UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI

DELLA

FACOLTÀ GIURIDICA

nuova serie

Dieci anni, un secolo

I nuovi Annali camerti on line

VOLUME X – ANNO 2021

CAMERINO

2021

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI

DELLA

FACOLTÀ GIURIDICA

nuova serie

VOLUME X – ANNO 2021

CAMERINO

2021

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Ignazio Buti, Ignacio De Cuevillas Matozzi, Antonietta di Blase, Luigi Ferrajoli, Giulio Illuminati, Fabian Klinck, Luigi Labruna, Franco Modugno, Pietro Perlingieri, Ingo Reichard, Rosalía Rodríguez López, Martin Josef Schermaier

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Rocco Favale

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, *condirettori*;
Maria Pia Gasperini, Maria Paola Mantovani, Marta Cerioni,
Antonella Merli, Agostina Latino

CONTATTI

rocco.favale@unicam.it – felice.mercogliano@unicam.it

SEGRETERIA

Scuola di Giurisprudenza − Università degli Studi di Camerino
Via D'Accorso c/o Campus Universitario
I - 62032 Camerino (MC)

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla valutazione positiva mediante doppio referaggio in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Scuola di Giurisprudenza. Università di Camerino.

INDICE SOMMARIO

DIECI ANNI, UN SECOLO
I NUOVI ANNALI CAMERTI *ON LINE*

STUDI

1 JUAN ESPINOZA ESPINOZA, *El pago indebido o la* solutio indebiti

37 FABIAN KLINCK, *La formazione del BGB e il valore dei materiali preparatori per la sua interpretazione odierna*

57 ROBERT KORVES, *Recht mit anderen Worten – nur quasi dasselbe Sulla traduzione giuridica*

95 ROCCO FAVALE, *Autonomia privata e crisi coniugale*

119 MARIA JOSÉ CERVILLA GARZÓN, *Analisi dei provvedimenti giudiziari che stabiliscono gli effetti del matrimonio poligamico sul diritto alle prestazioni sociali e dell'incidenza su di essi della dottrina spagnola*

149 SANDRA WINKLER, *L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto di famiglia*

165 MARIA PAOLA MANTOVANI, *Il diritto dei contratti nell'era delle nuove tecnologie*

187 JEAN-SÉBASTIEN BORGHETTI, *Retour sur l'article 1382 du code Napoléon*

209 FELICE MERCOGLIANO, *Riflessioni su responsabilità e inadempimento in Betti*

223 GIOVANNI VARANESE, *Leonardo Coviello, Gabriele Faggella e la* culpa in contrahendo

243 SUNG-MAO HUANG, *Die Überarbeitung des Schuldrechts im Zivilgesetzbuch von Taiwan Eine Bestandsaufnahme mit Fokus auf den Wettbewerb der verschiedenen Regelungsmodelle*

269 MARIA PIA GASPERINI, *La revisione degli strumenti ADR nella legge delega di riforma della giustizia civile: niente di nuovo (per ora) sul fronte consumeristico*

289 ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ, *El daño a la persona en el derecho civil peruano Recepción, desarrollo y desafíos*

319 CARLA GULOTTA, *Riflessioni in tema di responsabilità sociale d'impresa e* governance *societaria nell'Unione europea*

343 ANTONELLA MERLI, *La solidarietà e altri strumenti di contrasto al covid-19 tra libertà e coercizione*

365 MARCO NADDEO, *Anticorruzione e antiriciclaggio:* criminal networks *e modelli di prevenzione a confronto*

381 SARA SPUNTARELLI, *La dichiarazione dello stato di emergenza in Italia: presupposti e limiti*

NOTE

395 GIUSEPPE VERTUCCI, *Contratti online e profili sulla conclusione del contratto*

415 MARIA GABRIELLA ROSSI, *Il figlio maggiorenne non economicamente indipendente: gli sviluppi sulla sua partecipazione al processo nella crisi familiare (accanto) al "genitore riferimento per le esigenze del figlio"*

RILEGGENDO

435 FELICE MERCOGLIANO, *Rolf Knütel (1939-2019). Un ricordo*

441 COSIMO CASCIONE, *Tra storie e leggenda: i camei di Alberto Filippi*

445 ELENCO AUTORI

JUAN ESPINOZA ESPINOZA*

El pago indebido o la solutio indebiti**

"Nec novum, ut quod alius solveir alius repetat[1]".

(D. 12,6,5: Ulpiano 16 ad Sabino).

Sumario: 1. Definición. – 2. El derecho de repetición. – 3. Radiografía del pago indebido. – 4. Tutela resarcitoria y tutela restitutoria ¿Hay contradicción entre los arts. 207 y 1267 c.c.? Error a efectos de la anulabilidad frente al error a efectos de la devolución de lo pagado indebidamente. Carga de la prueba del error. – 5. Diferencia del pago indebido con el enriquecimiento sin causa. Los modelos legislativos que apuntan a su tratamiento unitario. La posición del Código civil peruano. – 6. Clasificación: el pago indebido objetivo y el subjetivo. ¿Tratamiento unitario? – 7. El pago indebido en las relaciones jurídicas trilaterales. – 8. Las obligaciones accesorias a la restitución: frutos e intereses. – 9. Enajenación del bien recibido como pago indebido. – 10. El plazo prescriptorio y ley aplicable de acuerdo al Derecho Internacional Privado. – 11. Los casos en la jurisprudencia nacional. – 12. Conclusiones.

1. *Definición*

El pago indebido consiste en la ejecución de una prestación que no se debe. Es objetivo cuando la prestación que se ejecuta es sobre la base de un título inexistente, inválido o ineficaz. Es subjetivo cuando el que cumple ejecuta una prestación por error.

En el momento fisiológico de una relación juridica patrimonial (obligación) por regla general, quien ostenta la situación jurídica del deudor, será el llamado a cumplir con el pago,

* *Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

[1] "No es nada nuevo que, cuando uno ha pagado, otro pida la restitución".

ejecutando la prestación debida (*solvens*) y el acreedor quien la recibirá (*accipiens*). Sin embargo, en el momento patológico (y es el caso del pago indebido) se presenta la no correspondencia entre el solvens (como *deudor*) o del accipiens (como *acreedor*).

Autorizadamente se enseña que "todo pago constituye ejecución de una prestación en favor de otra persona, y determina la realización de una atribución patrimonial en favor o en beneficio de ésta. Para que un acto de prestación o de atribución pueda ser calificado como pago es menester que encuentre su fundamento y su razón de ser en una previa obligación que a través de él se cumple. La calificación de un acto como pago exige no sólo la voluntad de llevar a cabo un acto de cumplimiento (*animus solvendi*), sino también su objetivo fundamento en la preexistencia de la obligación que se cumple (*causa solvendi*). El pago en cuanto tal, es un acto que despliega una función solutoria y que encuentra su causa en la existencia de una previa obligación"[2]. De ahí que, el pago indebido es "la ejecución de una prestación que no se debe"[3].

Entonces, "cuando la previa obligación no existe, el *solvens* tiene que disponer de una acción dirigida a obtener la restitución de aquello que hubiese entregado *solvendi causa* y, si esto no fuera posible, de su equivalente pecuniario"[4]. Autorizada doctrina nacional entiende que el pago indebido "constituye una fuente heterónoma de relaciones obligatorias. Es decir, es un caso donde la relación obligatoria no se constituye por voluntad de los sujetos sino de manera impuesta (o forzosa) por el Estado. En concreto, se trata de un supuesto de hecho legalmente tipificado"[5].

2. *El derecho de repetición*

Si se ha configurado un pago indebido, le asiste al *solvens* (quien ejecutó el pago) el **derecho a la repetición o restitución** de lo pagado en cabeza del *accipiens* (quien recibió el pago indebido).

