'altro coniuge; in secondo luogo per il difetto di prova in ordine alla dedotta ripresa della convivenza.

Avverso tale decisione la parte attrice aveva proposto ricorso per Cassazione, con dodici motivi di censura, deducendo tra l'altro, con il primo motivo, l'erronea attribuzione alla ricorrente dello *status* di coniuge separato sebbene alla data di apertura della successione fossero stati emessi solo i provvedimenti presidenziali, ossia provvedimenti che, alla stregua della disciplina all'epoca vigente, non avevano alcun effetto anticipatorio. La Corte ha accolto il primo motivo di gravame, ha dichiarato assorbiti e rigettato gli altri undici motivi e ha rinviato, per l'ulteriore giudizio di merito, alla Corte territoriale in diversa composizione.

2. La Corte di Cassazione dopo avere rilevato, in via preliminare, che nell'ambito del giudizio di separazione giudiziale il provvedimento presidenziale anticipa solo l'effetto di scioglimento della comunione legale ma non attribuisce ai coniugi la qualità di coniugi separati, avanza i suoi dubbi sulla diversa questione se lo stato di separazione al momento dell'apertura della successione possa *ex se* essere considerato preclusivo all'insorgenza in favore del coniuge superstite dei diritti di abitazione e di uso di cui all'art. 540 c.c. E rileva, fondatamente, che il dubbio è sorretto sul piano sistematico dal disposto dell'art. 548 c.c. che riconosce al coniuge separato senza addebito, ai sensi dell'art. 151 c.c., gli stessi diritti successori del coniuge non separato.

La stessa ricognizione e divaricazione delle diverse opzioni interpretative avanzate in dottrina e giurisprudenza non dissolve ma in qualche misura alimenta ulteriormente i dubbi avanzati.

Un rilievo significativo ai fini della delibazione della questione giuridica controversa riveste la individuazione della nozione di "casa adibita a residenza familiare" assunta dal legislatore con l'art. 540,

comma 2, c.c. Secondo una prima impostazione, infatti, la separazione legale, rendendo impossibile la individuazione di una “casa adibita a residenza familiare”⁴, farebbe venir meno il presupposto per la nascita dei diritti di abitazione e di uso. In base a tale posizione, recepita dalla giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione⁵, per “casa familiare” dovrebbe quindi intendersi solo la casa di residenza comune al momento dell’apertura della successione. Secondo una diversa impostazione, oggetto dei diritti di abitazione e di uso dovrebbe essere l’ultima casa che fu di residenza comune ed i mobili che la corredevano, benché in un tempo precedente all’apertura della successione. Una terza tesi suggerisce, invece, di identificare come casa di residenza familiare quella che fu comune ed in cui il coniuge separato sopravvissuto si trovi ancora al momento di apertura della successione, o perché rimastovi di fatto, in conseguenza di un accordo con l’altro coniuge, o per disposizione del giudice. In base a questa opinione il presupposto per la concreta attribuzione dei diritti di cui all’art. 540, comma 2, c.c. mancherebbe solo nell’ipotesi in cui, all’apertura della successione, il coniuge sopravvissuto non vivesse più nella casa familiare comune. A tale soluzione si è però obiettato che avrebbe l’effetto di introdurre una disparità di trattamento nei confronti del coniuge senza prole o che abbia rinunciato all’assegnazione della casa familiare per ragioni legittime o al quale, per qualsiasi motivo, il giudice non abbia attribuito il diritto di abitazione.

A fronte di un quadro interpretativo così articolato e complesso, la Suprema Corte – pur dopo avere segnalato l’opportunità di un in-

⁴ Pur non essendo contenuta nel codice civile una definizione di “residenza familiare”, la Cassazione precedentemente aveva aderito a quella dottrina (cfr. F. RUSCELLO, in *Trattato di diritto di famiglia*, I, *Famiglia e matrimonio*, diretto da P. Zatti, Milano, 2011, p. 1075) che mette in evidenza l’obbligo di coabitazione dei coniugi stabilito dall’art. 143 c.c., per giungere a ritenere che i coniugi non possono non convivere stabilmente perché possa individuarsi una casa adibita a residenza familiare. Viene così negata tale qualifica all’immobile in cui la coppia aveva vissuto nell’ipotesi in cui intervenga la separazione coniugale, con la conseguenza che la non convivenza farebbe venire meno il presupposto oggettivo stabilito dall’art. 540, comma 2, c.c.

⁵ Si tratta di Cass., 12 giugno 2014, n. 13407, in *Riv. Not.*, 2014, p. 1034 con nota di G. MUSOLINO, *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite nella fattispecie del coniuge separato* e di Cass., 5 giugno 2019, n. 15277.

tervento legislativo di chiarimento – sul piano applicativo ha ritenuto prevalenti, in via interpretativa, gli argomenti che inducono ad accogliere la tesi secondo cui l’adibizione della casa a residenza familiare non deve essere necessariamente in atto nel momento di apertura della successione e, pertanto, non viene meno per il solo fatto della separazione legale.

In tal senso depongono – ha osservato la Corte – diversi argomenti di ordine letterale giacché la norma non annovera tra i suoi presupposti per l’attribuzione dei diritti la convivenza fra coniugi e, d’altra parte, il tenore dell’articolo 548 c.c. è chiaro nel parificare i diritti successori del coniuge separato senza addebito a quelli del coniuge non separato. In base a questa opinione i presupposti per la nascita del diritto mancherebbero solo qualora, dopo la separazione, la casa fosse stata abbandonata da entrambi i coniugi o avesse comunque perduto ogni collegamento, anche solo parziale o potenziale, con l’originaria destinazione familiare. In tal caso, essendo cessata l’adibizione della casa a residenza della famiglia, i diritti di abitazione e di uso non sorgono per difetto del presupposto oggettivo, mentre i presupposti continuerebbero a sussistere anche laddove la successione si fosse aperta in favore di quello che se ne fosse allontanato, lasciando a viverci l’altro coniuge ora defunto. Né tale conclusione – osserva la Corte – può essere inficiata dal precedente abbandono della casa coniugale da parte del coniuge superstite perché, come osservato in dottrina, la circostanza che l’interesse di un coniuge a non mutare ambiente di vita avesse dovuto cedere, nel conflitto, a quello dell’altro, proprietario esclusivo o comproprietario, non può importare alcun effetto impeditivo al suo ritorno in quell’ambiente – che può aver conservato con lui un valore non soltanto economico – per la salvaguardia degli interessi esclusivamente patrimoniali degli altri chiamati in concorso.

La conclusione trova conforto – spiega la Corte – nella condivisibile opinione, sostenuta con riferimento all’ipotesi dell’abbandono della casa coniugale, secondo cui “non sono consentite in materia distinzioni a seconda che l’abbandono sia o no giustificato”. Non può infatti essere rimesso “al giudice della successione un accertamento di colpa che la legge prende in considerazione – al fine di escludere la vocazione ereditaria e, con essa, il diritto di abitazione sulla casa familiare – solo quando sia intervenuto, in contraddittorio con l’altro

coniuge, in un giudizio definito prima dell'apertura della successione".

Sulla scorta di tali principi, applicabili, a maggior ragione, con riguardo ai casi di mera separazione di fatto, la Corte di Cassazione ha accolto il primo motivo, cassato la sentenza impugnata e rimesso alla Corte territoriale, in diversa composizione, per la delibazione del merito formulando il seguente principio di diritto: "i diritti di abitazione e di uso, accordati al coniuge superstite dall'articolo 540, comma 2, c.c. spettano anche al coniuge separato senza addebito, eccettuato il caso in cui, dopo la separazione la casa sia stata lasciata da entrambi i coniugi o abbia comunque perduto ogni collegamento, anche solo parziale o potenziale, con l'originaria destinazione familiare".

3. La soluzione interpretativa accolta dalla sentenza in commento merita di essere condivisa per diversi ordini di argomentazioni. Anzitutto perché la stessa, oltre a prendere le mosse da una puntuale ricognizione e disamina dei diversi indirizzi dottrinari e giurisprudenziali formati in materia, perviene ad una soluzione ragionevole della normativa di riferimento e risulta corroborata da una serie di concorrenti argomenti ermeneutici di ordine letterale e teleologico-sistematico della normativa stessa.

Anzitutto di ordine letterale perché non esiste alcun dato testuale che autorizzi a concludere – così come invece sostenuto dal consolidato indirizzo della Cassazione su richiamato – che la separazione legale e la cessazione della convivenza coniugale comporti di per sé il venir meno del presupposto per la nascita dei diritti di abitazione ed uso attesa l'impossibilità di individuare, a seguito del venir meno della medesima convivenza, una casa adibita a residenza familiare. Una specificazione che, al contrario, avrebbe dovuto trovare un preciso riscontro letterale, tenuto conto dell'ampio tenore dell'art. 548 c.c. che, come si è detto, riconosce in favore del coniuge separato senza addebito gli stessi diritti successori del coniuge non separato.

D'altro lato, nell'interpretazione disattesa dalla Corte con la sentenza in commento, l'automatismo che fa conseguire meccanicamente alla separazione legale e alla conseguente cessazione della convivenza tra i coniugi la mancata insorgenza a favore del coniuge su-

perstite del diritto di abitazione e di uso, mal si concilia e pare, anzi, suscettibile di poter collidere sia con la *ratio* posta a fondamento dei diritti in parola di cui all'art. 540, comma 2, c.c., sia con il loro indiscutibile fondamento costituzionale.

Quanto al primo profilo è, infatti, oramai pacifico in giurisprudenza⁶ e condiviso da autorevole dottrina⁷ che la *ratio* dell'art. 540, comma 2, c.c. riposi non tanto nella tutela dell'interesse economico del coniuge superstite di disporre di un alloggio, quanto dell'interesse morale legato alla conservazione dei rapporti affettivi e consuetudinari con la casa familiare, quali la conservazione della memoria del coniuge scomparso, delle relazioni sociali e degli *status symbols* goduti durante il matrimonio.

Va da sè, inoltre, che la esposta connotazione personale del diritto del coniuge separato al mantenimento dei rapporti affettivi con la casa coniugale ove si è sviluppato il *consortium vitae* e il sicuro fondamento costituzionale di tale diritto – ricollegabile ad un complesso di disposizioni primarie, quali gli artt. 2, 3, 29, 30, 31, 37, 42 e 47 della Costituzione⁸ – comportano che le vicende applicative dell'istituto debbano essere orientate alla salvaguardia di tale diritto, se necessario, anche attraverso la formulazione di interpretazioni costituzionalmente orientate della normativa di riferimento e non già con interpretazioni ingiustamente riduttive del suo perimetro di azione.

⁶ Cfr. Cass. 22 ottobre 2014 n. 22456, in *Riv. not.*, 2015, p. 206 e, in precedenza, nello stesso senso anche Corte Cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Foro it.*, 1991, c. 446.

⁷ Si veda C. CICERO, *Sulla riforma del diritto di abitazione del coniuge e la conservazione dei rapporti affettivi*, in *Riv. not.*, 2021, p. 1283 ss.; N. CIPRIANI, *Successione necessaria e conflitti di interessi nell'evoluzione dei modelli familiari*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 403 ss.; G. FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 955.

⁸ Cfr. C. CICERO, *Profili evolutivi dell'art. 540, comma 2, c.c.: effettività della destinazione «a residenza familiare» e rilevanza degli interessi extrapatrimoniali del coniuge superstite*, in *Riv. not.*, 2015, p. 206. In merito al rapporto tra il diritto dominicale e la sua funzionalizzazione ad interessi meritevoli di tutela v. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Camerino-Napoli, 1970, passim; ai fini della ricostruzione del fondamento costituzionale del diritto in esame cfr. anche V.E. CANTELMO, *La situazione del coniuge superstite*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 50.

In tale prospettiva solo l'ipotesi di abbandono congiunto da parte di entrambi i coniugi della casa di residenza familiare dopo la separazione esclude in radice il perfezionamento in favore del coniuge superstite del diritto di abitazione e di uso per difetto del presupposto oggettivo, non essendo possibile individuare in questo caso la perdurante sussistenza, alla data di apertura della successione, di una casa adibita a residenza familiare. Ed a tale ipotesi deve essere equiparata quella in cui la casa coniugale dopo la separazione abbia comunque perduto ogni collegamento, anche solo parziale o potenziale, con l'originaria destinazione familiare.

Altrettanto non può dirsi, invece, in tutti gli altri casi nei quali al coniuge superstite non è precluso di dare dimostrazione della persistenza di un suo interesse morale legato alla conservazione dei rapporti affettivi e consuetudinari con la casa familiare. Al tempo stesso la particolare connotazione del diritto di abitazione nel senso testè precisato esige, però, che in sede processuale il coniuge separato, che all'atto dell'apertura della successione non occupi la casa adibita a residenza familiare, sia gravato dell'onere di allegare in modo specifico e, poi, di comprovare le circostanze di fatto e le ragioni atte a dimostrare, al di là della cessata convivenza, la persistenza anche all'atto della morte del coniuge dell'interesse morale legato, per l'appunto, alla conservazione dei rapporti affettivi e consuetudinari con la casa familiare, quali la conservazione della memoria del coniuge scomparso, delle relazioni sociali e degli *status symbols* goduti durante il matrimonio.

Il tutto in applicazione della regola generale di cui all'art. 2697 c.c., che pone a carico di chi agisce in giudizio l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto azionato e, nel caso di specie, le circostanze di fatto atte a comprovare i presupposti richiesti dalla legge per il perfezionamento del diritto di abitazione e di uso della casa già adibita a residenza familiare nel senso su indicato.

E proprio questo, in definitiva, è l'oggetto dell'accertamento di merito rimesso dalla Corte di Cassazione alla Corte territoriale, la quale superando il valore preclusivo erroneamente attribuito, con la sua precedente pronuncia, alla separazione legale e alla connessa cessazione della convivenza coniugale, dovrà indagare, alla stregua delle allegazioni delle parti e delle complessive circostanze di fatto pre-

sentì in causa, la sussistenza in capo al coniuge superstite, all'atto dell'apertura della successione, del proprio interesse morale ad utilizzare la casa già adibita a residenza familiare in vista della salvaguardia dei rapporti affettivi e consuetudinari ad essa legati.

Al di là di quale possa essere la conclusione del giudizio di merito in sede di rinvio appare, comunque, opportuno che il legislatore – così come segnalato dalla Corte di cassazione con la sentenza in commento – al fine di superare i profili di incertezza della materia possa realizzare quanto prima un intervento normativo di chiarimento sulla *questio iuris* in esame, se del caso in occasione della ventilata riforma della successione necessaria⁹.

In assenza di tale chiarimento è del tutto probabile che il contrasto interpretativo apertosi in seno alle sezioni semplici della Corte di Cassazione a seguito della sentenza in commento sia destinato ad essere risolto e superato attraverso l'intervento auspicabile di nomofilachia delle Sezioni Unite.