[2] Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *Las relaciones obligatorias*, II, Civitas, quinta edición, Madrid, 1996, p. 514.
[3] Cesare Massimo BIANCA con la colaboración de Mirzia Bianca, *Istituzioni di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 274.
[4] Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *Las relaciones obligatorias*, II, cit., p. 514.
[5] Luciano BARCHI VELAOCHAGA, *"Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal". Algunas consideraciones sobre la regulación del pago indebido en el Código Civil peruano*, en *Ius et veritas*, Año XVI, No. 33, Lima, 2006, p. 80.

Se afirma, con razón, que "la repetición del pago indebido se cataloga en el sistema actual, como una acción de carácter personal, dirigida a la pura recuperación de la prestación no debida, a ejercitarse frente al *accipiens* o a sus herederos"[6]. Excepcionalmente, en el sistema peruano, el *solvens* puede actuar directamente contra el tercero adquiriente a título gratuito de buena fe (art. 1270, tercer párrafo, c.c.). En este sentido, "el contenido del deber de restitución dependerá de la buena o de la mala fe del *accipiens*; es decir, dependerá si el *accipiens* recibe el bien en la creencia que le era debido o si lo recibe siendo consciente del error del *solvens*"[7].

En el caso que el objeto de la restitución sean **bienes fungibles**, "la naturaleza recuperatoria de la acción de repetición ha inducido a la doctrina a considerar que, hasta cuando no se verifique la confusión del patrimonio del *accipiens*, este último está obligado a restituir justamente lo que haya recibido. (…) Verificada la confusión, la restitución no podría suceder sino con el pago del *tantundem eiusdem generis* (otro tanto de la misma especie y calidad), con la consiguiente aplicación del principio *genus nunquam perit* (el género nunca perece)"[8]. Por otro lado, fieles auna óptica de extrema coherencia con este criterio, "debería considerarse irrelevante el hecho que las cosas hayan sido consumidas o transformadas: quien las ha recibido, por tanto, estaría obligado a reintegrar el *tantundem*"[9].

Si el objeto de la restitución se trata de **bienes determinados**, "la disciplina de la acción de repetición requiere que el *accipiens* restituya el mismo bien"[10]. Autorizadamente se explica que "la restitución de los bienes muebles se realiza mediante la entrega. Tratádose de bienes muebles registrados o de títulos de crédito, la entrega debe ser acompañada al cumplimiento de los actos formales que se necesitan para absolver las cargas de publicidad y para obtener la legitimación cartular. La restitución de los bienes inmuebles transferidos en propiedad requiere un acto escrito de retransferencia susceptible de inscripción. En via judicial, tal resultado puede ser conseguido solicitando una sentencia de ejecución en forma específica, que produzca efectos retraslativos"[11]. En este caso, "la acción de repetición, teniendo

6 Elena BARGELLI, *Introduzione*, en *Ripetizione d'indebito*, a cura de Elena Bargelli, UTET, Torino, 2014, p. 7.
7 Luciano BARCHI VELAOCHAGA, *"Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal"*, cit., p. 80.
8 Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, en *Ripetizione d'indebito*, a cura de Elena Bargelli, UTET, Torino, 2014, p. 75.
9 Elena BARGELLI, *Perimento e deterioramento della cosa determinata indebitamente ricevuta*, en *Ripetizione d'indebito*, a cura de Elena Bargelli, UTET, Torino, 2014, pp. 347-348.
10 Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., pp. 77-78.
11 Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 799.

por finalidad la readquisición por parte del *solvens* de la titularidad del derecho precariamente transferido al *accipiens*,se configurará como pretensión obligatoria de la retransferencia de la propiedad"[12].

La eventualidad de la restitución por equivalente está limitada cuando la *res* se haya perdido o extraviado y no sea materialmente posible la restitución[13]. Es importante tener en cuenta si el *accipiens* actuó de buena o mala fe, al recibir el bien. Asi, en el primer caso, viene el auxilio el art. 1271 c.c., el cual establece que "responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido". También ha de tenerse presente el art. 1268 c.c., el cual prescribe que: "queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor".

Si el *accipiens* obró de mala fe, como se verá, de acuerdo al art. 1269 c.c., "responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre", salvo que acredite la causalidad alternativa hipotética.

Si se trata de la restitución de **prestaciones de hacer (o de no hacer)**, ha de tenerse en cuenta la primera parte del art. 1276 c.c., el cual establece que las reglas contenidas en el capítulo que regula el pago indebido "se aplican, en cuanto sean pertinentes". En este caso, dada la ontológica imposibilidad de la restitución *in natura*, la restitución sería por equivalente. Una línea interpretativa va en el sentido que "para determinar el objeto de la obligación restitutoria es oportuno, por tanto, individualizar el valor económico de la prestación de hacer, quedando firme que el dato histórico del acuerdo pueda fungir de referencia"[14]. El segundo párrafo del citado numeral precisa que:

"En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado, si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios".

---

[12] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, Cedam, Padova, 2009, p. 97.
[13] Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 78.
[14] Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 80.

Se debe tener en cuenta que no cabría invocar la repetición de lo pagado indebidamente cuando se trate de deudas prescritas, deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin ilícito, tal como lo prescribe el art. 1275 c.c.:

"No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.

Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar".

A propósito de los deberes morales o de solidaridad social, que un sector de la doctrina denomina "obligaciones naturales", el acto de cumplimiento de los mismos si, bien es un negocio jurídico atributivo, se afirma que "si la prestación realizada en cumplimiento de un deber moral o social es irrepetible (…) no es porque, *ex post*, el ordenamiento valoriza el *acto* de la ejecución del *debitum* (naturale), sino, al contrario, en cuanto considera, *ex ante*, la programación de intereses directa, a través la atribución negocial, de la satisfacción del deber no jurídico en consideración de una *justificación causalmente* adecuada, *sub specie iuris*, para soportar el desplazamiento patrimonial"[15].

La irrepetibilidad de lo pagado por el *solvens* para obtener un fin inmoral o ilícito, no debe entenderse "a la luz de una sanción civil de su conducta (*in thesi*, porque es mayormente) reprobable, ni de una exclusión de la tutela jurídica por parte de quien se ha demostrado indigno de la misma, o de un mecanismo de justicia correctiva, dirigido a re-equilibrar una relación ilícita parcialmente actuada: esta sirve, mas bien, para disuadir la anticipada ejecución de aquella prestación que es ordinariamente necesaria para desencadenar toda la secuencia inmoral, en cuanto es normalmente indispensable para requerir la prestación (del *accipiens*) a través de la cual (más bien por medio de la primera) se consuma efectivamente el compromiso de los valores que expresan la conciencia colectiva"[16].

3. *Radiografía del pago indebido*

[15] Fulvio GIGLIOTTI, *Del pagamento dell'indebito. Obbligazioni naturali, Art. 2034*, en *Il Codice Civile. Commentario*, fundado por Piero Schlesinger y dirigido por Francesco Donato Busnelli, Giuffrè, Milano, 2014, p. 192.
[16] Fulvio GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume, Art. 2035*, *Il Codice Civile. Commentario*, fundado por Piero Schlesinger y dirigido por Francesco Donato Busnelli, Giuffrè, Milano, 2015, p. 113.

El art. 1267 c.c. regula al pago indebido subjetivo, cuando establece lo siguiente: "El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió".

Una atenta doctrina[17] individualiza como supuestos de pago indebido por **inciativa unilateral del *solvens***: "los casos de falta de cualquier simulacro de fuente de la obligación (como en la vasta área del pago indebido tributario), a los pagos cuantitativamente excedentes del importe debido, a aquellos realizados a un sujeto distinto de quien está legitimado a recibir, o efectuados sucesivamente a la extinción de la relación obligatoria in origen efectivamente existente". También hay otro grupo de casos que son los casos de pago indebido como resultado de **pérdida de efectos *ex post* del título justificativo del desplazamiento patrimonial**, como "las prestaciones, si bien, basadas en un título negocial, pero no debidas (o convertidas en repetibles) como consecuencia de la declaración de nulidad, de anulación, o del ejercicio de un remedio sinalagmático que determina la disolución del contrato (como la resolución o la rescisión) o del derecho de *recesso* (apartamiento unilateral del contrato), o al operara otra causa de pérdida de efectos *ex post* (como la condición resolutoria), o en fin, en caso de negocios preparatorios, a causa de la falta de perfeccionamiento del contrato definitivo)"[18].

Si bien es cierto que el pago indebido propende a ser "un marco normativo común a todas las hipótesis de ineficacia o de pérdida de efectos de un contrato"[19], en el caso de las "restituciones contractuales" , no se trata de un "supuesto monolítico e indiferenciado"[20]. Piénsese en la restitución debida a la resolución por imposibilidad de la prestación (art. 1431 c.c.) o en el caso de rescisión por lesión (art. 1452 c.c.).

Asimismo, se entiende que es importante individualizar[21]:

a) **La actividad mediante la cual se manifiesta el esquema típico del pago indebido**. Partiendo de la premisa conceptual que el esquema típico del pago indebido presupone

[17] Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 18.
[18] Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., pp. 18-19.
[19] Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 23.
[20] Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 26.
[21] Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 9.

una actividad entre *solvens* y *accipiens,* se observa que "el comportamiento del *solvens* corresponde al cumplimiento o a la imagen del cumplimiento de una prestación. Por el lado del *accipiens*, la actividad en la cual se manifiesta el esquema típico del pago indebido presupone recibir la prestación, es decir un comportamiento que -sea precedido o no de la pretensión de cumplimiento- haga como mínimo objetivamente posible para el *solvens* la ejecución de la prestación"[22].

b) **El objeto de la actividad solutoria, es decir del pago**. Si bien es cierto que el art. 1267 c.c. hace referencia a quien "entrega a otro algún bien o cantidad en pago", el pago indebido no se configura sólo en el supuesto de las obligaciones de dar. De conformidad con el art. 1276 c.c., las mismas reglas se aplican "en cuanto sean pertinentes" en las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer. La segunda parte de este texto legal establece que: "en tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado, si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios".

c) **Los requisitos de capacidad necesarios para quien efectúa y para quien recibe la prestación.** Respecto a la capacidad del *solvens*, al asumir el art. 1267 el modelo del pago indebido subjetivo, forzosamente quien "incurre en error de hecho o de derecho" debe ser (de acuerdo al art. 140.1 c.c.) un sujeto con "plena capacidad de ejercicio". Por el lado del *accipiens*, también debe tener "plena capacidad de ejercicio". El desastroso D.Leg. No. 1384 ha derogado el art. 228 c.c., el cual regulaba lo siguiente: "Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho".

En este escenario, "en una situación en la cual no subsiste una *acceptio* conciente, el ordenamiento la compensa con la valoración objetiva de la ventaja obtenida por el *accipiens*"[23]. Con la derogatoria del art. 228 c.c., se ha generado un incomprensible vacío en el caso que se haya hecho -por ejemplo- un pago a un menor de 16 años, al cual aún se le califica como "incapaz absoluto" (art. 43.1 c.c.).

[22] Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., pp. 7-8.
[23] Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 64.

d) **El sujeto legitimado activo y pasivo para ejercer la acción de repetición.** Se considera que, en línea de principio, "el legitimado activo para ejercer la acción de repetición sea el sujeto al cual es jurídicamente imputable el pago y legitimado pasivo el destinatario jurídico del pago"[24]. Sin embargo, es otro el escenario que se presenta en el caso de las relaciones jurídicas trilaterales. Piénsese en el caso de una novación subjetiva por delegación (art. 1281 c.c.) en la cual el deudor que se sustituye realiza el pago indebido o en una novación por expromisión (art. 1282 c.c.), que puede efectuarse incluso contra la voluntad del deudor primitivo y que el nuevo deudor haya hecho el pago indebido.

En puridad, nos encontramos frente a una fuente autónoma de obligaciones. Por ello concuerdo con la autorizada doctrina argentina que sostiene que "metodológicamente, el "pago indebido" debió ser tratado junto a las restantes fuentes de obligaciones, como una Sección autónoma, después de la gestión de negocios y antes de la Sección destinada al enriquecimiento sin causa"[25].

4. *Tutela resarcitoria y tutela restitutoria ¿Hay contradicción entre los arts. 207 y 1267 c.c.? Error a efectos de la anulabilidad frente al error a efectos de la devolución de lo pagado indebidamente. Carga de la prueba del error*

Se parte de la premisa que se debe "proteger la tutela restitutoria de una contaminación con el area resarcitoria"[26], evitando sobreposiciones, así como a entender "como daño resarcible la mera restitución de lo pagado indebidamente"[27]. En efecto, la función que disciplina el pago indebido "es la de recuperar utilidades valuables económicamente, pasadas del *solvens* al *accipiens* en ausencia de una válida *causa solvendi*"[28]. Si bien el art. 207 c.c. establece que "la anulación del acto por error no da lugar a la indemnización antre las partes", y el art. 1267 c.c. prescribe que quien "por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió", debe tenerse presente que **la tutela resarcitoria** (a la que se refiere el art. 207 c.c**.) es diversa de la restitutoria** (a la que

[24] Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 11.
[25] Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Repetición del Pago Indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina*, en *Thémis*, No. 23, Lima, 1992, p. 68.
[26] Chiara PASQUINELLI, *La restituzione dei frutti*, en *Ripetizione d'indebito*, *cit.*, p. 438.
[27] Chiara PASQUINELLI, *La restituzione dei frutti*, cit., p. 445.
[28] Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 58.

alude el art. 1267 c.c.), por cuanto "con el remedio resarcitorio se reacciona *contra el daño producido* en la esfera patrimonial del sujeto, asegurándole una forma de compensación pecuniaria que, más que eliminar materialmente el daño, lo neutraliza en sentido económico"[29]. En cambio, "con el remedio restitutorio no se tiene en cuenta el daño (ni importa qué daño patrimonial de haya producido) sino la *sola alteración de una situación de hecho y/o de derecho*, alteración que se debe eliminar, restableciendo la situación original y también el vigor de las normas"[30]. Entonces, "es necesario naturalmente que esta alteración y/o cambio tenga carácter ilegítimo, es decir, sea *contra ius* o que, al límite, no encuentre justificación en las normas, o sea *sine causa*"[31]. Por ello, en caso de anulación por error no cabe la indemnización; pero sí restitución, si hubo un pago indebido. Cierto es que simultáneamente se puede solicitar, al juez o árbitro, la anulación de un acto jurídico y la devolución de lo pagado indebidamente; sin embargo, nos encontramos con un problema respecto del **plazo prescriptorio**: si se invoca la anulabilidad, es de dos años (art. 2001.4 c.c.); pero si se invoca el pago indebido, se cuenta con cinco años (art. 1274 c.c.). También hay supuestos en los cuales la pretensión sólo busca la restitución de lo pagado (y no la declaración de invalidez). Es el caso de quien ha pagado por error dos (o más) veces una misma cuota en un contrato de tracto sucesivo.

El art. 1273 c.c. regula la **carga de la prueba del error** en el pago indebido de la siguiente manera: "Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone recibió.

Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagadas. Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada" (el subrayado es mío).

[29] Adolfo di MAJO, *La tutela civile dei diritti*, tercera edición, Giuffrè, Milano, 2001, p. 302.
[30] Adolfo di MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 302.
[31] Adolfo di MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 302.