ALESSANDRA LEUZZI

Abstract

La nota analizza la sentenza n. 22566 del 26.7.2023, con la quale la II Sezione della Corte di Cassazione torna ad occuparsi della questione, assai controversa, della individuazione dei presupposti richiesti dall'art. 540, comma, 2, c.c., ai fini della insorgenza del diritto di abitazione e di uso a favore del coniuge separato senza addebito.

L'analisi si sofferma sui principi evocati dalla sentenza in commento ai fini dell'enunciazione dell'innovativo principio di diritto secondo il quale "i diritti di abitazione e di uso, accordati al coniuge superstite dall'articolo 540, comma 2, c.c., spettano anche al coniuge separato senza addebito, eccettuato il caso in cui, dopo la separazione la casa sia stata lasciata da entrambi i coniugi o abbia comunque perduto ogni collegamento, anche solo parziale o potenziale, con l'originaria destinazione familiare". La trattazione

⁹ Cfr. sul punto le indicazioni fornite dalla proposta della Commissione S.I.S.Di.C., in *Annali* n. 6/21; C. CICERO, *Sulla riforma del diritto di abitazione del coniuge e la conservazione dei rapporti affettivi*, cit.; G. PERLINGIERI, *Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 1224.

si sofferma, infine, sulle considerazioni di ordine letterale e sistematico che conducono ad aderire a tale orientamento della Suprema Corte e a ritenere, per contro, non condivisibile l'opposta impostazione della giurisprudenza di merito e di legittimità consolidata sulla specifica questione giuridica.

The note analyses judgment number 22566 dated July 26, 2023, in which the Second Section of the Court of Cassation once again addresses the highly controversial issue of determining the prerequisites required of article 540, paragraph 2 of the Civil Code for the emergence of the right to habitation and use in favor of the separated spouse without fault.

The analysis focuses on the principles invoked by the judgment under discussion for the enunciation of the innovative legal principle according to which “the rights of habitation and use, granted to the surviving spouse by Article 540, paragraph 2, of the Civil Code, also belong to the separated spouse without fault, except in cases where, after the separation, the home has been vacated by both spouses or has otherwise lost any connection, even partial or potential, with its original family destination”. The discussion finally focuses on the literal and systematic considerations that lead to adhering to this orientation of the Supreme Court and, on the other hand, to consider the opposing approach of case law on the specific legal issue as not shareable.

RECENSIONI

STEFANO MALPASSI, *La «democrazia economica» americana. Alla ricerca di un ordine giuridico del mercato, tra cultura individualistica e tentazioni corporativistiche (1919-1939)*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, pp. 423.

LORENZO SERAFINELLI, *U.S. Law Schools. Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, pp. XXV-362.

A proposito di diritto e giuristi; di democrazia e economia; di individuo e società: tra Stati Uniti e Italia

SOMMARIO: 1. I temi a oggetto dei volumi recensiti. – 2. Gli obiettivi di ricerca. – 3. Il perché di una lettura in parallelo. – 4. Il volume di Lorenzo Serafinelli. – 5. Il volume di Stefano Malpassi.

1. Si tratta di due volumi di grande interesse, per ragioni differenti, e che senza dubbio offriranno agli specialisti molteplici occasioni di riflessione e di confronto.

In sintesi.

Il lavoro di Lorenzo Serafinelli – che non è passato inosservato allo sguardo di un attento e sensibile illustre recensore¹ –, dedicato alle *law school*, che certamente l'autore non ha in particolare simpatia, non foss'altro che per la effettivamente delicata questione dei costi e dei debiti contratti dagli studenti per poter sostenere tali costi [in tema, il Cap. VII è forse quello maggiormente caratterizzato in senso valoriale, con alle spalle la presenza – a mio avviso un po' troppo ideologicamente connotata e quindi un po' ingombrante – del volume del 2012 di Brian Tamanah, *Failing Law Schools*, e con

¹ S. CASSESE, *I giuristi americani tra elitismo e apertura*, in *Il Sole 24 Ore*, 'Domenica', 18 giugno 2023, p. II.

una particolare attenzione rivolta al «perdurante conflitto tra elitismo e democrazia» (p. 353) all'interno del vasto e ricco mondo della formazione giuridica statunitense], ci offre un'ampia, dettagliata, precisa, critica panoramica delle ragioni che hanno portato alle attuali *law school* e dei problemi ancora e forse per sempre aperti, e comunque mai risolvibili 'con formula piena', e dunque assolutizzante: problemi non solo di giusmetodologia e di metodologia didattica, ma vertenti sulla rilevanza sociale della figura del giurista, sul peso sociale e sulla forza sociale del giurista, sul rapporto – ben potremmo dire – tra il giurista e la democrazia, che è sicuramente problema trans-storico e universale.

Il lavoro di Stefano Malpassi (in bozze, vedo e segnalo la recensione di A. TORINI, in *Quaderni fiorentini*, 52/2023, tomo II, p. 1108 ss.) si cimenta su un tema di enorme rilevanza, non solo storica e storiografica: il rapporto tra Stato e mercato (e quindi, in senso più largo, potremmo dire tra individuo/persona/società/collettività/Stato/mercato), osservato nella duplice e intrecciata prospettiva del corporativismo italiano e del *New Deal* statunitense.

Si tratta di un nodoso e tenace intreccio tra politica, economia, diritto, filosofia politica, sociologia, cultura degli interpreti e degli operatori, esigenze sociali: insomma, tutto quel vasto agglomerato, spesso per nulla lineare, di fenomeni che si può racchiudere all'interno delle 'teorie e ideologie' dell'economia politica e della politica economica, del diritto pubblico e del diritto privato – diciamo pure, probabilmente con qualche approssimazione, ma il senso generale del discorso credo risulti sufficientemente chiaro, tra Keynes, Einaudi e Croce, Hayek e Schumpeter –, lasciando volutamente fuori del campo di osservazione l'aspetto strettamente autoritario della programmazione economica, che appunto l'Italia ha conosciuto, onde evitare – e Malpassi, a mio avviso, ha fatto benissimo a muoversi in questa direzione – di far coincidere il corporativismo con il fascismo, ché tale assimilazione non solo impedirebbe ogni comparazione, appunto, in questo caso, con il *New Deal* (e, naturalmente, anche con ogni altra esperienza di dirigismo economico non autoritario), ma priverebbe poi anche di legittimità il raffronto (a mio avviso, invece, tutto da indagare con un rinnovato spirito di ricerca, pronto come tale ad accogliere l'inaspettato) tra corporativismo, e in specie solidarietà corporativa, e solidarismo costituzionale: le letture rigida-

mente (o troppo prudentemente) discontinuiste beneficerebbero invece, a mio modo di vedere, proprio di quella riflessione critica cui il lavoro di Malpassi apre, anzi spalanca, le porte, vuoi in termini di impostazione, vuoi di prospettiva.

Di entrambi i volumi, peraltro, non deve sfuggire il sottotitolo, che con nettezza trasmette lo sguardo degli autori – la cui percepibilità è sempre indispensabile, in un lavoro effettivamente di ricerca.

La ‘visione alternativa’ di Serafinelli vuole esprimere quella critica di ispirazione tanto politica quanto sociologica che attiene allo *status*, prima, di iscritto alle *law school* e, poi, di avvocato.

Una critica (o meglio, una prospettiva critica) che pervade il volume fin dalle pagine dell’appassionato e lucido ‘Epilogo’: da un lato c’è, e anche più avanti verrà richiamata, la dicotomia elitismo-democrazia nell’ambito del complesso, difficile, combattuto processo di formazione giuridica all’interno del contesto politico-sociale della storia degli Stati Uniti (p. XVII); ma poi, dall’altro lato, c’è anche l’elemento «della poderosa capacità attrattiva della formazione elitaria e la sua idoneità a creare dei veri e propri effetti emulativi, in una sorta di crescendo verticistico» (p. XVIII).

Questa forza dell’elitismo, tanto interna quanto esterna, per così dire, cioè tanto centripeta quanto centrifuga, e dunque l’orgoglio di essere parte di una *élite* e la potenza espansiva e attrattiva di quest’ultima, hanno originato – scrive piuttosto severamente il nostro autore – «una formidabile capacità adattativa delle *law school* universitarie a intercettare i mutamenti e adeguarsi alle nuove istanze in ottica di pacificazione dei conflitti sociali. Un’autentica forza creativa, e diabolica, con cui inglobare appunto le istanze oppositive e neutralizzarle» (p. XVIII). L’*élite*, insomma, attrae, fagocita, assimila, trasforma, e soprattutto agisce quale refrigeratore sociale, nel senso di riuscire a stemperare ciò che in origine tenderebbe alla rivoluzione, ma che in questo modo ritrova, o trova, un *ubi consistam* borghese o borghesizzato, che appunto conduce dalla potenziale rivoluzione alla difesa di un privilegio acquisito e che naturalmente alimenta ‘il mercato dell’educazione’.

La ‘ricerca di un ordine giuridico del mercato’ di Malpassi vuole esprimere l’esigenza di ricostruire le basi, le ragioni, le tensioni, le difficoltà del passaggio dall’idea di un ordine giuridico che si afferma per forza propria, in quanto riflesso di un ordine economico che è

tale sulla base di determinate leggi naturali, all'idea di un ordine giuridico che è costruito dallo Stato, a favore di determinati interessi economici e contro altri, così emancipandosi da un economicismo ineluttabile che in sostanza rifiuta ogni cambiamento indotto da forze esterne all'assetto economico che in quell'ordine trova legittimazione. Si potrebbe anche parlare di un passaggio dall'individualismo economico al solidarismo economico, appunto in vista dell'affermazione di una vera democrazia economica, nel senso di differenziate forme di regolazione (p. 9) del mercato e dell'attività economica in generale: dunque della libertà delle persone fisiche e delle organizzazioni (non per nulla il diritto sindacale e del lavoro di matrice corporativista, nonché la disciplina dell'intero comparto degli enti pubblici economici furono oggetto di significativa attenzione da parte statunitense).

Ecco perché la vicenda italiana del corporativismo è utilizzata come fecondo termine di raffronto. Il corporativismo fu ben conosciuto negli Stati Uniti e in certa misura contribuì a ispirare questa nuova fase della politica economica statunitense.

In questa prospettiva, molto convincente è l'approccio metodologico seguito da Malpassi, il quale si mette nel solco della 'global legal history' (p. 17), sia per «contribuire a un ripensamento di alcune acquisizioni 'tradizionali' sulla storia del Novecento [...]», sia per enfatizzare come, nel corso del Novecento, sia progressivamente emersa «una dimensione sempre meno nazionale e sempre più 'globale' dei problemi che riguardavano il governo del mercato, favorendo pertanto la transnazionalità dei discorsi giuridici in materia» (ivi).

Tale sensibilità metodologica ha permesso a Malpassi di «rileggere da una diversa prospettiva, meno frequentata, due esperienze in passato non già ignorate dalla storiografia: corporativismo e *New Deal*» (pp. 20-21).

Se, nel passato, l'esperienza, non solo pratica ma anche teorica, del corporativismo era stata del tutto svalutata, le cose sono cambiate (e il volume di Malpassi è senza dubbio assai importante proprio in questa direzione) nei tempi a noi più vicini, venendosi a sottolineare come il corporativismo rappresentò, al di là delle realizzazioni, «uno 'spazio' relevantissimo di sperimentazione e riflessione giuridica» (p. 21). Del resto, proprio enfatizzando – per valorizzarla nei termini di una effettiva comprensione storica, grazie alla comparazione – la di-

menzione progettuale e ideale del corporativismo «sarà possibile anche rivalutare in chiave storico-giuridica l'apporto del "nuovo corso" rooseveltiano all'evoluzione dell'ordinamento americano. Ripercorrere i sentieri teorici che, nel ventennio tra le due guerre mondiali, contribuirono a definire una "democrazia economica" nelle forme tipiche che assunse, poi, sul finire degli anni Trenta, disvelerà infatti il terreno ideale nel quale affondava le radici. Anche per questo, allora, apparirà quanto meno insoddisfacente ricondurre interamente le stagioni della "rivoluzione" realizzata in quegli anni alla 'sola' contingenza emergenziale e all'abilità politica di un presidente, per quanto carismatico e camaleontico quale fu Roosevelt. La complessità che emergeva nella tensione ideale tra individualismo e corporativismo che ha attraversato il pensiero giuridico americano può contribuire, invece, a legittimare, con riferimento anche alle diverse 'stagioni' del *New Deal*, quelle letture storiografiche che recentemente hanno insistito più sulla continuità – appunto teorico-ideale – delle soluzioni immaginate e realizzate, e non su una discontinuità figlia soltanto dell'opportunismo politico» (p. 21).

2. Proseguiamo ancora per qualche battuta lungo questa panoramica generale.

Intanto, sono due libri ricchissimi di informazione, ma sempre presentata all'interno di una cornice critica che rende piuttosto semplice per qualunque lettore il rendersi conto delle molte (e a volte delicatissime e molto sfaccettate) questioni sottese agli snodi centrali di entrambe le trattazioni.

Da questo punto di vista – e il rilievo vale in particolare per il libro di Serafinelli –, si tratta di ricerche che hanno un carattere (ma direi proprio una vocazione) anche sociologico: il che, evidentemente, è un gran pregio, proprio alla luce di quella idea di giurista statunitense in cui entrambi gli autori si imbattono.

'Giurista', e cioè scienziato sociale.

Anche se poi, come in particolare mostra l'esempio del celeberrimo Roscoe Pound, non sempre alle enunciazioni metodologiche seguono le attuazioni operative. Ieri come oggi, del resto: il giurista è ancora abitualmente avvertito come tecnico del diritto – e, *in peius*, come raffinato conoscitore di norme –, non già come studioso delle scienze umane e sociali, che dialoga, anche metodologicamente, con

l'economista, lo storico dell'arte, il filologo classico, l'antropologo, e via enumerando, senza limiti e senza timori di contaminazioni, accettando il rischio del sincretismo metodologico, che spesso si rivela essere un eccellente strumento di educazione al conoscere: tutto si tiene, e ogni rinuncia, soprattutto metodologica, è una sconfitta della comprensione.

Aggiungerei allora, a mo' di divagazione non richiesta: errano coloro i quali, dopo decenni dalla lezione del *Legal Realism*, prima, e dei *Critical Legal Studies*, poi, si ostinano a voler considerare il diritto un mondo a sé, e cioè autosufficiente e come tale in grado di badare a sé stesso: questa visione, che si può forse accettare quando provenga da giuristi pratici, non interessati ai contesti perché interessati solo ai testi, è assai meno accettabile quando provenga dagli accademici, i quali dovrebbero invece avere sviluppato quella coscienza di classe onde neutralizzare ciò che Gianfranco Contini ha esemplarmente qualificato 'patologico filologismo', e che ottimamente si attaglia anche al mondo del diritto, soprattutto a chi ritiene sufficiente, e anzi addirittura intellettualmente appagante, svolgere un lavoro esegetico, che, come tale, è solo una parte del 'tutto giuridico': il discorso sarebbe (oltretché, verosimilmente, non richiesto) assai lungo – e non mi nascondo affatto che esso ha dalla sua, problematicamente, anche alcuni punti deboli, e numerosi altri opinabili²: ma tutto ciò è sicuramente un vantaggio, nella irrinunciabile prospettiva falsificazionista a cui tutti siamo legati –, e forse verrà ripreso in altra sede.