Siguiendo calificada doctrina nacional[32], de este artículo, se debe entender que: a) la regla general es que el *onus probandi* del error pesa sobre quien efectuó el pago indebido. Tal sería el caso -por ejemplo- del pago en exceso. b) Si quien recibió el pago indebido lo niega; pero el *solvens* demuestra el pago, este último queda relevado de toda prueba respecto del error. c) En los supuestos especiales de pago sin causa y doble pago, opera la presunción *iuris tantum* del error en el pago. d) Sin embargo, "el sujeto demandante deberá demostrar que "la prestación nunca se debió o que esta ya había sido pagada", y sólo una vez cumplido con ello, operará la presunción del error" [33].

En el caso del **pago a un acreedor aparente** *ex* art. 1225 c.c. se "extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo"; pero el acreedor real está legitimado para solicitar la restitución de lo pagado al acreedor aparente, invocando el art. 1954 c.c., via **enriquecimiento sin causa indirecto**, supuesto caracterizado "por el hecho que el sujeto enriquecido producto de un determinado desplazamiento de riqueza no coincide con el sujeto con el cual el empobrecido tiene una relación jurídica directa"[34]. En el ordenamiento jurídico italiano, la solución es diversa, por cuanto el art. 1189 del c.c.ita. establece que "quien ha recibido el pago está obligado a la restitución respecto al acreedor verdadero, según las reglas establecidas para la repetición del pago indebido". En nuestro sistema no se podría recurrir a esta *condictio*[35], por cuanto el art. 1267 c.c. sólo legitima a quien "por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago"…y el acreedor real no es quien realizó el pago indebido (en el caso propuesto). Es por ello que en el análisis del pago indebido, no nos debemos limitar a identificar el desplazamiento material que media entre *solvens* y *accipiens* , sino en la efectiva imputación jurídica. Así, "la relevancia del carácter de indebido no se debe buscar en el plano *estructural* del acto, sino en el de la justificación causal de la atribución"[36].

---

[32] Felipe OSTERLING PARODI y Mario CASTILLO FREYRE, *Tratado de derecho de las obligaciones*, Vol. III, segunda edición, ECB Ediciones-Thomson Reuters, Lima, 2014, pp. 1439-1441.
[33] Jorge BELTRÁN PACHECO, *Comentario al artículo 1273 c.c. Carga de la prueba del error*, en *Código Civil Comentado*, Tomo VI, *Derecho de las Obligaciones*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 669.
[34] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 276.
[35] Pretensión dirigida contra el enriquecido para que entregue lo que, constituyendo un desplazamiento patrimonial sin causa, le enriqueció injustamente.
[36] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 91.

5. *Diferencia del pago indebido con el enriquecimiento sin causa. Los modelos legislativos que apuntan a su tratamiento unitario. La posición del Código civil peruano*

Si bien es cierto que el **pago indebido y el enriquecimiento sin causa** pertenecen a la categoría de los **remedios restitutorios**[37], hay una clara diferencia, por cuanto "en el enriquecimiento injustificado se debe devolver a la otra parte no lo que se ha recibido, sino aquello de lo cual se ha enriquecido. El perfil aquí es el del *titulus retinendi*, es decir un titulo que justifique la conservación del aumento patrimonial: título cuya falta justifica la obligación de devolver el enriquecimiento conseguido sin causa"[38]. En el pago indebido, "el intento práctico perseguido por quien paga es siempre de una transferencia onerosa debida, en función de un correspectivo; pero puesto que después este corrrespectivo se revela insubsistente, la ley opera, en este caso, una conversión interpretativa de aquel típico intento, haciendo surgir, respecto de quien ha recibido lo indebido, una obligación de restituir lo que se le ha dado y, correlativamente, un derecho de repetir correspondiente a quien ha pagado"[39]. A ello debe agregarse que, dentro de nuestro sistema, en el pago indebido subjetivo, el desplazamiento patrimonial ha sido ocasionado por error; mientras que en el enriquecimiento sin causa, este vicio de voluntad es irrelevante para su configuración. Otra característica del enriquecimiento sin causa es su residualidad, la cual no ostenta el pago indebido.

El art. 1954 c.c. establece que: "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

Este artículo debe ser interpretado sistemáticamente con el art. 1955 c.c. que, a la letra expresa que: "La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización".

El enriquecimiento sin causa es un remedio residual[40]. Atenta doctrina afirma que "la regla de la subsidiariedad es razonable e incluso necesaria en aquellos sistemas en los que la

[37] Paolo GALLO, *Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042, Il Codice Civile. Commentario*, fundado por Piero Schlesinger y dirigido por Francesco Donato Busnelli, Giuffrè, Milano, 2003, p. 32.
[38] Emilio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III. *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 57-58.
[39] Emilio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III. *Fonti e vicende dell'obbligazione*, cit., p. 115.
[40] En este sentido, Marinella BASCHIERA*, La non doverosità. Parte generale*, en *Ripetizione d'indebito*, *cit.*, p. 99.

acción de enriquecimiento está normativamente configurada como un mero remedio residual de equidad"[41]. Ello es perfectamente aplicable en el ordenamiento jurídico peruano. Siempre en la línea de la subsidiariedad, se afirma que el enriquecimiento sin causa, "permite la recuperación de lo que se ha prestado indebidamente en los límites del efectivo enriquecimiento obtenido por el *accipiens*. Este, exige además, la prueba del correlativo enriquecimiento y empobrecimiento, respectivamente, del *accipiens* y del *solvens*; la indemnización es, en general, calculada sobre la base de la menor suma entre enriquecimiento y empobrecimiento. Presupuesto de la disciplina del pago indebido, en cambio, es el pago no debido que se ha realizado, independientemente de la prueba de un enriquecimiento efectivo por parte del *accipiens* y de un correlativo empobrecimiento del *solvens*"[42].

En el pago indebido, "es irrelevante la valoración objetiva del eventual enriquecimiento, puesto que se considera suficiente la valoración subjetiva de la aceptación"[43].

El pago indebido está dirigido "en via prioritaria al objetivo restablecimiento de la situación antecedente a la ejecución de la prestación, a través de la obligación de restitución *in natura*"[44]. El enriquecimiento sin causa "está, en linea de principio, orientado a la compensación de las esferas patrimoniales desequilibradas por efecto de un enriquecimiento causalmente vinculado al empobrecimiento de otro y carente de una justa causa: a través de una indemnización que -generalmente se considera deuda de valor- es calculada a la luz de la menor suma entre enriquecimiento y empobrecimiento"[45].

Sin embargo, existen modelos legislativos que apuntan al tratamiento unitario de ambas fuentes de obligaciones: "ello permite diluir el problema de la demarcación entre las dos fuentes no contractuales y de poner a disposición de los intérpretes reglas generales, capaces de ofrecer soluciones flexibles, armónicas y coherentes sin impedir, al mismo tiempo, eventuales articulaciones internas en los diversos tipos de enriquecimiento injustificado"[46].

---

41 Carles VENDRELL CERVANTES, *El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: Historia, Derecho Comparado y propuestas de modernización*, dirigido por Pedro Del Olmo García y Xabier Basozabal Arrue, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 324.
42 Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 62.
43 Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 63.
44 Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 29.
45 Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 30.
46 Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 33.

Ejemplo de ello es el § 812 *BGB*, que a la letra expresa que: "1. Quien a través de un acto prestado por otro, o de cualquier otra manera, adquiera algo a expensas de este último sin causa jurídica, está obligado a restituírselo. Esta obligación subsiste incluso si la causa jurídica desaparece posteriormente o si el resultado que se pretendía conseguir mediante una prestación de acuerdo con el negocio jurídico no se produce. 2. El reconocimiento de la existencia o no existencia de una relación obligatoria, si se realiza bajo contrato, también se considera que es una prestación"[47] (el subrayado es mío).