Del resto, ho avanzato questi brevissimi rilievi proprio perché in entrambi i lavori si trovano molti spunti, quando non vere e proprie trattazioni, che portano o dovrebbero portare noi tutti a interrogarci sull'attuale ruolo (culturale, e dunque sociale) del giurista: la ricostruzione retrospettiva che i due autori ci offrono non solo è molto utile in questa direzione, ma anche ai fini di un ripensamento di molti aspetti dell'insegnamento universitario³.

² Tutti enfaticizzati, da ultimo, nel colto e combattivo volume di M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023.

³ Segnalo alcune recentissime pagine, a mio modo di vedere perfettamente calibrate e che io interamente condivido, di R. CAPONI, *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, in *Questione giustizia*, 30 maggio

Poi, sono due libri scritti in modo molto lineare, e fanno emergere una notevole maturità (anche in riferimento all'apparato critico: la letteratura da controllare è pressoché sterminata, soprattutto quella in ambito di *Legal Realism*, di cui naturalmente si occupa *ex professo* Serafinelli).

Poi, ancora, sono due libri meditati e assai ben impostati: e gli autori hanno in mente una determinata presentazione degli argomenti trattati che, lungi dall'essere (e questo rischio, forse, avrebbe potuto essere ancora maggiore in riferimento all'analisi del sistema educativo statunitense, anche in ragione dell'ormai enorme letteratura sul tema, appunto; ma ovviamente pure i problemi, tra la politica, l'economia e il diritto, riconducibili al *New Deal* difficilmente avrebbero potuto esserne esenti) una descrizione di fenomeni e una impersonale riproposizione di dati, utilizza sapientemente fenomeni

2023, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/processo-civile-modelli-europei-riforma-cartabia-interessi-corporativi-politica>, § 16 («Sulla rilevanza dei modi di insegnamento universitario del diritto»), pp. 25-26, ove in particolare leggiamo: «[U]na delle principali concause della china discendente imboccata dall'amministrazione della giustizia negli ultimi decenni è l'orientamento precocemente professionalizzante dell'insegnamento universitario del diritto: un fenomeno che non a caso si è prodotto nello stesso arco di tempo, frutto dell'orientamento aziendalistico che ha investito più o meno tutti i settori della società. Non se ne parla volentieri: le cause del malessere sarebbero sempre da ricercare da altre parti. Sembra anzi che si tratti della migliore tra le evoluzioni. Personalmente, sono sempre stato convinto del contrario. Collocare fuori dall'insegnamento universitario del diritto l'analisi delle componenti pratico-professionali servirebbe ad incentrare la didattica sull'individuazione e la discussione dei nodi teorici principali della materia (mi riferisco al diritto processuale civile, che ho insegnato per circa trent'anni, ma il discorso ha carattere generale). Ciò servirebbe a meglio indicare agli studenti cornici teoriche e prospettive che dovrebbero sorreggerli nel corso della loro vita professionale futura. L'insegnamento universitario del diritto, o almeno quello che si pratica nei corsi di laurea, dovrebbe indirizzarsi verso tali nodi teorici, sulla cui base sarà più semplice l'apprendimento, in un secondo momento, delle abilità professionali». Il volume di Serafinelli fa emergere molto bene come, anche nel contesto delle *law school* statunitensi, la discussione circa una formazione giuridica più o meno professionalizzante sia, se non una costante, certamente un elemento ricorrente, che però è stato messo negli ultimi anni un po' in ombra, soprattutto a causa del problema (tuttora aperto) dell'elevato costo degli studi giuridici. Ma del resto non bisogna dimenticare che chi si iscriva negli USA a giurisprudenza è *graduate* (al contrario di quanto accade da noi, ad esempio), e questo aspetto ha ovviamente una significativa (e forse decisiva) importanza, proprio in riferimento ai contenuti educativi che la *law school* dovrebbe, o anzi deve, trasmettere.

e dati per offrire ai lettori non solo l'indispensabile contestualizzazione dei problemi (senza contestualizzazione, ogni ricerca si rivela inutile, e comunque inutilizzabile ai fini della comprensione), ma anche un'analisi di essi che possa parlare a noi, oggi.

Sotto questo profilo – e potremmo richiamare il sempre valido principio per cui ogni storia è storia contemporanea – entrambi gli autori ricostruiscono una vicenda di carattere anche culturale (e io direi soprattutto culturale).

Il diritto, ovviamente, è cultura, e quindi è politica, è prospettiva ideologicamente orientata (il che non dovrebbe naturalmente significare ottusità ideologica o fanatismo ideologico) e anche ambizione intellettuale di andare alla ricerca di una verità, pur contestuale e contestualizzata, così offrendo quindi una ricostruzione in chiave esplicativa degli accadimenti. Una chiave esplicativa che ha ricadute politiche dirette e indirette.

Non è inutile, infine, osservare come entrambi i volumi siano scritti con una passione che, se non fa per nulla velo al rigore e alla documentazione dell'analisi, fa sempre capire a chi legge qual è la sensibilità, la prospettiva, l'esigenza di ricerca (ma, in senso più ampio, e l'aggettivo ritorna, l'esigenza culturale) degli autori.

E gli autori sono giovani, e a loro si augura ogni successo accademico; e tuttavia (e fortunatamente) questi non sono due volumi concorsuali in senso deteriore; sono due volumi di ricerca, destinati a una vita non effimera, e, anzi, fonti per ulteriori indagini ricostruttive e riflessioni critiche, come appunto cercherò di brevemente indicare nel prosieguo.

3. Per una, credo, casuale ma felice circostanza, i due volumi hanno i numeri 132 e 133 nella prestigiosissima collana di monografie del 'Centro di studi Paolo Grossi'. E ognun sa che, da un lato i 'Quaderni Fiorentini', dall'altro lato appunto la 'Biblioteca' rappresentano quanto di meglio offra la produzione scientifica italiana in ambito giuridico.

Il fatto che siano usciti uno di seguito all'altro è un vantaggio, per il lettore interessato a questi temi: si tratta infatti di due volumi che possono essere benissimo letti in parallelo (anzi, una lettura in parallelo giova a entrambi): non già perché l'uno completi l'altro, ma, intanto, perché entrambi si soffermano su periodi in parte coin-

cidenti (basta pensare agli anni del *New Deal* e al primo trentennio del Novecento), e poi perché il volume di Serafinelli, uscito per secondo, offre quel vasto (ma anche analitico) quadro di riferimento che aiuta molto il lettore desideroso in particolare di capire non solo le ragioni che portarono a un tentativo di rinnovamento della formazione giuridica statunitense, ma anche le difficoltà e le resistenze, durante gli anni rooseveltiani, appunto grazie a un felice (e storiograficamente e comparativamente del tutto calzante) raffronto con l'incontro dei giuristi italiani con il corporativismo (da declinarsi anzi al plurale, come ricorda Malpassi, a p. 237).

4. A questo punto cerchiamo di scendere un po' più nel dettaglio.

Di che cosa si occupano, al fondo, questi due volumi e in che senso una lettura in parallelo di essi è benefica?

I temi sono molteplici, ma è facile sintetizzarli nei seguenti termini.

Partiamo dal libro di Lorenzo Serafinelli: l'obiettivo è quello di ricostruire nel dettaglio, valorizzando tanto gli elementi politico-sociali quanto quelli giuridico-istituzionali che hanno inciso e continuano a incidere in esso, il delicato processo di formazione del giurista statunitense.

Ecco che, allora, per il lettore italiano (non storico e non comparatista, come ad esempio chi scrive) l'occasione è propizia non soltanto per avere un eccellente quadro complessivo dell'intenso e tenace dibattito statunitense, ma anche (e in certa misura soprattutto, se guardiamo le cose nella loro 'lunga durata') per avere, almeno, l'esatta percezione di una serie di problemi che sono in certa misura sempre attuali, avendo appunto a che fare con la formazione del giurista: un giurista chiamato come tale a essere in ascolto delle esigenze del presente e anche a essere consapevole del proprio ruolo sociale (e quindi essere consapevole della necessità di adeguare i contenuti formativi, nonché quella che certamente possiamo chiamare 'la generale sensibilità culturale del giurista', al ruolo sociale da esso rivestito).

Sotto quest'ultimo aspetto, le ampie considerazioni di taglio sociologico che si leggono nel volume di Serafinelli, a partire dall'attenzione rivolta ai ceti sociali più deboli (per ragioni economiche, etniche, culturali), sono molto utili per riflettere, come comunità giuri-

dica italiana, sul modo di rendere più socialmente aperti i nostri dipartimenti di giurisprudenza (ma certo non solo questi: basta pensare ai nostri cugini primi di scienze politiche), per svolgere, oggi, quella primaria funzione costituzionale orientata alla promozione sociale di quelli che un tempo si sarebbero chiamati ceti subalterni, e che, al di là del nome, sono composti da persone che, per ragioni spesso non commendevoli, sono tenute al di fuori del circuito di una formazione culturale indispensabile non solo in chiave professionale, ma in primo luogo in chiave civica.

Non per nulla nelle pagine di Serafinelli ritorna con una certa giusta insistenza il tema dello scontro tra elitismo e democrazia, tra un'educazione universitaria aperta a un gruppo ristretto di persone e volta a una formazione asetticamente tecnica, e un'idea di educazione progressiva alla democrazia, che ovviamente non può non prendere le mosse da una consapevolezza circa la struttura istituzionale dell'ordinamento politico-giuridico nel quale viviamo.

Solo un elemento sul quale riflettere. Osserva Serafinelli, a p. 108, che negli anni Ottanta del XIX secolo, grazie all'elettricità, fecero la comparsa le scuole serali (successivamente assai contrastate).

Ora, chi scrive, genovese, ricorda, anche se non per esperienza diretta, che nei tardi anni Settanta del XX secolo un giurista quale Guido Alpa era titolare del corso serale di Istituzioni di diritto privato. Sarebbe così impensabile, oggi, anche nello spirito (a volte un po' retorico) della c.d. 'terza missione' delle nostre università, organizzare corsi gratuiti *ad hoc* per persone nate all'estero ma che qui vivono e lavorano? Corsi di 'diritto' in senso ampio, cioè di cultura politico-giuridica, che è poi quell'alfabeto istituzionale indispensabile, soprattutto oggi, vivendo tutti noi nella fase matura della società aperta, che vede il successo di quel (benefico) soggettivismo metodologico (che non è coincidente, ma è fortemente intrecciato, con quell'individualismo metodologico alla base di ogni liberalismo autentico, cioè funzionale al riconoscimento della forza trasformativa, tanto individuale – cioè rispetto a sé stessi – quanto sociale – cioè rispetto alla collettività –, della libertà del soggetto), che esprime una sintesi delle tre classiche componenti di esso: quella empirica, quella trascendentale, quella idealistica, così pervenendo a un indispensabile sincretismo culturale, e in certa misura necessariamente anche metodologico, che è poi l'altra faccia del pluralismo assiologico.

Un soggettivismo metodologico che, non paradossalmente, irrobustisce, o dovrebbe irrobustire, il senso di comunità, a partire da una riflessione impostata intorno al principio di autoresponsabilità, strettamente legato tanto al liberalismo quanto al soggettivismo.

Del resto, la società aperta è una società che si muove, metodologicamente, tra le congetture e le confutazioni popperiane e l'*anything goes* feyerabendiano. Tutto il resto è prudenza illiberale, o illiberale prudenza. La società aperta non diffida del rischio, anzi è vero il contrario: il rischio, a partire da quello intellettuale, è componente ineliminabile della libertà. E solo la libertà può essere creativa. E anche l'errore contribuisce all'avanzamento della conoscenza.

Dunque – così tornando allo 'spirito della terza missione' e ai corsi serali di cultura politico-giuridica –, ovviamente centrali dovrebbero essere materie come la storia contemporanea dell'Italia, dell'Europa e del mondo (così apprendo anche in ambito spiccatamente didattico, e in campo giuspolitico, a quella 'global history' oggi giustamente celebrata in ragione di una sua indiscutibile efficacia euristica), la storia delle dottrine politiche, il diritto costituzionale. Tutto ciò, non già per formare futuri giuristi – questo è chiaro –, ma per significare e esprimere, in chiave culturale (la cultura, del resto, è al fondo sempre unitaria), il valore civico dell'appartenenza alla comunità, nonché per rafforzare (o far sorgere, quando non vi sia: ed è immaginabile non vi sia, o richieda quantomeno un consolidamento, quando si tratti di persone non nate in Italia ma che qui vivono, o nate in Italia ma in contesti familiari non ancora integrati o non ancora pienamente integrati nella comunità nazionale: circostanza piuttosto diffusa e assai preoccupante) questo stesso senso di appartenenza.

Sotto tale profilo ben si potrà reiterare, adattandola, la nota formula: la comunità obbliga.

Ciò – dico questa funzione democratica svolta attraverso la presenza universitaria nella società e nelle comunità –, forse, potrebbe anche contribuire a sfatare quella convinzione (per riprendere, enfatizzandolo, quanto cursoriamente notato più sopra) ancora molto diffusa (e non solo tra i non giuristi – il che mi pare ancora più negativamente significativo) che il giurista abbia a che fare con norme giuridiche, e basta: ma questa è un'infelice caricatura, che, a pensarci bene, non vale o vale assai poco anche per il pratico, la cui creatività

è, o dovrebbe essere, dote fondamentale, almeno in certi casi (quei casi difficili che agiscono quali reagenti di trasformazione, o di vero e proprio ribaltamento, di determinati paradigmi giuridici, fin lì seguiti nell'ottica di una 'giuridicità quieta', che però mai potrà rimanere tale fino in fondo, perché il mutamento è insito nella società, in quanto 'costruzione spontanea' a partire dalle libertà individuali, nel loro percorso di svolgimento storico – e sotto questo aspetto non possiamo non essere ancor oggi tutti crociani, pur senza saperlo).

Beninteso: sempreché si accetti un punto di partenza, che è il seguente. Il diritto non esiste come tale, ma esiste in relazione ai problemi che è chiamato a risolvere; e risolvere problemi vuol dire immaginare soluzioni giuridiche sulla base di un ragionamento giuridico che si appoggia, strumentalmente, su quel multiforme materiale normativo che deriva da molteplici e diversificate fonti, formali e informali; il buon giurista partecipa all'edificazione (che certamente non significa imposizione) dell'ordinamento; l'ordinamento non è un dato ma un sempre incompleto 'costruendo'; l'ordinamento è e deve essere incoerente: nel diritto, la coerenza non è un valore, altrimenti si dovrebbe sostenere la tesi degli ordinamenti chiusi; ma gli ordinamenti chiusi sono ordinamenti in sé autoritari, e il diritto della contemporaneità è radicalmente fondato sul principio di una *rule of law* intesa nel senso di una giuridicità che accompagna e protegge e promuove le molteplicità che ciascuno di noi esprime; in questo senso la giuridicità contemporanea è tutta all'insegna di un pluralismo integrale, che sta in perfetto parallelismo con quel liberalismo integrale così tipico delle società aperte, che ciascuno di noi vorrà difendere e soprattutto preservare. Tutto ciò che è legislativo in senso stretto, e dunque tutto ciò che, per usare la felice terminologia di Nicolò Lipari, va ricondotto agli atti di posizione, è un materiale meramente orientativo, ma il diritto autenticamente inteso non è lì⁴; il diritto c'è

⁴ Cfr. ora, con la consueta lucidità prospettica e incisività espressiva, F. VIOLA, *Regole sul diritto e regole del diritto. Rileggendo la Metodologia del diritto di Francesco Carnelutti*, in *L'Ircocervo*, 22 (2023) n. 1, p. 558 ss., https://www.academia.edu/102756881/Regole_sul_diritto_e_regole_del_diritto_Rileggendo_la_Metodologia_del_diritto_di_Carnelutti?email_work_card=title. Da vedere altresì ID., *La teoria del diritto come pratica sociale*, in D. MEDINA MORALES, E. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, A.-P. GARIBO PEYRÓ, L. APARICIO CHOFRE (Coordinadores), *Profesiones*

nel momento del suo farsi in concreto: senza casi e senza fatti – e cioè appunto senza problemi – non c'è diritto; e il diritto, o è vivente, o non è.

Sotto tutti questi molteplici, delicati, controversi, intrecciati aspetti, il percorso statunitense, nella formazione del giurista, è un altamente significativo e istruttivo punto di osservazione: da una prima fase pionieristica, in cui si diventava giuristi solo in virtù di un apprendistato (Cap. I: e se l'apprendista, nelle ipotesi più favorevoli, imparava soprattutto ascoltando gli altri apprendisti, p. 3, non di rado era in sostanza un autodidatta: e qui spicca il nome di Abramo Lincoln, pp. 4-5), alla fase (certo non lineare, anche in ragione delle differenti concezioni della professione forense e in particolare dell'avvocato; in ragione dei rapporti tra educazione e formazione giuridica e ambito tanto politico-istituzionale quanto economico-commerciale; in ragione della stessa concezione del professore di diritto, che ovviamente si riflette su metodi e contenuti dell'insegnamento; nonché in ragione del numero di iscritti alle *law school*: ad esempio, colpisce il dato per cui Harvard, fondata nel 1817, per i suoi primi dodici anni di vita ebbe nove matricole all'anno; nel 1840 gli iscritti salirono invece a un centinaio: p. 24) che avverte l'esigenza di scientificità del diritto, grazie alla figura (fin troppo celebrata, e anche sotto questo profilo le pagine di Serafinelli sono illuminanti) di Langdell (Cap. II), professore a Harvard a partire dal 1870, il quale, peraltro, provava disgusto nei confronti degli avvocati (p. 60) e il cui nome sarà sempre legato al metodo casistico.

In qualche misura confortante (nella prospettiva di una necessaria e benefica autocritica rispetto alla funzione sociale del giurista e al metodo con cui insegnare diritto), mi pare, è l'insuccesso, nei primissimi anni, di Langdell (il quale, alla fine del suo primo semestre di insegnamento, perse tutti e sette gli studenti del corso: p. 65; e gli studenti lo contestarono sonoramente, per la classica ragione: 'noi non vogliamo discutere problemi attraverso i casi; noi vogliamo imparare la regola giuridica': p. 64).

Dicevo: insuccesso confortante; non credo sia insolita l'esperienza (almeno questa è la mia, e non penso sia isolata – e anzi spero

jurídicas y el dinamismo del derecho, Valencia, tirant lo blanch, 2023, p. 21 ss., https://www.academia.edu/97784397/La_teor%C3%ADa_del_derecho_come_pr%C3%A1ctica_social.

non lo sia) di trovarsi di fronte a una classe (non solo del primo anno) oltremodo refrattaria alla discussione; del resto, molto più facile del pensare a voce alta è il passivamente ascoltare qualcuno che parla – e talvolta a sé stesso – *ex cathedra*, e che in sostanza ripete quello che facilmente si può leggere in uno delle decine di manuali oggi a disposizione di tutti (sotto questo profilo, le pagine di taglio metodologico di Serafinelli portano la memoria a quel pugnace volumetto che raccoglie scritti sull'università e sulla scuola di Giorgio Pasquali e Piero Calamandrei: lettura confortante e sempre attuale, soprattutto perché i principi radicalmente riformatori ivi espressi mai sono stati attuati – o sono rimasti largamente inattuati).

Del resto, non si può neppure tacere che, probabilmente, la resistenza alla partecipazione attiva e critica in classe da parte di un numero elevato di studenti riveste anche un significato sociologicamente rilevante, che ci riporta a una considerazione proposta poco sopra: l'università di massa è tendenzialmente incompatibile con il lavoro critico collettivo, da svolgersi in aula e non solo nel raccoglimento intellettuale tipico del seminario.

L'enorme valore formativo dell'analisi e della discussione, dei tentativi e degli errori nella comprensione di un testo o nella impostazione e poi nella risoluzione di un problema, è avvertito soltanto da una componente ristretta di studenti, quella più colta e motivata, e dunque ritorna il problema, se non del conflitto, della tensione tra elitismo e democrazia. Ma questo problema può essere risolto: una società autenticamente liberale e democratica, e dunque effettivamente pluralista, non può rinunciare ad alcuna delle due prospettive: deve offrire a tutti la possibilità di un'istruzione universitaria, ma deve anche offrire a chi sia intellettualmente più agguerrito la possibilità di formarsi uno spirito critico.

È evidente che, proprio per ragioni di cultura e, se vogliamo dire così, di consapevolezza democratica, sarebbe indispensabile, sulla scorta del volume di Serafinelli, riprendere la riflessione sulla complessiva portata sociale della formazione giuridica, evidentemente oggi largamente da ripensare per ragioni di contesto.

Ma dicevo: Langdell. Uomo tenace, non demorde. Una tenacia che sarebbe riduttivo considerare tale soltanto rispetto al tema della metodologia didattica, ma che, come sempre, attiene all'idea complessiva di giurista che Langdell intendeva formare, nonché all'idea

di ordinamento giuridico che egli aveva in mente. Il carattere della scientificità, e quindi della sistematicità, del diritto avrebbe dovuto operare anche, o soprattutto, quale garanzia di stabilità del sistema, così costruendo una tradizione di *common law*, con al centro un giudice in questo senso non creativo e non politico, ma raffinato manovratore della tecnica giuridica (p. 75 ss.), dando però allora vita a un sistema autoreferenziale (p. 80).

Tuttavia, di fronte alla complessità⁵, l'idea di programmazione e di piano ha le proprie armi spuntate, e il sistema ideale che Langdell aveva in testa (al quale non ha contribuito soltanto Langdell, p. 98, e il quale era anche un modo di ragionare in termini rigorosamente giuridici, virando così poi però dalla centralità del diritto sostanziale alla centralità del diritto processuale: p. 97) mostrava pure qualche limite. Osserva Serafinelli: «Si stava affermando la tendenza, in diversi ambienti, verso un'ideologia di ordine e sistematizzazione del mondo che si imponesse sull'universo e gli attribuisse un senso. Si trattava però non già di spinte verso la dimensione del religioso, del trascendentale o del metafisico, ma ispirate all'elaborazione di un sistema di controllo scientificamente orientato e in grado di fronteggiare gli sconvolgimenti in atto nel Paese, primi fra tutti l'industrializzazione, l'urbanizzazione e, qualche anno più tardi, la migrazione» (p. 96).

Che ci fosse e che ci sia, ieri come oggi, un meraviglioso vitalismo culturale nell'ambito delle *law school* statunitensi, è fuori di discussione. Sono allora molto interessanti le pagine in cui Serafinelli ricostruisce il progressivo successo del 'modello Harvard', che inizia ad affermarsi solo a metà degli anni Novanta dell'800 (p. 114): «Prima di allora, non solo il quadro delle scuole di diritto incardinate nell'accademia era sfaccettato, ma non si poteva neppure dire con certezza che Langdell avrebbe prevalso. Alcune, tra cui *Yale*, *Columbia*, la *Northwestern* di Chicago e *Michigan*, tentarono di edificare un sistema di insegnamento lungo traiettorie diverse dal modello harvardiano, e che includessero anche il diritto internazionale, la comparazione giuridica, e dei corsi di teoria generale del diritto

⁵ Certo da non idolatrare: v. ora S. CHASSAT, *Complexité. Critique d'une idéologie contemporaine* (Juin 2023), <https://www.fondapol.org/etude/complexite-critique-dune-ideologie-contemporaine/>.

(*jurisprudence*); alcune, addirittura, vollero introdurre le scienze economiche, politiche e di governo» (pp. 114-115).

Tutto ciò – è fin superfluo il rilevarlo – ha ovviamente a che fare altresì con quel rapporto tra diritto e società, tra istituzioni e società, tra diritto e giuristi, tra giuristi e società, che è poi uno degli assi portanti della ricerca di Serafinelli. Un asse dal quale possono partire molte diramazioni: una, la sempreverde, non facile relazione tra teoria del diritto e pratica del diritto (cfr. p. 118 ss.; ma poi p. 162 ss., per la disputa tra l'‘American Bar Association’ e il modello Harvard: entrambe elitiste, ma in contrasto anche perché la figura del professore di diritto aveva esautorato l'attività di docenza degli avvocati, p. 162, e perché, ad avviso dell'ABA, il metodo casistico era pernicioso, posto che l'avvocato in formazione, indotto allo studio della giurisprudenza, avrebbe sviluppato l'idea di un diritto che si fa nel processo e attraverso il processo: troppe liti e poca propensione per la mediazione: pp. 163-164), che a sua volta è collegata all'ideale di giurista, puro tecnico o ‘sociologo *at large*’, raffinato costruttore e distruttore di concetti o persona che dei concetti si serve per perseguire un'ideale di giustizia, e dunque per contribuire alla messa in opera di quella società giusta che, in effetti, dovrebbe essere la comune aspirazione di ogni giurista, teorico o pratico che sia.

Le difficoltà, ieri come oggi, sono ben note, e non è affatto detto che possano essere superate, anche in relazione all'altrettanto sempre aperto problema del ruolo sociale del giurista e della funzione sociale del giurista (qui cfr. spec. le pp. 144-147; ma si vedano, problematicamente, anche le pp. 232-233: «[P]er il giusrealismo, l'auspicio era che le scuole di diritto producessero dei veri e propri riformatori che assume[ssero] una postura critica nei confronti del diritto, approcciandolo come strumento di *social engineering*. Per far questo, nell'ottica giusrealistica, gli studenti avrebbero dovuto guardare alle meccaniche sottese al processo decisionale dei giudici, prestando particolare attenzione agli effetti sociali, economici ed etici da questo prodotti. Al contrario, Pound era profondamente convinto del fatto che l'allargamento dei curriculum universitari avrebbe compromesso la buona riuscita dello scopo delle *law school*. In dettaglio, il punto di maggior dolenza, nella sua ottica, era l'eccessivo debordare dal campo del sapere giuridico realizzato dai giusrealisti. A suo

dire, questo sconfinamento produceva una contrazione del tempo e delle energie dedicate allo studio della scienza giuridica, con conseguente indebolimento delle intelligenze giuridiche del Paese. Così, denunciava una complessiva perdita di interesse nei confronti dell'apprendimento della tecnica giuridica in favore di approfondimenti sociologici, economici, politici e storici. Due, sempre secondo Pound, erano i peccati originali del giusrealismo: l'eccessiva enfasi sulla psicologia dei giudici e lo smisurato interesse nei confronti delle altre scienze sociali (*rectius*, dei terreni interstiziali tra queste e il diritto)»).

Del resto, se il diritto è forma rappresentativa della società, difficile negare e impedire che il giurista, teorico o pratico che sia, venga investito di quella sensibilità sociale che sposta il diritto nell'aurea dimensione della politica del diritto (e qui c'è il sicuro conforto di Herman Oliphant, pp. 247-251, e cfr. spec. alcune sue parole che si leggono alle pp. 249-250: «È giunto il tempo almeno per una scuola di diritto di diventare una comunità di accademici, i quali dedichino la loro vita allo studio del diritto in senso non orientato alla professione, in modo che la funzione del diritto [possa] essere compresa, i suoi risultati valutati, e i suoi sviluppi messi in parallelo e analizzati in parallelo con quelli della vita moderna. Il che non significa solo ampliare i contenuti del curriculum... ma presuppone un approccio completamente diverso al diritto. Ciò implica un lavoro critico, costruttivo e creativo da parte tanto della Facoltà quanto degli studenti, più che una cornice di insegnamento primariamente diretta all'acquisizione di informazioni»), e così il giurista diviene tanto un attore politico quanto uno scienziato della politica. Solo a queste condizioni, del resto, il diritto merita di essere studiato attribuendo ad esso la dignità di scienza (umana e sociale). Il resto è banale tecnicismo, e ritorniamo così a quel 'filologismo caricaturale' di cui parlava Contini, che è il rischio onnipresente all'interno di qualunque approccio scientifico connotato da un'eccessiva attenzione rivolta alle procedure tecniche – mezzi e mai fini.

Altrettanto ovvio, brevemente ricollegandomi a quanto più sopra affermato, che, oggi, il ruolo sociale del giurista debba essere anche pensato alla luce dell'esigenza di una integrazione delle persone immigrate, e che del resto è il problema che, negli anni Venti del No-

vecento, negli Stati Uniti, tra paura dello straniero e del comunismo (p. 144), portò taluno a denunciare l'indifferenza del ceto dei giuristi per i poveri (p. 146).

Il modello Harvard ha però successo e si afferma, con tutto ciò che ne consegue sul piano delle caratteristiche socio-culturali del giurista e del professore di diritto, nonché sul processo di formazione dell'avvocato (Cap. IV).

Arriviamo così agli anni Trenta, con la crisi economica e l'affermarsi del *Legal Realism*, e quindi con la progressiva, parallela affermazione dell'anticoncettualismo, la crisi del precedente inteso in senso statico e meccanico, la recezione della grande lezione di Holmes (p. 213), e dunque guardando al giurista non in termini anti-scientifici o a-scientifici, ma ripensando integralmente il problema della scientificità del diritto: dal concetto all'esigenza sociale.