También el art. 203, del Libro 6, del Código civil holandés regula lo siguiente: "1. El que haya dado a otro son fundamento jurídico un bien, está con derecho a reclamarlo del destinatario como pagado indebidamente. 2. Cuando el pago indebido se refiera a una suma de dinero, entonces se extiende la acción a la devolución de un importe igual. 3. El que haya realizado sin fundamenteo jurídico una prestación de distinta naturaleza tiene igualmente frente al destinatario derecho a su deshacimiento"[48].

En favor de tal dirección se orientan, entre los textos de derecho europeo de matriz doctrinaria, los Principios del Derecho Europeo sobre el Enriquecimiento Injustificado, que forman parte del *Draft Common Frame of Reference*. En este texto "sobre las huellas de la codificación alemana, se acoge una definición amplia del "*Unjustified Enrichment*""[49].

En cambio nosotros, fieles a la tradición francesa, hemos preferido tratar a ambas instituciones de manera separada. En efecto, la actual regulación del pago indebido, se inspira en el modelo seguido en el código civil de 1936 y de 1852[50]. En lo que al enriquecimiento sin causa se refiere, el art. 1954 c.c. "equivale al artículo 1149 del Código Civil de 1936, del cual difiere únicamente en que confiere al desposeído un derecho indemnizatorio, mientras que el Código anterior le concedía un derecho restitutorio"[51]. En puridad, nos encontramos

47 Emilio EIRANOVA ENCINAS traducción del *Código Civil Alemán. Comentado. BGB*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 259.
48 Juan Guillermo VAN REIGERSBERG VERSLUYS, *Derecho Patrimonial Neerlandés*, traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo código civil, Gráficas Urania, Málaga, 1996, pp. 6-37 a 6-38.
49 Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 33.
50 Felipe OSTERLING PARODI y Carlos CARDENAS QUIROS, *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil. (Las Obligaciones),* de *Código Civil V, Exposición de Motivos y Comentarios*, compilado por Delia Revoredo De Debakey, Industria Avanzada, Lima 1985, p. 410.
51 Delia REVOREDO DE DEBAKEY, *Comentarios. Enriquecimiento sin causa*, de *Código Civil VI, Exposición de Motivos y Comentarios*, compilado por Delia Revoredo De Debakey, OKURA, Editores Lima, 1985, p. 775.

frente a un "doble régimen de prestaciones no debidas"[52], que bien han podido ser reguladas unificadamente.

6. *Clasificación: el pago indebido objetivo y el subjetivo. ¿Tratamiento unitario?*

El pago indebido se clasifica en: **pago indebido objetivo,** "cuando el que cumple ejecuta una prestación en base a un título inexistente o ineficaz"[53] y en **pago indebido subjetivo**, "Cuando el que cumple ejecuta una deuda ajena en la errónea creencia de ser el deudor"[54].

La nota característica del pago indebido **objetivo** es "la ausencia de un fundamento que justifique la prestación"[55]. El Código civil italiano regula en el art. 2033 esta figura de la siguiente manera: "Quien ha efectuado una pago indebido tiene el derecho a repetir lo que ha pagado. Tiene además derecho a los frutos y a los intereses desde el días del pago, si quien lo ha recibido actuó de mala fe; o si era de buena fe, desde el dia de la demanda".

Según un consolidado orientamiento jurisprudencial en esta experiencia jurídica, "la falta de una válida *causa solvendi* se verifica tanto en los casos de contratos nulos o anulados, como en las hipótesis de rescisión, resolución o ineficacia en sentido estricto del contrato"[56]. Es recurrente la siguiente máxima: "Hay pago indebido objetivo o porque falta una causa originaria justificativa del pago (*condictio sine causa*) o porque la causa de la relación, originalmente existente, viene a menos después en virtud de eventos sucesivos que han puesto en la nada la relación misma (*condictio ab causam finitam*)"[57].

En doctrina, se contesta esta clasificación, afirmando que "en el ámbito del pago indebido denominado objetivo se consideran incluidos tanto el defecto absoluto originario, como el defecto absoluto sobreviniente: no distinguiéndose entre *condictio ab causam finitam* y *condictio indebiti sine causa*"[58]. Incluso, en el caso que el defecto sea absoluto u originario, se debe distinguir si se trata de un supuesto negocial, "en la hipótesis en la cual el título justificativo

[52] Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 62.
[53] Cesare Massimo BIANCA con la colaboración de Mirzia Bianca, *Istituzioni di Diritto Privato*, cit., p. 274.
[54] Cesare Massimo BIANCA con la colaboración de Mirzia Bianca, *Istituzioni di Diritto Privato*, cit., p. 274.
[55] Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 12.
[56] Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 58.
[57] Casación No. 1554, del 26.05.71, citada por Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 58.
[58] Marinella BASCHIERA*, La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 117.

exista"[59] o no negocial "en la hipótesis que el título justificativo de la atribución no haya existido válidamente"[60].

De ser así, si bien el Código Civil peruano no contiene una regulación similar a la del homólogo italiano, **sí podemos identificar -en determinados supuestos- el pago indebido objetivo**: piénsese en el caso de la resolución de un contrato. El segundo y tercer párrafo del art. 1372 c.c. establecen lo siguiente: "La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben rembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento" (el subrayado es mío).

En efecto, la restitución de las prestaciones producto de la resolución de un contrato (declarada judicial o arbitralmente), encaja en el supuesto de *condictio ab causam finitam* (o defecto absoluto sobreviniente negocial) y habría que restituir las prestaciones pagadas indebidamente desde el momento en que se produjo la causal que motivó la resolución. Aunque no está regulado expresamente, la misma regla se aplicaría en un acto declarado nulo (salvo la restricción del art. 1275 c.c.). Este podría ser el caso un contrato cuyo objeto sea jurídicamente imposible: aquí estamos en un supuesto de *condictio indebiti sine causa* (o defecto absoluto originario no negocial).

La doctrina que vengo siguiendo distingue[61], dentro del pago indebido **subjetivo**, al: a) pago indebido ***ex latere accipientis***, que se configura "cuando el deudor, que es efectivamente titular de una obligación en base a un título válido y eficaz, ejecuta la prestación debida a un sujeto jurídicamente no legitimado para recibirla"[62]. En otras palabras, un deudor por error, paga a quien no es su acreedor. b) Pago indebido ***ex latere solventis***, que se presenta "cuando un sujeto no obligado realiza una prestación en favor de un *accipiens* que resulta ser efectivamente titular de un derecho de crédito, cuyo lado pasivo -sin embargo-

[59] Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 118.
[60] Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 118.
[61] Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 115.
[62] Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 115.

grava sobre un sujeto diverso"[63]. O sea, un acreedor de una obligación determinada acepta por error el pago de quien no es su deudor. c) Pago indebido **mixto**, como autorizadamente se sostiene "a menudo, a distintos títulos justificativos corresponden pagos exteriormente idénticos. Puede derivar un contraste entre *solvens* y *accipiens*, cuando el pago esté implícitamente referido por el primero a una obligación diversa respecto a aquella presupuesta por el segundo. Y un mismo pago podría, según el punto de vista elegido, configurarse como un pago indebido *ex latere accipientis* o como un pago indebido *ex latere solventis*"[64]. En otras palabras este supuesto se configuraría cuando "el pago o la prestación hayan sido imputados por las partes a obligaciones diversas, una por aquella a la que ha sido imputada por la contraparte"[65]. En resumidas cuentas, ambos incurren en error. No obstante, se discute la autonomía conceptual de esta figura[66].