Il giurista come scienziato sociale, come ingegnere sociale, che, al di là di qualche deteriore eccesso costruttivista in senso hayekiano, è ancora il modello a cui guardare con fiducia, ben convinti che il diritto sia più esperienza che logica: «Quando Holmes postulava che “la vita del diritto non è logica ma esperienza”, intendeva semplicemente dire che i processi attraverso cui si evolvono gli ordinamenti giuridici – ossia i processi giudiziari che conducono alla formulazione di una *regula iuris* – non sono influenzati tanto da sillogismi o da processi formali di sussunzione o di induzione della regola a partire dal fatto, quanto da una serie di fattori *lato sensu* sociali che attengono alla natura degli interessi in gioco, alle teorie politiche e alle convinzioni degli organi giudicanti incarnati nelle persone che li compongono. Holmes concepiva, dunque, il diritto come un documento antropologico nel senso che le regole giuridiche sono asserzioni di un comportamento passato dei giudici (asserzioni storiche) o previsioni di una loro futura condotta (appunto, previsioni scientifiche). Riteneva inoltre che l'attività del giudice fosse essenzialmente legislativa (nel senso di tesa alla salvaguardia e soddisfazione di precisi interessi) e non logica (nel senso della sua irriducibilità a una mera operazione sillogistica), e quindi che l'argomentazione giuridica non pote[ss]e essere puramente analitica» (pp. 213-214). E così prosegue Serafinelli: «Non sfuggirà come il bersaglio di Holmes, nonché degli antiformalisti e dei realisti giuridici americani, fosse l'elevato grado di sistematizzazione concettuale raggiunto dalla *com-*

mon law nell'Ottocento, che nei fatti la ipostatizzava nella perpetuazione dell'ideologia individualistica, di matrice liberale, caratteristica della giurisprudenza di quegli anni. È stato il vuoto pneumatico, ricreato da un'attività giudiziale profondamente conservatrice, autoreferenziale e disattenta alle questioni sociali di una società capitalistica in rapida espansione, ad aver fatto emergere la necessità di stratagemmi facilitatori del recupero della capacità adattativa della regola del precedente e della *common law* in quanto tale. Langdell, con il suo sistema di apprendimento del diritto fondato sull'idea di un corpo chiuso e impermeabile di norme, aveva contribuito in maniera decisiva proprio all'edificazione del sistema e alla sua difesa» (p. 214).

La seducente voce di Holmes va in parallelo ai benèfici impulsi (ma in realtà più apparenti che reali: anzi, sotto questo profilo non è dubbio che si tratti di un giurista – dico Roscoe Pound – tanto grande quanto ambiguo; e taluno avrà in effetti subito buon gioco a canzonare: ecco l'ennesima prova che l'antiformalismo, ovvero ogni deviazione dalla retta via del diritto posto e di una sistematica giuridica tutta fondata sulla *ratio legis*, si rivela essere la solita fuffa culturaleggiante, buona, tutt'al più, per sedurre il fragile e disordinato ingegno di qualche confuso e sciocco intellettuale – in realtà solo presunto tale, *ça va sans dire*) provenienti proprio da Roscoe Pound (peraltro, figura piuttosto ambigua, come appunto notato, e che infatti – botanico di formazione e avvocato, ma senza laurea in legge, p. 227, e poi decano a Harvard per vent'anni, *ibid.* – mai metterà in atto l'ambizioso programma elaborato, p. 217, forse anche a causa della sua stessa formazione scientifica: «Dal punto di vista della formazione del giurista, Pound era un langdelliano convinto e sottoscriveva in pieno il suo metodo di apprendimento. In questo senso, possiamo ritenere che il sostrato culturale di Pound, botanico di formazione [...], lo accomunasse alla schizofrenia classificatoria insita nel *case method*. Ad esempio, Pound svolgeva il suo corso in *legislation* suddividendo gli argomenti in dodici categorie e impiegò la maggior parte degli sforzi come studioso nella catalogazione delle scuole di pensiero dei giuristi. In un carteggio con un collega, difese il suo modo di incedere per etichettature e incasellamenti affermando che applicava il metodo di Linneo ai fenomeni giuridici», pp. 227-228) e che si leggono nel suo celeberrimo *The Need for a Sociological Jurisprudence*, del 1907: «Qui

si denunciava come i professori di diritto non potessero più assumere le sembianze di “legal monks” e nascondersi nei loro monasteri da cui tutti gli elementi dell’umanità venivano esclusi. Secondo Pound, c’era un gran bisogno di professori di diritto che ne sapessero anche di sociologia, economia, etc.» (pp. 216-217).

Con gli anni del *New Deal* anche il ceto dei giuristi, e soprattutto dei giuristi accademici, entra in una nuova fase: intanto, perché «[i]n nessuna delle precedenti amministrazioni vi era stato un così elevato bisogno di giuristi da impegnare nel potere politico» (p. 223); poi, perché la lezione antiformalistica ormai appresa non diventa un elemento volto all’eversione del sistema politico-giuridico (p. 225): si trasforma infatti in fattore non distruttivo ma ricostruttivo, e io direi progressivo, cioè orientato al riordinamento dei rapporti economico-sociali, nell’idea generale della necessità di un intervento statuale che per essere efficace ha necessità dell’appoggio dei giuristi (Serafinelli parla di un «allineamento astrale tra accademici e amministrazione», p. 225).

Questa nuova fase, quindi, non solo non significa ‘rivolta contro il formalismo’, ma non significa neppure ripudio di una metodologia che sotto diversi aspetti appariva formalista.

Tutti convinti, sì, che il diritto fosse una scienza sociale, ma poi, quando si trattava di formare i nuovi giuristi, molta, troppa prudenza (la tipica prudenza, vorrei dire, dell’avvocato in giudizio, che parla e scrive non già pensando all’arioso, anche quando veemente, dibattito indispensabile nelle autentiche repubbliche intellettuali, ma all’asfittica, quando non malevola, replica dell’avversario. Anche per questo, almeno oggi, dopo decenni di discussioni, a volte un po’ stanche, se non stantie, ci si potrebbe pure chiedere se non sia arrivato il momento di vietare agli accademici l’esercizio della professione forense, nelle forme e con le modalità consuete: l’esempio e la parola di Tullio Ascarelli dovrebbero ancora dirci qualcosa⁶).

⁶ Mi riferisco, ovviamente, al delizioso e, al contempo, leggermente piccato (ma non c’è nessun tono astioso in lui: del resto, egli era giurista, e direi persona, prudente, cauta, moderata, non certo – e fortunatamente, anche per noi, suoi lettori di oggi – nelle ambizioni e nei godimenti intellettuali, ma in tutte le ricadute pratiche da essi discendenti, sì: al proposito va visto lo splendido – e assai rassicurante, nel senso del testo – capitoletto ‘L’avvocato’ dello splendido volumetto di

Insomma, anche il tema del ‘conservatorismo degli antiformalisti’ (p. 230; ma v. poi più avanti, p. 257: «[L]a stragrande maggioranza dei realisti non sapeva come irradiare il materiale giuridico con le conoscenze acquisite dalle altre scienze sociali. [...] Questo ha condotto taluni [...] a ritenere che il realismo giuridico americano e i suoi membri avessero una carica esclusivamente distruttiva e che fossero inconcludenti nell’avanzare proposte alternative di costruzione della formazione del giurista, in particolare, e del diritto statunitense, in generale») è assai interessante e ancora una volta – sempre spostandoci tra ‘noi’ e ‘loro’, tra l’ieri e l’oggi – risulta convergere nell’assunto per cui: la *legal education* non si tocca, perché destinata a restare «una base assiomatica intangibile» (p. 229). Ciò che in particolare emerge è «la dissociazione valoriale degli antiformalisti tra la loro ricerca scientifica e l’attività di insegnamento» (p. 231).

Non sfugge alla critica neppure il grande Felix Frankfurter, che peraltro delude Serafinelli pure sul versante ‘democratico’, nel senso che non era affatto vero – come invece ebbe modo di scrivere Frankfurter stesso nei suoi ricordi (p. 193, testo e nota 84) – che Harvard fosse «intrisa di un profondo spirito democratico, in cui era irrilevante che si fosse ricchi o poveri. L’importante era lavorare sodo» (p. 193). Osserva criticamente Serafinelli: «Solo in teoria [...] le *university law school* erano aperte a chiunque; nella pratica, invece, consentivano di studiare solamente a ragazzi di lignaggio nord-europeo e i cui padri non svolgevano lavori manuali. Frankfurter, che era figlio di immigrati ebrei di provenienza austriaca, costituiva l’eccezione e non la regola. Sicché, sia pur fatta in buona fede, la sua ricostruzione era meramente aneddotica e viziata dal cosiddetto “pregiudizio di sopravvivenza”, ossia da quell’errore che si presenta quando nel valutare una situazione ci si concentra soltanto sulle persone o sulle cose che hanno superato un determinato processo di selezione» (p. 194).

Più in generale – e anche questa osservazione ha evidentemente una portata che va oltre l’esperienza giuridica statunitense –, Serafi-

M. STELLA RICHTER *jr*, *Racconti ascarelliani*, 2^a ed. ampliata, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 83-86) T. ASCARELLI, *Scienza e professione*, in *Foro it.*, 1956, IV, c. 86 ss.

nelli nota come ogni progetto di riforma nell'ambito della formazione universitaria del giurista sia sostanzialmente fallito perché, ieri come oggi, «[p]er quanti sforzi potessero farsi, le *law school* erano anzitutto scuole di avvocati [...]» (p. 282), e dunque il metodo casistico (ma si tratta di un metodo casistico rigido, non troppo distante dalla 'nostra' ricerca di sistematicità, di stabilità e di ordine nei codici) resiste.

Siffatta incapacità del sistema formativo statunitense delle professioni legali di modificarsi o di effettivamente adeguarsi alle esigenze sociali sarebbe stata così estesa da aver poi decretato il fallimento, oltre che del *Legal Realism*, «di tutti gli altri movimenti a venire» (p. 283), come, ad esempio, l'approccio in termini di *Law & Economics* – che peraltro Serafinelli (e questo, a mio avviso, è un punto di vista da discutere) richiama nella prospettiva di Guido Calabresi, qualificando quest'ultimo come neo-concettualista, nel senso di essere un teorico mosso dall'idea che le categorie economiche devono incidere sulle categorie giuridiche (una prospettiva, che, invece, a me pare piuttosto lontana da Calabresi: qui il riferimento è al suo 'The Future of Law & Economics', uscito nel 2016, che però, se non sbaglio – ma il volume di Serafinelli è privo del sempre indispensabile, nei lavori scientifici, indice dei nomi –, non è citato. Oggi, forse, maggiore attenzione avrebbe potuto essere prestata alla *behavioral economics* e soprattutto agli *empirical methods*, che peraltro esprimono il ritorno sulla scena delle filosofie pragmatiste statunitensi, sempre tramite la mediazione del *Legal Realism*) –, ovvero dei notissimi *Critical Legal Studies* (p. 285 ss.: al proposito, la figura, certamente ben nota pure in Italia, di Roberto Mangabeira Unger, è interessante anche perché egli – tuttora, o comunque fino a pochissimo tempo fa, docente a Harvard –, ha elaborato una proposta di riforma sociale emancipatoria operativamente significativa e culturalmente ambiziosa, nonostante non sia stata coronata da particolare successo, quando ebbe modo di svolgere il ruolo di ministro nel precedente governo Lula). Con l'eccezione (ma solo in parte può essere definita un metodo d'insegnamento) della clinica legale (p. 288 ss.), che però è letta anch'essa quale strumento riconducibile al sistema educativo, e dunque per nulla rivoluzionario.

La situazione attuale (Cap. VII) pare caratterizzata da un significativo aumento del corpo studentesco e dei costi, nonché dalla con-

correnza con le *law school* telematiche. Donde l'ennesima riflessione 'on the Future of Legal Education', conclusasi con un documento pubblicato nel 2020 (p. 349), che però ignora «l'unico vero tema che sarebbe stato necessario affrontare, quello dei costi associati alla *legal education* [...]» (p. 350), sostanzialmente a conferma che «la storia della *legal education* [è] stata un processo di spiccata conflittualità tra due ideali, uno elitario e uno democratico» (p. 352).

5. E veniamo così al volume di Stefano Malpassi.

L'impatto immediato del lettore è con il nucleo centrale del libro: la fine di quel liberalismo economico di stampo ottocentesco, che solo apparentemente coincide con il 1929 (non per nulla, il Cap. I è appunto intitolato alla 'vera' fine del *laissez-faire*): non già perché negli svolgimenti storici esistano solo le continuità (è anzi vero il contrario, e se ne è fatto cenno più sopra), ma perché trasformazioni così significative come, appunto, il declino del liberalismo classico e l'affermazione di un liberalismo solidaristico, se non socialisteggiante, sono ovviamente la risultante di un processo, ancora prima che difficile e contrastato, lungo. Ecco che allora, se, per richiamare le parole di Polany che Malpassi cita a p. 33, attorno al 1830 scoppia il liberalismo economico e il *laissez-faire* diventa un credo militante, e se poi cento anni dopo ci si trova di fronte alla grande depressione, e cioè «un fenomeno che ebbe caratteristiche tanto inedite quanto irripetibili e che, almeno fino a oggi, ha rappresentato la più lunga fase recessiva delle economie capitalistiche occidentali» (p. 35), è indispensabile soffermarsi, come giustamente fa Malpassi, su «quelle correnti e [su] quelle esperienze che, negli anni Venti del Novecento, pre-annunciavano la fine di un modello che veniva da lontano [...]» (p. 36).

Del resto, «[s]e quella dell'antistatalismo rimase una cifra comunque caratteristica dell'ordine e della "architettura istituzionale" americana, le prime crepe teoriche cominciarono ad aprirsi proprio nel tornante tra Otto e Novecento, con lo sviluppo di una scienza sociale "progressista" impegnata a ripensare il ruolo dello Stato e della sua burocrazia, insistendo per una vera e propria modernizzazione politica» (pp. 38-39).

Di qui, il riferimento alla *Gilded Era* (l'ultimo trentennio dell'Ottocento) e alla *Progressive Era* (il primo trentennio del 1900, fino

appunto alla crisi del 1929) va inteso anche nel senso dell'esigenza di un approccio al diritto in termini strettamente e rigorosamente scientifici, che ne faceva così uno strumento idoneo a incidere nella vita economica, e quindi sociale (p. 39).

Ci ritroviamo allora di nuovo – ed ecco il vantaggio di una lettura parallela dei due libri – di fronte a un formalismo giuridico che ha agito nella chiave dell'efficienza del diritto (p. 39), qui in particolare intesa quale elaborazione di un apparato concettuale a garanzia di un determinato assetto – e dunque ordine – economico: un linguaggio del diritto che esprime in termini diversi il linguaggio dell'economia; un diritto che traduce in istituti e in regole presupposti e finalità dell'azione economica, assunti come necessariamente, perché naturalisticamente, immutabili.

Un diritto e una economia in questo senso *naturaliter* alleati, ma non nella prospettiva (utilizzo di nuovo questa espressione) di un costruttivismo hayekiano, e dunque illiberale, bensì in quella opposta, e cioè: il formalismo giuridico è indispensabile per condurre a un diritto considerato in termini tecnico-scientifici (s'intende: soltanto in termini tecnico-scientifici, massimamente depurato da ogni elemento extragiuridico); un diritto che pertanto non va inteso come una costruzione artificiale, ma perfettamente aderente alla realtà economica (senza diritto, cioè senza regole giuridiche, le leggi economiche non potrebbero neppure essere osservate): nell'economia, infatti, e non già nel diritto, vanno ricercate le leggi dello sviluppo economico, e quindi sociale; e certamente l'apparato giuridico non può andare contro quelle leggi economiche che, una volta scoperte, devono essere rispettate e attuate.

In questo orizzonte, tutto il quadro politico-istituzionale deve conformarsi alle ragioni economiche: il diritto è il mero strumento operativo dell'economia, e la formalizzazione del diritto è indispensabile, di fronte a una economia che non è invece formalizzata, e anzi non può esserlo, perché fondata su quelli leggi naturalmente evidenti che tutti dovrebbero essere disposti a riconoscere come tali, e che però tante, e tanto accese, discussioni progressivamente suscitarono.

Del resto, proprio la sconfitta storica del liberalismo economico classico, tutto fondato sulla fallace idea di una provvidenza immanente all'economia, quasi una teologia economica che guarda alla mano invisibile come a una guida sicura e costante, perché astorica,

ha portato alla necessità di dotare l'economia di un robusto apparato concettuale, così tecnicizzando quest'ultima, esattamente come era già accaduto per il diritto: un'economia tecnicizzata è strumento di politica economica, proprio come un diritto tecnicizzato è strumento di politica del diritto, appunto perché ormai entrambi, diritto e economia, sono ridotti al rango di strumenti, e non già a dimensioni antropologiche, anche eventualmente connotate in senso trascendente (sotto questo profilo, la vicenda del giusnaturalismo non trova certo difficoltà a essere ricondotta a quella di un naturalismo economico che in questo senso operava su entrambi gli ambiti quale potente fattore legittimante), che possano assumere una portata ontologica, cioè autosufficiente dalle contingenze e prescrittiva come tale, indipendentemente dalle circostanze, e quindi dai contesti.

Ma allora, come emerge – almeno così mi pare –, la tecnicizzazione del diritto e in particolare il formalismo giuridico ha due volti: c'è sicuramente l'aspetto conservativo, che è quello che Malpassi richiama, nel senso che il diritto riesce a conseguire (o tende a conseguire) «quella 'purezza' logico-formale che rappresentava l'acme del modello individualistico ottocentesco» (p. 39); ma c'è poi anche l'aspetto trasformativo, perché un diritto pensato come sistema logico abbandona il terreno della recezione di tutto ciò che deriva dall'economico, rispecchiandosi quest'ultimo nel giuridico grazie al linguaggio tecnicizzato del diritto, e entra nel terreno di una (ri)modellazione (almeno potenziale) della società, rivendicandosi al diritto quell'autonomia categoriale e, anche più, istituzionale, che fa sì che il diritto si doti, per così dire, di una propria, cioè interna, politicità, che non è detto che sia consapevole (ovvero, non è detto che i tecnici del diritto siano, o siano pienamente, consapevoli della politicità intrinseca alla stessa tecnica), ma che è certo sussista, e dalla quale il diritto deriva quella forza trasformativa da esercitarsi sulla società, guardata ora appunto come luogo nel quale l'autonomia concettuale, e potremmo dunque anche dire sistematica, del diritto ben può svolgersi.

La forza logica diventa forza politica.

Sotto questo aspetto, la rivolta contro il formalismo, nella quale ci siamo più sopra imbattuti, non significa necessariamente (e proprio l'esempio di Pound è significativo) l'abbondono del formalismo giuridico, ma il differente impiego del formalismo giuridico, in que-

sto senso anzi valorizzato quale strumento indispensabile ai fini del conseguimento di determinati obiettivi socialmente rilevanti, «nella convinzione – appunto, e qui Malpassi proprio Pound richiama – che il diritto dovesse contribuire a regolare le trasformazioni sociali in atto» (p. 40).

Seguendo il percorso, ricchissimo di riferimenti, intrapreso da Malpassi nel Cap. I, si vede piuttosto linearmente come la ‘maturità tecnica’ del diritto unita alle esigenze sociali di stampo, se non anti-liberale, solidaristico e in sostanza operanti a mo’ di fonti sostanziali di quell’interesse pubblico in formazione, quantomeno in alcuni settori molto delicati come quello dei servizi pubblici (p. 65), abbia condotto «a teorizzazioni evolutive nel senso della “funzionalizzazione” dello stesso diritto di proprietà» (p. 67 – e in questa più generale prospettiva anticonservatrice la figura di Robert Hale spicca: cfr. spec. p. 67, nota 119).

Insomma, solo un diritto concettualmente raffinato può incidere sulla dimensione economica, arrivando così a ripensare il mercato quale meccanismo sociale (p. 83). Di qui, un parallelo ripensamento della regolazione «come uno strumento capace di realizzare l’interesse pubblico (nel senso di collettivo) [...]» (ivi). E non è un caso che a metà degli anni Venti si parli di una ‘New Era’ (p. 87), «capace di dare ulteriore sviluppo a un modello alternativo di relazione tra Stato ed economia privata [...]» (pp. 86-87).

In questo quadro complessivo, a cavallo tra politica, economia, teoria sociale e teoria giuridica, non stupiamo nell’imbatterci nell’attenzione rivolta all’«industrial democracy» (p. 90) e nella circostanza per la quale il «governmental activism» (p. 91) «rappresentò, in definitiva, il più grande successo di questa stagione capace di imporsi come “public policy” di riferimento verso la fine del decennio» (ivi). Tutto ciò si collega alla difficoltà di accettazione rispetto a correnti teoriche quali l’istituzionalismo e il pragmatismo (p. 94), che poi però iniziarono a essere prese sul serio durante la grande depressione (p. 95), anche perché, a questo punto, «[l]’interventismo dello Stato in economia non sembrava [...] rappresentare più una sconfessione del capitalismo o la scelta di modelli radicali e contro-sistema» (ivi). Si era insomma alla ricerca di «alternative foundations of social order» (p. 98), intanto ripensando l’individualismo, mettendo in rela-

zione l'individuo con la società (p. 99), e, se vogliamo dire così, socializzando l'individuo, all'insegna di una visione non separatista tra ciò che è individuale e ciò che è collettivo (e che ha condotto oggi a quel soggettivismo liberale da taluno paventato anche in difesa di un'idea democratica spesso descritta come attualmente in radicale crisi⁷), e che a ben vedere ha consentito (e io direi tuttora consente: gli assestamenti e gli squilibri sono essenziali allo sviluppo, se si accoglie anche politicamente una visione progressista e progressiva delle vicende tanto individuali quanto sociali, che non sono reciprocamente scindibili: tutto ciò che è individuale è al contempo sociale e dunque politico; pertanto, tutto ciò che è individuale è politico; e peraltro, nella lunga durata, in questo caso dell'umanità, non conta il punto ma la linea, così rievocandosi un ben noto intervento di Paolo Grossi di qualche anno fa) la possibilità di autorealizzazione dell'individuo, cioè la possibilità che la forza individuale si svolga in chiave trasformativa della società: che è, direi, anche una notevole conquista democratica, da salutare con fiducia. Ovviamente, ogni potere, pubblico o privato che sia, può come tale rappresentare anche una minaccia per l'ordine sociale, ma è proprio la sensibilità filosofico-politica liberale a dover orientare quegli assestamenti della stessa libertà individuale, affinché essa, da strumento e fattore progressivo, non degeneri in strumento e fattore regressivo, non soltanto a danno della società, ma degli stessi individui che ne fanno parte, o di taluni di essi.

Come tra individuo e società vi è (ovverosia vi deve essere) una convergenza, o spontaneamente armonica o resa tale da quei meccanismi istituzionali che hanno il compito di ordinare le libertà individuali, così accade (ovverosia dovrebbe accadere) tra Stato e mercato (e su quest'ultimo punto Malpassi richiama la figura, apparsa altresì più sopra, di Frankfurter, p. 105 ss.): di fronte alla complessità sociale e economica anche l'attività di governo diventa complessa e pervasiva (p. 107). Siamo del resto nell'ambito di quella 'social action' che esprime questo avvicinamento, e spesso una benefica com-

⁷ Molto interessante l'intervista rilasciata da Padre ELMAR SALMANN a A. MONDA e R. CETERA, intitolata *La tragedia dell'uomo democratico* e apparsa ne *L'Osservatore Romano* il 14 giugno 2023, <https://www.osservatoreromano.va/it/news/2023-06/quo-136/la-tragedia-dell-uomo-democratico.html>.

petizione, tra individuale e collettivo, tra Stato e mercato, tra legislativo e giudiziario. E così «[l]a stessa democrazia diveniva una realtà complessa alla quale bisognava, pertanto, essere “educati”» (ivi).

Ovvio che il contesto emergenziale («A war against the emergency», p. 123) del 1929 ha contribuito all'accelerazione di tali impostazioni interventiste: «Ciò che si invocava era [...] una gestione dell'economia non più abbandonata alle passioni e agli interessi individuali, ma guidata da una classe di “funzionari”, ampiamente qualificati e interessati più al progresso del Paese che a quello personale» (pp. 125-126).

Il *New Deal* intendeva fare una vera e propria rivoluzione, tanto economica quanto giuridica (p. 127).

E qui emerge già, nella ricostruzione di Malpassi, un punto di frizione tra interventismo statunitense e fascismo italiano: «Lo stesso Roosevelt, del resto, non nascondeva come il protagonismo dell'esecutivo fosse ormai necessario alla restaurazione e al mantenimento dell'ordine. Proprio per questo, o anche per questo, non poche furono le voci – indifferentemente critiche o elogiative – che si levarono nell'attribuire alle politiche del New Deal l'appellativo di “fasciste”, come ancora il Presidente non mancava di ricordare e immediatamente contestare: “Qualche altro lo ha chiamato fascismo. Non lo è, perché il suo spirito sgorga dalla massa del popolo più che da una classe o da un gruppo o da una milizia in marcia. Inoltre, esso si sta attuando senza alcun cambiamento del metodo repubblicano fondamentale. Abbiamo conservata intatta la fede nelle nostre istituzioni politiche tradizionali” [F.D. ROOSEVELT, *La nostra strada*, Milano, Bompiani, 1934, pp. 3-4]» (pp. 128-129).

Questo è un aspetto tanto importante quanto delicato. Osserva infatti Malpassi: «La dichiarata ‘fede’ nel modello repubblicano [...] non sembrerà tuttavia così intatta alla luce delle trasformazioni che si verranno a realizzare in vario modo nel giro di pochi anni. Per di più, non era neppure troppo sconvolgente arrivare a sostenere che una parte dell'opinione pubblica, e persino alcuni *New Dealers*, avessero visto nel fascismo non soltanto un interessante esperimento lontano con cui confrontarsi, bensì un vero e proprio esempio da seguire, al punto che “there were others proposing a complete dictatorship, and the immediate adoption of the Fascist corporate state” [cit. di Hugh Johnson]» (p. 129). Del resto, «molti tra gli industriali,

arroccati sulle proprie posizioni di liberalismo tradizionale, invocavano un “Mussolini americano” che riportasse l’ordine nel caos creato dalla Crisi; dall’altro, i “riformatori” intendevano far proprie quelle soluzioni del fascismo che miravano a ripensare più organicamente le strutture economiche tradizionali, finendo per ricevere accuse di simpatie anti-liberali. [...] Già nel corso degli anni Venti, del resto, a molti *old liberals* Mussolini era apparso come “the savior of capitalism”, un baluardo eretto contro il pericolo socialista che minacciava l’occidente. Tuttavia, cioè che adesso incuriosiva maggiormente alcuni osservatori americani non era tanto la dimensione anti-comunista del regime quanto la nuova organizzazione corporativa dello Stato italiano, la sua propagandata capacità di pacificazione del sociale e di resistenza alle crisi contemporanee» (pp. 130-132).

Non era una bizzarria: «Il riposizionamento dommatico sulle libertà economiche sembrava, dunque, un approdo storicamente dato; la rilevanza pubblicistica dell’organizzazione economica nazionale emergeva con sempre più costanza nelle pronunce della stessa Corte, una lettura che ha rappresentato per alcuni persino “a rejection of the common law system in favor of a new conception of rights» (pp. 206-207).

Ecco che, a questo punto, sapientemente accompagnati da Malpassi, entriamo nell’ambito del laboratorio del corporativismo, cui è dedicato (ma appunto in chiave comparativa) il corposissimo Cap. III: «Le risposte (alla crisi) e la risposta (corporativa): una comparazione teorica, una teoria comparativa» (pp. 233-413). Del resto, la soluzione rappresentata dal «corporativismo fascista [...] di lì a poco divenne [...] esemplare agli occhi di un mondo impegnato a dar forma ad altre e diverse, più o meno concrete, realizzazioni» (p. 234).

L’opportunità di una duplice messa a fuoco (ricorrendo alla ‘global history’ e alla comparazione) emerge da questo rilievo: «[I]l caso di Italia e Stati Uniti d’America può apparire uno dei più emblematici proprio perché in entrambi i contesti, pur nelle loro radicali differenze tanto giuridiche quanto economiche, si veniva a perseguire un identico fine: rivoluzionare forme e metodi dell’economia di mercato senza rifiutarne gli assunti di base, in particolare la proprietà privata e l’iniziativa economica individuale» (p. 236). Siamo appunto di nuovo di fronte alla problematica triade Stato/società/mercato (p. 237), e se si guarda all’esperimento corporativistico bi-

sogna riconoscere due aspetti, il secondo dei quali probabilmente urticante (ma è compito della storiografia essere anche urticante): il successo culturale del corporativismo su scala globale – accertato e accettato dai giuristi operanti nel corso degli anni Trenta – si è poi «rapidamente trasformato nella diffusa sottovalutazione dello stesso corporativismo che ha a lungo caratterizzato la successiva storiografia, specialmente quella italiana» (p. 237).