Es importante tener en consideración que frente a los intereses del *solvens* y del *accipiens*, también concurre el del tercero que resultaría ser el verdadero deudor o acreedor (evidentemente, cuando se configure dicho supuesto de hecho). En efecto, "el pago indebido puede interferir de diversas maneras con una relación obligatoria realmente existente. Los dos esquemas fundamentales, elaborados sobre la base de una rica casuística, se refieren a hipótesis en las cuales, de tal relación sean titulares, respectivamente, un acreedor o un deudor diversos respecto a los sujetos que han recibido o efectuado el pago"[67]. Se agrega que, "en ambos casos, además del interés que corresponde a los sujetos del pago indebido, asume relieve el interés de un tercero, que resulta ser efectivo acreedor o efectivo deudor del pago recibido por el no-acreedor o efectuado por el no-deudor"[68].

Ahora bien, en el caso del pago indebido *ex latere accipientis* "la imputación del pago a la ejecución de la relación, el deudor -titular de la situación de desventaja activa (obligación), pero frente a un sujeto diverso- no será liberado"[69]. En el escenario del pago indebido *ex latere solventis* "aunque viciado, se debe necesariamente reconocer que el interés creditorio del

63 Marinella BASCHIERA*, La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 115.
64 Umberto BRECCIA, *Indebito (ripetizione del)*, en *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1989, 6.
65 Marinella BASCHIERA*, La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 115.
66 Marinella BASCHIERA*, La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 115.
67 Umberto BRECCIA, *Indebito (ripetizione del)*, cit., p. 5.
68 Umberto BRECCIA, *Indebito (ripetizione del)*, cit., p. 5.
69 Marinella BASCHIERA*, La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 116.

accipiens ha sido efectivamente satisfecho por el pago, aunque sea trámite de una actividad no debida del *solvens*"[70].

El siguiente cuadro puede permitir una mejor comprensión de esta clasificación:

Momento fisiológico

Solvens	***Accipiens***
Deudor	Acreedor

Momentos patológicos

Pago indebido *ex latere accipientis*

Solvens	***Accipiens***
Deudor que incurre en error	Sujeto no legitimado a recibir el pago

No se extingue la obligación. Salvo el caso del acreedor aparente.

El deudor debe pagar al acreedor real. Se aplica el art. 1267 c.c.

Pago indebido *ex latere solventis*,

Solvens	***Accipiens***
Sujeto no obligado que incurre en error	Acreedor de otra obligación distinta

Extingue la obligación. El *solvens* va via enriquecimiento sin causa con el verdadero deudor.

Como ya fuera señalado, el art. 1267 c.c. regula al pago indebido subjetivo. A efectos de tutelar a quien lo ha realizado, se requieren de **dos condiciones específicas para que proceda la repetición**[71]: a) el error de hecho o derecho del *solvens*. b) El hecho que el *accipiens* no haya sido privado en buena fe del título o de las garantías del crédito.

Si bien es cierto que la causa que origina el pago indebido subjetivo es el error de hecho o de derecho**, no siempre el error del *solvens* da lugar a la repetición**. En efecto, el art. 180 c.c. dicta que: "El deudor que pagó antes del cumplimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho de repetición".

[70] Marinella BASCHIERA*, La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 117.
[71] Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 42.

A nivel nacional, se entiende que "el error en este campo supone conocer la existencia de un término, pero no conocer su fecha, o lo que es igual, se tiene un conocimiento equivocado. La ignorancia es otra cosa distinta: es creer la no existencia del plazo y, por tanto, que la obligación es exigible, lo que equivale a falta absoluta de conocimiento"[72], agregándose que "demostrada la ignorancia, la devolución debe incluir los intereses legales devengados desde la entrega anticipada"[73]. Otro sector sostiene que "la ignorancia es ausencia de conocimiento y como tal se asimila al error, que es un vicio de la voluntad (…) que puede hacer anulable el acto jurídico. De ahí, que la ignorancia deba entenderse respecto a la existencia del plazo o de la oportunidad de su cumplimiento o de la fecha de su vencimiento, pues nada obsta para que el deudor concientemente efectúe un pago anticipado"[74]. En mi opinión, si bien estoy de acuerdo que no hay diferencia sustancial alguna entre ignorancia y error, sí es relevante respecto de que "situación" recaen. Por ello, si el deudor paga antes de la fecha del término inicial creyendo que éste es antes de lo acordado, el error no da lugar a la repetición. Entendiéndose este supuesto respecto del término de cumplimiento. Si el error (que el art. 180 c.c. llama ignorancia), recae en la creencia que no había plazo, si hay repetición. En los efectos prácticos, al ser sumamente difícil probar este segundo supuesto, se termina siempre en la irrepetibilidad de lo pagado. No debemos olvidar que la regla es la exigibilidad inmediata del pago (*statim debetur*), la cual está descrita en el art. 1240 c.c.[75].

La diferencia entre el pago indebido objetivo y subjetivo, "está en el hecho que en el primer caso el pago no es debido a nadie, mientras que en el segundo caso no es debido por la persona que lo ha efectuado, sino por un tercero: por consiguiente, el *solvens* es una persona diversa del efectivo deudor de la relación jurídica del cual la prestación es objeto"[76].

En el escenario del pago indebido objetivo, como sería el caso (por ejemplo) de la resolución por incumplimiento o el de una declaración de nulidad **¿se le debería dar el mismo tratamiento concedido al pago indebido subjetivo (con las consecuencias jurídicas previstas en los arts. 1268 al 1276 c.c.)?** La respuesta correcta es la negativa. Así,

[72] Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *El negocio jurídico*, 2ª edición, Grijley, Lima, 1994, p. 340.
[73] Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *El negocio jurídico*, cit., p. 340.
[74] Fernando VIDAL RAMIREZ, *El Acto Jurídico*, cuarta edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 308.
[75] Para esta parte, permítaseme remitir a mi *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Cuarta Edición, actualizada, aumentada, revisada, Instituto Pacífico, Lima, 2017, 317-318.
[76] Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 42.

"el hecho que, en el momento en el cual se realizan, las prestaciones encuentran fuente en un vinculo negocial válido y eficaz, induce a considerar que no sea posible reconstruir propiamente en términos de buena o mala fe, el estado subjetivo del perceptor que es, en cambio, relevante en el ámbito de la disciplina del pago indebido"[77] (en el caso del Código civil peruano, la que está regulada en los arts. 1267 a 1276 c.c.).

En efecto, "se debe tener en cuenta que el punto de apoyo sobre el cual rueda el mecanismo restitutorio de la repetición del pago indebido es que la prestación no debida sea tal en el momento en el cual ésta venga ejecutada: solo respecto a un contexto similar tiene sentido verificar el eventual contraste entre realidad jurídica y realidad putativa, entre la existencia de un derecho de crédito y representación subjetiva del *accipiens*. Si la prestación es debida, y las partes saben que es debida, no existe antítesis entre situación de derecho y situación de hecho, entre el acuerdo que ha generado desplazamientos patrimoniales y la relativa percepción en el fuero interno del *accipiens*, de tal manera que un juicio en términos de buena o mala fe subjetiva resulta inapropiado y quizá inconcebible"[78].

En resumidas cuentas, a) por razones didácticas, es posible reconstruir en el ordenamiento jurídico nacional la clasificación de pago indebido objetivo y subjetivo. b) En el supuesto del pago indebido subjetivo, la prestación que da origen a la restitución resulta indebida al momento de su ejecución. En este escenario, sí es posible determinar la buena o mala fe del *accipiens*. Por ello resulta aplicable lo regulado en los arts. 1268 a 1276 c.c. c) En en supuesto del pago indebido objetivo, la prestación que da origen a la restitución resulta indebida *ex post* a su ejecución: por ello, no cabe determinar -en línea de principio- la buena o male fe del *accipiens*. En consecuencia, no resulta aplicable lo regulado en los arts. 1268 a 1276 c.c.