Del resto, se andiamo di nuovo a una pagina ascarelliana⁸, ci rendiamo perfettamente conto non solo di come l'esperimento cor-

⁸ Mi riferisco a T. ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma delle società anonime*, in *Foro it.*, 1936, IV, c. 19 ss., a c. 20: «La gravità e l'importanza del problema della riforma riposano appunto su questo elemento. Dell'esaminare il problema della riforma non bisogna dimenticare che sono radicalmente cambiate le premesse economiche di fatto, che è radicalmente mutata quella struttura economica che deve essere oggetto di disciplina e che a sua volta è radicalmente mutato l'orientamento politico generale e sono profondamente mutati quei principî generali politici dei quali ogni particolare regolamentazione giuridica costituisce un'applicazione. Perciò non sembrerebbe neanche a me, come già ad altri, né possibile, né opportuno creare, accanto al vecchio diritto commerciale, un nuovo diritto della economia, come da qualcuno si propone. Non si tratta difatti solo di nuovi problemi e nuovi istituti che richiedono una particolare disciplina accanto a quella degli istituti tradizionali, ma del necessario rinnovamento di tutto l'ordinamento in tutti (naturalmente con diversa intensità) gli istituti. Leggi speciali e discipline giuridiche più o meno autonome, sono un indizio (non scevro di inconvenienti per l'unità dell'ordinamento giuridico) di questa necessità di totale rinnovamento. In sostanza si tratta di passare da un diritto commerciale individualistico, necessario riflesso del mondo capitalistico del secolo XIX, a un diritto commerciale corporativo e cioè a quella disciplina giuridica che sembri la più opportuna per la produzione e lo scambio in un regime corporativo e in applicazione ai principî corporativi»; nonché a Id., *Problemi preliminari nella riforma del diritto commerciale*, in *Foro it.*, 1937, IV, c. 25 ss., e in particolare il passaggio che si legge alle cc. 25-26: «Il codice appare come un corpo di leggi che, almeno tendenzialmente, è completo e rispetto al quale la legislazione speciale non solo assume una posizione subordinata, ma è destinata a sancire norme che hanno generalmente carattere eccezionale rispetto a quelle del codice e che per ciò, in sede di interpretazione, non possono essere generalmente suscettibili di applicazione analogica. Questo concetto è la conseguenza della sopravvalutazione, propria di un diritto ispirato alle premesse del liberalismo, di quella esigenza di certezza che è immanente nel diritto. Questa sopravvalutazione porta a ravvisare nel codice un corpo di leggi tendenzialmente invariabile e completo, perché ciò concorre appunto alla difesa dell'individuo contro lo Stato, a determinare quell'ambito dell'autonomia individuale dalla quale il sistema politico liberale vuole escludere ogni possibilità di ingerenza statale. Queste premesse politi-

porativistico venisse preso sul serio, ma di come esso apparisse l'unica via seriamente percorribile, di fronte alla crisi e al declino del liberalismo e di fronte al nuovo ruolo dello Stato nell'economia.

Sotto questo profilo, richiamando quando già accennato più sopra, emerge la necessità, per accertarne il tasso – io direi significativo, se non evidente – di continuità, di un raffronto puntuale e serrato tra economia corporativa e diritto corporativo (quel diritto dell'economia cui proprio Ascarelli faceva riferimento, ovvero il diritto pubblico dell'economia: p. 258 ss.) ed economia e diritto alla luce dei principi della Costituzione del 1948, che certamente è imbevuta di diffidenza verso il liberalismo economico, così, verosimilmente, recependo la celeberrima polemica tra Einaudi e Croce e utilizzandola per tenere distinti l'ambito della libertà politica da quello della libertà economica.

È chiaro come il punto di connessione tra *New Deal* e corporativismo sia l'«emersione di un nuovo potere dello Stato, dell'indirizzo politico dell'economia. Eppure, a 'tormentare' gli osservatori italiani stava l'assenza in America di un regime totalitario, ragione che avrebbe perciò rappresentato, per molti, la causa di insuccesso e incompiutezza della "rivoluzione" avviata da Roosevelt» (p. 329).

Malpassi si sofferma su alcuni contributi italiani dell'epoca, dai quali emergono i seguenti aspetti, in chiave comparatistica:

i) il *New Deal* è un'economia a tendenza corporativa (p. 329), e tuttavia: «Il *New Deal*, compiendosi nel quadro intatto della costituzione americana, si presenta come un mutamento di programma di governo più che come l'affermazione di un ordine nuovo. Qui si trova la ragione prima di debolezza del sistema rooseveltiano e la fondamentale spiegazione del processo involutivo, che dalla seconda metà del 1934 è venuto subendo sino a sfociare nelle difficoltà d'ordine costituzionale [sono parole di E. FOSSATI, *New Deal. Il nuovo ordine economico di F.D. Roosevelt*, Padova, Cedam, 1937, p. 2]» (p. 330);

che si rilevano del resto nella stessa tendenza a concepire essenzialmente il diritto da un profilo semplicemente normativo e a sottovalutare spesso lo scopo perseguito dalle varie norme per accentuare invece il valore dei loro caratteri formali, secondo quello indirizzo che altrove (ove più vive sono state le controversie metodologiche) è stato detto dalla giurisprudenza concettuale. Il nuovo ordinamento costituzionale dello Stato italiano prevede invece, attraverso la norma corporativa, la possibilità di una concreta disciplina dei rapporti economici».

ii) il *New Deal* è «l'approdo di un lungo processo di elaborazioni teoriche provenienti, per lo più, dal "movimento critico della scienza economica tradizionale e [...] di revisione delle istituzioni dell'economia capitalistica" [parole dell'economista Francesco Vito]» (p. 336);

iii) le misure adottate non esprimono una risposta emergenziale, o meglio: l'emergenza c'era, ma la risposta offerta non era essenzialmente empirica, perché in gran parte fondata su basi dottrinarie (parole ancora di Vito, riferite da Malpassi a p. 337). Il quale Vito ulteriormente osservava: «Se mai vi fu un Paese, in cui l'indirizzo individualista nella vita economica celebrò i suoi trionfi, questo fu precisamente l'America. [...] Eppure, se vi è oggi un Paese in cui, a prescindere dalla Russia sovietica e dall'Italia corporativa, il processo di intervento statale nella vita economica sia stato più rapido e più intenso, ed abbia investito i più svariati settori di essa, dall'industria all'agricoltura, alle banche, agli investimenti, al lavoro, ecc.; un Paese in cui più completa è stata la "perdita della fede nella mano invisibile che guida l'uomo, magnificata da A. Smith", questo Paese è precisamente l'America» (pp. 337-338);

iv) il corporativismo avrebbe dovuto individuare un equilibrio tra la libera iniziativa e le esigenze ultra-individuali, così perseguendo la giustizia sociale quale meta superiore (sono di nuovo parole di Vito, che si leggono a p. 338): ecco, dunque, la dimensione sociale dell'economia (p. 339); ed ecco, in parallelo, l'esigenza di un diritto che funzionalizzi la libertà e le libertà in senso sociale. Proprio a partire dal dopoguerra, io direi, questo progetto di economia sociale e di diritto sociale si è realizzato in chiave democratica (e non sarà un caso che, nel 1947, Lorenzo Mossa fondasse la 'Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale', ancora oggi interessantissima, pur se ormai poco letta, perché è un testimone di quel passaggio, all'interno della dimensione sociale, e in questo senso diciamo pure anti-individuale, dalla dittatura alla democrazia).

Molto interessante, a questo punto, offrire allora in parallelo una sintetica visione del corporativismo (che non coincide affatto con il fascismo che, «alla fine degli anni Trenta, ai più appariva ben lontano dalla tradizione democratica americana», p. 352; anzi emerge il massimo sforzo di distinzione tra fascismo, nel senso di au-

toritarismo, di violenza politica, di antidemocrazia, e corporativismo, nel senso di dimensione sociale dell'economia, p. 339, di economia organizzata sotto l'alta direzione e il controllo dello Stato, p. 341, ove sono riferite parole di Bottai, e nel senso di riforma sociale, p. 342, ancora richiamandosi un intervento di Bottai) con occhi statunitensi.

Tra gli altri, Malpassi si sofferma su un lavoro di William Welk pubblicato nel 1938, contenente un dubbio circa la capacità del corporativismo di rappresentare una soluzione efficace per realizzare un ordine giuridico del mercato (p. 365). E ciò anche perché, ancora nel 1938, «la realizzazione dello stato corporativo appariva, in verità, soprattutto un “cantiere aperto”, persino troppo aperto per poter trarre delle conclusioni. L'unica valutazione che, in ogni caso, non sembrava oramai più contestabile era proprio quella sulla centralità dello Stato nell'esperimento italiano e che aveva fatto dell'organizzazione corporativa, sostanzialmente, un sistema di governo dell'economia operato per lo più dallo Stato e per lo Stato. Così, delle molte vie corporative percorribili, quella fascista sembrava, in definitiva, risolversi proprio in questo, e ‘soltanto’ in questo» (ivi).

Ciò che in particolare emerge (cfr. pp. 366-371) è che lo sguardo in parallelo e comparatistico, ma nella prospettiva della storia globale (per le puntuali ragioni che l'autore richiama nell'«Introduzione»), a cavallo di corporativismo e *New Deal*, è in grado di far emergere assai bene non solo il dibattito sottostante, e che inevitabilmente si intreccia tra Italia e Stati Uniti, ma soprattutto le notevoli differenze che hanno connotato i contesti che hanno poi condotto alla affermazione delle politiche corporativiste e delle politiche riconducibili a quell'area culturale molto vasta e anche conflittuale riconducibile al *New Deal*.

Inoltre, se «il corporativismo poteva essere [...] “molte cose” e non necessariamente una “via” verso l'autoritarismo» (p. 367), proprio lo sguardo sul *corporatism* statunitense può aprire una linea di ricerca certamente poco battuta. Ci si può chiedere se, nel dopoguerra italiano, non abbia trovato attuazione (o talune attuazioni, vista la pluralità delle declinazioni corporativiste anche italiane) un corporativismo finalmente liberato da quella gabbia autoritaria che, verosimilmente, non solo lo ha danneggiato in chiave politica rispetto a quelle esperienze sì interventiste, e che però mai abbandonarono l'alveo democratico (come appunto gli Stati Uniti d'America

– e, anche qui, nonostante vi fossero ‘corporativisti statunitensi autoritari’, a favore, cioè, di «un corporativismo [...] che avrebbe inciso non solo sull’organizzazione della produzione e del mercato, ma anche sull’ordine costituzionale, condividendo sul punto, dunque, la stessa ambizione di molti corporativisti italiani», p. 371), ma lo ha depotenziato rispetto alla possibilità stessa di un’attuazione di politiche interventiste.

Il libro di Malpassi anche su questo aspetto (probabilmente tra i più delicati, se non il più delicato, perché, nella direzione indicata, l’ipotesi di partenza è quella di una continuità – il dirigismo e la sopravvivenza di uno Stato corporativo –, pur in presenza di una discontinuità – appunto la democrazia) segna a mio avviso un punto rilevante e da valorizzare, proprio perché è certamente possibile individuare una linea comune tra *New Deal* e corporativismo: contrastare e anzi superare il vecchio individualismo affermando al contempo «un ruolo pro-attivo dello Stato nelle dinamiche economiche» (p. 370). Ecco infatti perché Henry A. Wallace, «che al corporativismo, e in particolare al suo tratto collaborativo, guardava con deciso interesse e da una prospettiva tutt’altro che tradizionale» (p. 375), «nel suo notissimo volume nel quale si voleva scorgere le *New Frontiers* del capitalismo e della democrazia americana, si finiva per considerare proprio la “cooperazione” quale risposta principale alla “domanda tormentosa” che si poneva, come stava scritto nella prefazione all’edizione italiana, non casualmente già pubblicata nel 1935 [...] “La parola d’ordine della nuova frontiera è “cooperazione”, così come quella della vecchia frontiera era “concorrenza individuale”» (pp. 375-376; e scrive Malpassi, a p. 376, nota 339: «Come in precedenza ricostruito con riferimento al lavoro di Roosevelt *La nuova strada*, la pubblicazione di *Nuovi Orizzonti* a opera dell’editore Einaudi nel 1935 non dovrà stupire e, al contrario, stava a dimostrare nuovamente l’interesse reciproco, nonché i[l] tentativo di assimilazione delle teorizzazioni del “nuovo corso” alla “rivoluzione” imposta dal fascismo: la prefazione a cura dell’editore italiano, d’altronde, non mancava di confermare come quest’opera prova[sse] ancora “che anche l’America andava ‘verso l’economia corporativa’»»).

Conseguentemente (e qui il riferimento va a Rexford Tugwell, teorico dell’istituzionalismo negli anni Venti, p. 379, e al suo lavoro più sistematico, *The Industrial Discipline and the Governmental Arts*,

del 1933, p. 380), c'era uno spazio (ma verosimilmente assai ristretto, negli USA; e appunto questo spazio si sarebbe poi invece allargato se pensiamo a molte delle politiche economiche e sociali dell'Italia della programmazione e della concertazione del secondo dopoguerra: e pure in questa chiave una riflessione in parallelo con le discussioni statunitensi è fondamentale) anche per una declinazione del corporativismo statunitense che includesse «una più marcata componente statualistica» (p. 380): «Nella sua [*scil.* di Tugwell] riflessione, infatti, la conciliazione degli interessi divergenti, considerata l'unica via atta a garantire un ordine realmente capace di essere tale nell'organizzazione sociale ed economica novecentesca, non poteva che realizzarsi sotto l'egida o all'interno dell'unico potere realmente capace di garantirne un concreto svolgimento: il governo. [...] [L]'attenzione alle forze sociali e alla loro irregimentazione era, del resto, uno dei tratti comuni a molte, se non a tutte, le declinazioni del corporativismo negli anni Trenta. Ripensare la società, prendere consapevolezza della sua mutata vitalità e rilevanza, non solo politica ma anche economica e giuridica, che spingeva verso una dimensione sempre più collettiva e sempre meno individualistica, rappresentava anche negli Stati Uniti la prima cesura da realizzare nei confronti della tradizione liberale. Immaginare un potere, quello governativo, capace di imporre l'interesse sociale e collettivo quale fine superiore rispetto a quello individuale e privatistico costituiva [...] una svolta non indifferente» (pp. 381-382).

Siamo qui, in sostanza, di fronte a quel 'planismo' (p. 389) che, «sposando l'ideale della "società organica", immaginava una più ampia collaborazione tra industriali, consumatori, e lavoratori, capace di consentire il raggiungimento di un benessere collettivo sotto l'egida dello Stato [...]» (ivi).

Se questo – pur molto sinteticamente richiamato – è il contesto della riflessione, in chiave giuridica ci ritroviamo di nuovo di fronte a quell'antiformalismo e a quel *Legal Realism* che soprattutto nell'opera di John Dewey trovano la loro base (p. 401): e proprio Dewey ebbe a definire la democrazia «come la realizzazione dell'attiva partecipazione degli individui [...]» (ivi). Osserva Malpassi: «Un'impostazione di tal genere poteva condurre persino a rinnegare la tradizionale *rule of law* per sostituirla, invece, con una diversa formulazione della democrazia in grado di accogliere forme di governo – e,

in particolare, di governo dell'economia – meno gravate dai controlli, principalmente giurisdizionali, sostituiti, invece, da procedimenti di composizione dell'ordine "corporatist and quasi-corporatist", e per questo in grado di assecondare il pluralismo americano. La teoria di Dewey, lungi da[1] rifiutare il sistema democratico, legittimava tanto procedimenti corporativi quanto quelli amministrativi perché ritenuti (entrambi e assieme) più capaci di garantire un effettivo riconoscimento del pluralismo, al contrario troppo esposto al rischio di condizionamento delle oligarchie economiche nel tradizionale modello liberale. Nella riflessione pragmatista, infatti, il rifiuto della *rule of law* era motivato dall'accusa alla tradizione individualistica e, conseguentemente, al principio tanto economico che giuridico del *laissez-faire*. Ciò che muoveva i "pragmatisti" americani era la volontà di riforma della struttura economica contemporanea, da informare, dunque, ai principi della democrazia industriale e della regolazione, finendo per avvicinarli alle visioni corporative dell'ordine» (pp. 401-402).

Il problema, al solito, è quello del limite dell'interventismo tanto politico-giuridico, quanto politico-economico, oggi come ieri come domani: la diversità dei contesti (e dunque l'indispensabilità di una ricostruzione il più possibile affidabile dei contesti, sia in chiave storiografica, rispetto al passato, sia in chiave empirico-conoscitiva, rispetto al presente) è decisiva per orientare non solo l'agire politico ma le stesse opzioni metodologiche, che vanno valutate e attuate in chiave funzionale (quando non ci muova, appunto, in una prospettiva strettamente storiografica). Altrimenti, avremo un panorama metodologico estremamente povero, laddove è indispensabile quella varietà metodologica che è appunto funzione della realtà, certo pur essa ricostruita in base a determinate scelte metodologiche, ma nella piena consapevolezza che si può e si deve giungere a una ricostruzione soddisfacente della realtà contestuale: anche qui, appunto, non certo in assoluto, ma relativamente a quello stesso contesto che di tale ricostruzione ha insopprimibile necessità, per evidenti ragioni teoriche e pratiche (e pure sotto questo punto di vista, la lezione crociana, direi, è più viva che mai).

Se non può stupirci – ma del resto neppure ci interessa, se non assai alla lontana –, ieri come oggi, un dibattito astorico e decontestualizzato sulla *rule of law* e sulle derive autoritarie – ieri, «di un po-

tere amministrativo svincolato dal tradizionale controllo delle corti [che] avrebbe potuto favorire un'inaccettabile deriva autoritaria, un vero e proprio "administrative absolutism"» (p. 407), e, oggi, di un giudiziario 'creazionista', – ciò che dovrebbe soprattutto interessarci, e risultare anche culturalmente mobilitante, sono il dibattito e le risposte fornite all'interno dell'attuale contesto democratico, nonché l'incidenza, diretta e indiretta, sulla giuridicità della dimensione democratica – intesa in senso assai lato e ramificato.

E infatti, fortunatamente disponiamo di tutti gli strumenti per poter distinguere tra autoritarismi e democrazie, e soprattutto disponiamo degli strumenti di reazione, onde poter difendere le contemporanee società aperte, che, come tali, però, impongono una riflessione e esigono una risposta circa l'idea di giuridicità contemporanea, proprio perché le forze motrici della trasformazione socio-politica sono sempre storicamente cangianti. Ma questo è un tratto ineliminabile (preoccupante e tuttavia fruttifero) della società aperta – già accennato in apertura di discorso –, che impone un pluralismo anche metodologico, altrimenti la fenomenologia sociale viene travolta da una ontologia concettuale come tale culturalmente autoritaria, quando non addirittura violenta.

La società aperta è una società dialettica, e l'intensità di questa forza dialettica non solo è un prodotto della stessa società, e dunque è a essa interna, ma è la esatta misura dello svolgimento democratico, al quale tutti partecipano, del quale sono tutti responsabili. Non ci possono essere, in questo senso, istituzioni o apparati estranei al contesto politico e sociale nel cui perimetro si attuano gli svolgimenti democratici. Ci può certo essere un conflitto interno alla democrazia, che è tutt'altra cosa, perché la stessa democrazia è da esso incisa. Ma il conflitto democratico si risolve in una dialettica democratica, che non distrugge quell'ordine democratico che è il fondamento stesso di un conflitto e di una dialettica democraticamente intesi.

Del resto, se sul finire degli anni Trenta il *New Deal* sembrava aver trasformato il ruolo della *judicial review*, perché «[s]i era posta fine, nella "democrazia economica" americana, alla tradizionale supremazia delle corti e, con essa, al mito fondativo dell'individualismo» (p. 411), oggi il ruolo della *judicial review* è ritornato protagonista in chiave promozionale di quell'individualismo democratico che si presenta ai nostri occhi quale principale novità della democra-

ticità contemporanea, e che però taluni leggono invece quale falsa coscienza di un denunciato 'democratismo' contemporaneo.

Si potrebbe forse dire: il variegato ma anche compatto (perché è innegabile che le linee di sviluppo, e anche di crisi, tanto del corporativismo quanto del *corporatism* presentino una evidente impronta di razionalità) quadro che emerge dal libro di Malpassi ci porta alla conclusione che gli assetti, e le avventure, di quella che nel lungo periodo e a pieno titolo possiamo ormai chiamare la 'nostra democrazia' hanno segnato un passaggio da un individualismo in certa misura autoritario a un corporativismo anch'esso altrettanto potenzialmente autoritario (come in concreto è stato, pur se solo parzialmente e forse anche frammentariamente, durante gli anni del fascismo), e hanno così «posto l'attenzione sulla dimensione collettiva della società e dell'economia» (p. 413).

Tutto, a questo punto, era ormai predisposto perché l'individuo ritornasse in primo piano, continuando quell'opera trasformativa che nel passato (anche recente) eravamo abituati ad affidare ai gruppi organizzati (p. 413).

Le vicende che hanno condotto dal corporativismo (e più in generale dal dirigismo) al neo-individualismo contemporaneo segnano così un'altra tappa anche della storia politico-sociale italiana, della quale siamo però tutti ancora protagonisti, oltre che osservatori.

MAURO GRONDONA

PASQUALE LAGHI, *Il testamento collettivo*, Napoli, ESI, 2022, pp. 456.

Si tratta di un libro importante, denso, che non tralascia i profili storici e comparatistici, il confronto con la dottrina classica e con quella più recente, soprattutto con la giurisprudenza. Un libro, anticipo, che va inquadrato in quel filone assai importante che tenta di modernizzare e riscrivere il diritto successorio in chiave assiologica-costituzionale.

L'incipit di Pasquale Laghi è fulminante per comprendere la portata della questione oggetto dell'indagine. Il testamento collettivo è una fattispecie incerta, espressione di un ossimoro, tanto da essere in genere aprioristicamente ostracizzata in dottrina. In realtà, l'Autore subito sottolinea che i caratteri della personalità e della unilateralità hanno sì in materia una portata prevalente, ma non assoluta. Si legge in tal senso che il divieto di testamento collettivo è oggi un dogma, tale da contribuire al diffuso senso di inadeguatezza che circonda il sistema successorio italiano (p. 31). La prospettiva dell'A. è di valorizzare le esperienze di altri sistemi giuridici, che riconoscono al testamento collettivo dignità di istituto autonomo.

Nel diritto romano, né la bilateralità dell'atto né l'irrevocabilità dello stesso definivano il paradigma delle volizioni illecite in ambito ereditario. Ciò che rendeva illecita la manifestazione volitiva era la sua idoneità a coartare la volontà del disponente (p. 82). In epoca moderna, nei confronti del testamento collettivo vi fu una limitazione della sua ammissibilità negli ordinamenti di ispirazione romanistica, mentre in quelli di ispirazione germanica tese a prosperare (p. 132). L'esperienza francese ad es. precludeva l'adozione dell'istituto; l'*ordonnance* del 1735 all'art. 77 vietò i testamenti collettivi sull'intero territorio francese. Parimenti si può leggere nel *Code civil* del 1804 che detta una disposizione generalista (art. 968) di inammissibilità. In Germania, ammesso il testamento collettivo, la que-

stione più controversa era la sua revocabilità. In tema, l'ABGB del 1811, al § 1248 espressamente permetteva ai coniugi, nello stesso atto, di istituirsi reciprocamente eredi, ovvero di istituire un terzo, ammettendo la possibilità della revoca unilaterale da parte di uno dei disponenti senza che da essa ne seguisse automaticamente quella dell'altro. L'assetto regolamentare più evoluto dell'istituto è quello presente nel BGB, che ha circoscritto la fattibilità del testamento congiuntivo ai soli coniugi ed ai "partners di vita" (§ 2265).

De iure condendo, l'A. delinea la possibile applicazione del testamento collettivo nel diritto italiano. L'istituto potrebbe acquisire una propria individualità nei rapporti familiari, sia nell'ipotesi di coppie prive di prole, sia in ipotesi di pluralità di figli (p. 420). Le maggiori difficoltà tuttavia rimangono certamente per la revocabilità; da ammettersi solo per via espressa, e inefficace se ignorata dall'altro disponente; sopravvenuta la morte del co-testatore, il potere di revoca dovrebbe ritenersi estinto salva la rinuncia all'eredità o la legato a proprio favore.

In conclusione. Una segnalazione – la nostra – più che una recensione, sol che il volume di Laghi meriterebbe ben altro spazio e sforzo di approfondimento rispetto a questo. Si tratta in realtà di (almeno ben) tre libri in uno: vi è come scrivevo sopra lo scritto storico, quello comparatistico, quello puramente civilistico che si lascia apprezzare soprattutto per la ricostruzione e le prospettive di riforma tratteggiate *de iure condendo* (cap. IV, sez. settima, pp. 411 ss.). Un libro di livello europeo, da studiare attentamente e al quale va auspicata fortuna.

CRISTIANO CICERO

AUTORI

FRANCESCO ARCARIA

Professore ordinario nell'Università di Catania

ALBERTO MARIA BENEDETTI

Professore ordinario nell'Università di Genova

EMANUELE BILOTTI

Professore ordinario nell'Università Europea di Roma

ROBERTO CALVO

Professore ordinario nell'Università della Valle d'Aosta

ALICE CHERCHI

Professoressa associata nell'Università di Cagliari

CRISTIANO CICERO

Professore ordinario nell'Università di Cagliari

VALENTINA CORONA

Professoressa associata nell'Università di Cagliari

PAOLOEFISIO CORRIAS

Professore ordinario nell'Università di Cagliari

MARIA FRANCESCA CORTESI

Professoressa associata nell'Università di Cagliari

RICCARDO FERCIA

Professore ordinario nell'Università di Cagliari

MAURO GRONDONA

Professore ordinario nell'Università di Genova

SILVIA IZZO

Professoressa associata nell'Università di Cagliari

SARA LANDINI

Professoressa ordinaria nell'Università di Firenze

ALESSANDRA LEUZZI

Assegnista di ricerca nell'Università di Cagliari

CONSTANTIN WILLEMS

Philipps-Universität Marburg

Regolamento
STUDI ECONOMICO-GIURIDICI
e
STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

1. Il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari intende dare continuità allo storico periodico Studi economico-giuridici, ISSN 1971-5692, ISSN-L 1971-5692, Codice CDU 33, Codice rivista P 00059105 in ACNP e classificati come rivista scientifica dall'ANVUR, che per più di un secolo, dal 1909, è stato ininterrotta espressione dei plurimi percorsi scientifici espressi dalla Facoltà giuridica cagliaritana.
2. Gli «Studi economico-giuridici» avranno cadenza annuale con fascicoli semestrali ed ospiteranno, nel segno del pluralismo scientifico e metodologico che da sempre caratterizza il periodico, ricerche scientifiche di studiosi italiani e stranieri in materia giuridica ed economica.
3. Organi degli Studi economico-giuridici sono il Direttore responsabile, il Comitato di direzione, il Comitato scientifico di valutazione, il Comitato esterno di valutazione, il Comitato editoriale.
4. Il Comitato di direzione è composto, su richiesta dell'interessato, dai professori ordinari in servizio presso il Dipartimento di giurisprudenza che vantino il possesso delle soglie scientifiche per il ruolo di commissario nelle procedure di Abilitazione Scientifica Nazionale e dai Professori emeriti in materie giuridiche dell'Università di Cagliari. Il Direttore responsabile è eletto dal Comitato di direzione tra i suoi componenti e assume con la carica le funzioni di coordinatore del Comitato.
5. Il Comitato scientifico e il Comitato di valutazione sono composti da professori ordinari in servizio presso gli Atenei italiani che vantino il possesso delle soglie scientifiche per il ruolo di commissario nelle procedure di Abilitazione Scientifica Nazionale nei settori concorsuali di afferenza, nonché da professori emeriti e da studiosi stranieri titolari di cattedra secondo l'ordinamento del proprio Paese.
6. Il Comitato editoriale è composto, su richiesta dell'interessato, dai ricercatori e dai professori associati afferenti al Dipartimento purché vantino il possesso delle soglie scientifiche per il conferimento dell'Abilitazione Scientifica Nazionale alla qualifica di professore associato per i ricercatori, e alla qualifica di professore ordinario per gli associati.

7. Tutte le ricerche saranno pubblicate all'esito del referaggio positivo *double-blind peer-review* a cura del Direttore responsabile o da un componente del Comitato di direzione a ciò espressamente delegato. La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato, in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR. Il referee si impegna a valutare obiettivamente il materiale ricevuto, motivando adeguatamente i giudizi espressi in maniera chiara ed esplicita all'interno di una scheda di valutazione, che contiene criteri uniformi di valutazione di ogni singolo contributo.
8. Per la procedura di revisione il Direttore responsabile, su incarico del Comitato di direzione, potrà avvalersi di uno o più componenti del Comitato esterno di valutazione e/o eccezionalmente di altri referees esterni scelti tra studiosi, anche stranieri, afferenti a Università o enti, centri studio o istituti di ricerca, di comprovata esperienza.
9. Al fine di garantire l'assoluta e completa trasparenza delle procedure di referaggio, tutte le schede di valutazione dei referees sono conservate in un archivio custodito sotto la responsabilità del Direttore o di altro componente del Comitato di direzione delegato.
10. Il Comitato di direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di scritti provenienti da Autori anche stranieri, di autorevolezza e prestigio tali che il loro contributo costituisce di per sé ragione di pregio per gli Studi economico-giuridici.
11. L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo in altra rivista o in banche dati, senza il consenso scritto del Comitato di direzione.
12. Il periodico recepisce i valori espressi nel Codice Etico dell'Università di Cagliari e alle norme contenute nel Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche (Approvato con delibera del Consiglio Direttivo ANVUR n. 42 del 20/02/2019); a tali valori e norme si conforma integralmente.
13. Il periodico si cita *St. Cagliari*.

Finito di stampare
nel novembre 2023
Grafica elettronica - Napoli