En esta línea interpretativa, se sostiene que "las razones de la incompatibilidad de las disposiciones relativas a los estados subjetivos con los casos de restituciones que resultan de la disolución del contrato se individualizan en particular en la circunstancia que al momento en el cual la prestación se realiza, ésta es debida. Lo que debería, por sí, excluir la mala fe del

[77] Luca GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 15.
[78] Luca GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., pp. 15-16.

accipiens que haya recibido lo que se le debía, aunque -sucesivamente- el contrato haya sido disuelto, incluso con efectos retroactivos"[79].

7. *El pago indebido en las relaciones jurídicas trilaterales*

Se advierte que, en el mundo contemporáneo "la obligación pecuniaria termina, fatalmente, por ser cumplida a través de la intermediación de un tercero"[80]. Tal es el caso del pago a través de un cheque. Por ello, con la expresión **relación trilateral**, "se entiende abrazar la realidad fenoménica por la cual un pago privado de una causa que lo justifique es realizado, o es recibido por un sujeto diverso, respectivamente del deudor o del acreedor"[81]. La nota característica es que el deudor actúa a través de un tercero, el cual -a su vez- realiza el pago indebido. Ello hace la diferencia con los supuestos de **pago indebido bilaterales** (en los cuales el deudor -o quien cree que lo es- efectúa el pago al acreedor (o a quien cree que lo es). Así, "en los supuestos de hecho bilaterales el criterio suscitato deriva de la propia validez de la circunstancia que el pago no involucra algún otro sujeto sino a aquel que materialmente realiza o recibe la prestación; lo mismo no se puede decir en presencia de una relación trilateral, donde se pone la necesidad de considerar la posición de un sujeto tercero que, aún siendo extraño a la realización concreta del pago, está involucrado en el mismo desde el punto de vista jurídico, en cuanto, por ejemplo, es aquel que ha encargado al *solvens* de su ejecución"[82].

En efecto, frente al esquema bilateral de *solvens-accipiens*, se encuentra el esquema trilateral de *solvens-solvens sub specie iuris-accipiens*[83].

De esta manera, el pago puede ser realizado: a) por el auxiliar del deudor (art. 1325 c.c.). b) Por un tercero que actúa en autonomía respecto al deudor y espontáneamente, sin haber recibido un encargo en tal sentido. Como sería la novación por expromisión (art. 1282 c.c.). c) Un tercero que, siempre actuando en autonomía e incluso, habiendo sido encargado,

[79] Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 87.
[80] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 3.
[81] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 3.
[82] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 118.
[83] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 15.

no rebela al *accipiens* de actuar conforme al (y por cumplimiento del) encargo recibido. Como sería el actuar del mandatario (art. 1790 c.c.). d) Por un sujeto que declara al acreedor, en el momento del pago -siempre realizado en autonomía del deudor- de actuar en ejecución del *iussum* (declaración de voluntad que tiene por objeto completar un determinado negocio jurídico que en su momento no se configuró de forma total) establecido. Como sería la novación por delegación (art. 1281 c.c.).

La relación trilateral surge porque el pago indebido es realizado por el auxiliar o por el tercero. Para que se configure, "es necesario que la atribución patrimonial pueda ser jurídicamente imputada, sea a la relación que media entre el *solvens* material y el sujeto que no ha participado materialmente en el pago, sea a la relación que media entre este último y el *accipiens* material, sea, en algunos casos, también a la relación entre *solvens* y *accipiens* materiales, hipótesis en la cual se estará en presencia de una triple imputación jurídica de la misma relación"[84]. Se perfila así otra característica esencial de esta figura, que es "la imputabilidad jurídica, a dos o a tres relaciones, de una misma atribución patrimonial, apta para desplegar efectos jurídicos sobre (al menos) dos de las relaciones que median entre los diversos sujetos involucardos en la operación del pago"[85].

En el caso del **pago hecho por el auxiliar**, debe tenerse en cuenta su ausencia de autonomía y la "ensimismación" de su actuar con el del deudor. Por ello, "si el que cumple opera en calidad de auxiliar no puede hablarse propiamente de intermediación en el pago, no siendo posible contraponer un *solvens sub specie iuris* a un *solvens* material"[86].

Una subdivisión, que debe hacerse en las relaciones trilaterales, se basa en el hecho que el pago realizado represente, en la relación entre *solvens* y *accipiens*, una atribución *directa* o *indirecta*. En el primer caso, "autor de la prestación, desde el punto de vista jurídico, deberá considerarse el mismo sujeto que materialmente lo cumple"[87]. En la atribución indirecta, "la atribución patrimonial deberá considerarse jurídicamente proveniente de un sujeto diverso el *solvens* material"[88].

[84] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 16.
[85] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 16.
[86] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 18.
[87] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 26.
[88] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 26.

Un supuesto de **atribución directa** lo encontramos en el caso del **cumplimiento por un tercero**. En efecto, el art. 1222 c.c. establece que: "Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan. Quien paga sin asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago".

Una atenta doctrina nacional apunta que "el tercero actúa autónomamente, es decir sin ser representante, gestor, mandatario, auxiliar, etc."[89]. Entonces, en el caso del pago realizado por un tercero, "la ejecución y la recepción de la prestación se justifican a la luz de una misma *relación causal*. El cumplimiento de la obligación ajena justifica, en efecto, sea el empobrecimiento del *solvens* que el enriquecimiento del *accipiens*; es, en otros términos, reconocido por el ordenamiento como una *iusta causa traditionis* del pago entre *solvens* y *accipiens*"[90].

Al contrario, las características del fenómeno conocido como **atribución (o prestación) indirecta**, pueden individualizarse[91]: a) en una atribución patrimonial de un sujeto en favor de otro, el cual no tendría ningún derecho al pago frente al primero. b) En la vinculación que, en virtud de la intención de las partes, se establece entre dicha atribución y las relaciones fundamentales, pre-existentes o sucesivas, entre cada uno de los sujetos entre los cuales se produce el pago y un tercero. c) En el hecho que, en razón de tal vinculación, la atribución realizada actúa simultáneamente, extinguiéndolas, modificándolas o creándolas, las dos relaciones fundamentales que median entre cada una de las partes y un tercero.

En estos casos, se propone individualizar la **imputabilidad jurídica del pago indebido**, criterio en el que se perfila "un orden lógico, antes que cronológico, entre las dos operaciones, conceptualmente distintas, de la imputación del pago a una determinada relación y de la imputación del mismo a un determinado sujeto"[92]. Se debe tener en cuenta que "la declaración del *solvens* de pagar por cuenta de cierto sujeto está en grado de determinar la imputación del pago, por un lado, a la relación que transcurre entre el *solvens* y el pretendido

[89] Eric PALACIOS MARTÍNEZ, Comentario al artículo 1222 c.c. Pago realizado por tercera persona, en *Código Civil Comentado*, Tomo VI, cit., p. 464.
[90] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 27.
[91] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 27.
[92] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 144.

encargante; por el otro, a la relación entre el pretendido encargante y el *accipiens*"[93]. Por ello, "la condición necesaria para que la prestación sea jurídicamente imputada al ordenante, conforme a la declaración de imputación realizada por el *solvens*, esté representada por la efectiva subsistencia de un acto de iniciativa del sujeto por cuenta del cual se actúa, o de una situación de apariencia creada culposamente por éste"[94].

En efecto, en el caso de cumplimiento del tercero, "será el propio *solvens*, en calidad de autor jurídico del pago, a repetir cuando se descubra que el *accipiens* no tenía el derecho a la prestación"[95]. Por ello, "el tercero que cumple la obligación ajena actúa sobre la base de la existencia de un crédito (determinado) del *accipiens* y para la realización del mismo"[96].

Piénsese en el caso de un contrato de seguro vehicular en el cual, ocurrido un siniestro, la aseguradora, por error, paga la cobertura a una persona distinta del beneficiario. En este caso, no obstante la aseguradora es un tercero respecto de la obligación del asegurado, tiene expedito su derecho para repetir, de acuerdo al art. 1267 c.c.

8. *Las obligaciones accesorias a la restitución: frutos e intereses. El reembolso*

El tratamiento que brinda el Código civil peruano varía si el *accipiens* acepta el pago indebido de buena o de mala fe. En efecto, "el conocimiento de la no obligatoriedad de la prestación recibida integra la mala fe del *accipiens* y tiene relevancia sobre el plano del inicio de la obligación de restitución de los frutos y de los intereses, así como de la responsabilidad restitutoria por la pérdida, deterioro y la alienación del bien recibido"[97]. Se constata "un evidente *favor* hacia quien ha recibido el pago de buena fe"[98] y que además "debe excluirse que el aparente agravamiento de la obligación del que recibe de mala fe -que debe restituir los frutos desde el día del pago- tenga una función resarcitoria: la deuda del *accipiens*, justo porque es de carácter restitutorio, puede considerarse plenamente cumplida sólo cuando la devolución de la cosa o de la suma no debida comprenda también los accesorios"[99].

[93] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 149.
[94] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 174.
[95] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 185.
[96] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 209.
[97] Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 64.
[98] Chiara PASQUINELLI, *La restituzione dei frutti*, cit., p. 406.
[99] Chiara PASQUINELLI, *La restituzione dei frutti*, cit., p. 407.

Si se acepta el pago indebido de **buena fe**, de acuerdo al art. 1271 c.c., debe: a) restituir los intereses o frutos percibidos. b) Responde de la pérdida o deterioro del bien sólo en la parte en cuanto se ha enriquecido.

Una atenta doctrina, entiende, en posición que comparto que el art. 1271 c.c. debe ser interpretado sistemáticamente con los arts. 907, 908 y 910 c.c. En efecto, "el artículo 1271 debe leerse en el entendido que el *accipiens* de buena fe debe restituir los frutos percibidos desde el momento que se percate que el bien no le era debido o, en todo caso, desde la fecha de la notificación de la demanda. Y como desde ese momento se considera poseedor de mala fe deberá concordarse con el artículo 910 y, por tanto, "si no existen (los frutos), a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir""[100].

Si el *accipiens* acepta el pago indebido de **mala fe**, conforme al art. 1269 c.c., debe: a) pagar el interés legal cuando se trate de capitales o los frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera, desde la fecha del pago indebido. b) Responder de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre.

El *accipiens* mala fe puede de liberarse de esta responsabilidad, si acredita una causa alternativa hipotética, es decir, si prueba que la causa no imputable habría afectado al bien del mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó. En la causalidad alternativa hipotética tenemos dos cursos causales: el curso causal real (que efectivamente produce el daño) y el curso causal hipotético (que no se produjo; pero que de haberse producido igual iba a ocasionar el mismo daño)[101].

El modelo legislativo nacional se alínea al italiano al equiparar la situación del *accipiens* de mala fe con la *mora debendi ex* art. 1336 c.c. En efecto, "la *ratio* de la regla en cuestión, reside en la exigencia de hacer sufrir todo evento sobreviniente al *accipiens* de mala fe, conciente de no estar legitimado a recibir (o a retener) el bien y de deberlo restituir: una exigencia común (…), a propósito de la *mora debendi*"[102]. A diferencia del modelo italiano, en el peruano, se admite la causalidad alternativa hipotética en ambos supuestos, mientras que

[100] Luciano BARCHI VELAOCHAGA, *"Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal"*, cit., p. 81.
[101] Sobre esta parte, permítaseme remitir a mi *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, Novena Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2019, 425-429.
[102] Elena BARGELLI, *Perimento e deterioramento della cosa determinata indebitamente ricevuta*, p. 358.

el italiano lo contempa expresamente en la mora y no el el pago indebido de mala fe. No obstante, en doctrina se propone el recurso a la analogía[103].

Curiosamente, en doctrina se ha advertido, en materia de intereses, que el *accipiens* de mala fe tiene una situación más ventajosa que el de buena fe. Así, "el *accipiens* de buena fe debe restituir los intereses percibidos, lo que supondría, por ejemplo, restituir intereses sobre la base de la TAMN (aproximadamente 25% efectivo anual) que es lo máximo que podría cobrar si hubiera prestado el dinero recibido indebidamente. En cambio, el *accipiens* de mala fe debe pagar sólo el interés legal, aunque hubiese percibido intereses mayores. El interés legal es la tasa pasiva moneda nacional TIPMN que a la fecha es aproximadamente 3% efectiva anual"[104].

Respecto a los **reembolsos**, el art. 2040 c.c.ita. establece lo siguiente: "A quien le ha sido restituida la cosa, le corresponde reembolsar al poseedor los gastos y las mejoras, de acuerdo a los artículos degli artt. 1149, 1150, 1151 e 1152".

Se afirma que, "a diferencia de la restitución de los frutos, con referencia a los reembolsos relativos a los gastos realizados para efectuar reparaciones ordinarias y extraordinarias o mejoras (o adiciones que constituyen mejoras) de la cosa recibida, la norma reenvía expresamente a las disposiciones que regulan la posición del poseedor sin título frente al propietario y, en tal modo, equipara al primero con el *accipiens indebiti*. Dentro de los limites impuestos por las normas citadas, este podrá ostentar, frente al *solvens*, un derecho de crédito al reembolso de los gastos y a una indemnización por las mejoras y las adiciones"[105].

Nuestro Código civil carece de similar norma; pero, en este caso, cabría aplicar el art. 893 c.c., el cual establece que: "Para el cómputo de los frutos industriales o civiles, se rebajarán los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos".

En efecto, "para la obtención de excedentes económicos el titular del *ius fruendi*, o el tercero en su caso, incurre en gastos generados ya sea por el acopio, la manufactura o la recaudación de los mismos. En estricto sólo podemos hablar de frutos una vez que se haya efectuado el descuento de dichos gastos. La deducción de gastos tiene un obvio justificante económico: la utilidad sólo puede ser apreciada si a los ingresos que obtenemos se restan los

[103] Elena BARGELLI, *Perimento e deterioramento della cosa determinata indebitamente ricevuta*, p. 359.
[104] Luciano BARCHI VELAOCHAGA, *"Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal"*, cit., p. 83.
[105] Chiara PASQUINELLI, *La restituzione dei frutti*, cit., p. 446.

gastos en que incurrimos. Solo de esta forma se pueden apreciar los resultados reales de la actividad económica. Más aún, permite apreciar si nos encontramos ante la hipótesis de pérdida"[106].

De ello se deduce que, en línea de principio, existe el derecho al reembolso por los gastos realizados por el *accipiens indebiti*, los cuales serán deducidos al *solvens* de los frutos a los que tiene derecho.

No obstante, se debe tener presente que "evidente es que la *ratio* de la obligación de reembolso resida en una exigencia de tutela del *accipiens* que, al utilizar una cosa sobre la cual no tiene derecho, enfrenta un sacrificio económico y determina una ventaja para el *solvens*. Controvertido, sin embargo, es si el renvío a la disciplina posesoria constituya el índice de una asimilación general del *accipiens indebiti* al poseedor sin título o si, al contrario, sea el síntoma de la intención de limitar la equiparación con respecto a los reembolsos"[107].

Por ello, este derecho de reembolso, "más que expresar una asimilación entre *accipiens indebiti* y poseedor sin título, está dirigido esencialmente a remediar un empobrecimiento del *accipiens* frente a un enriquecimiento injustificado del *solvens*"[108]. Considero, dado el marcado trato diferenciado que se da al tratamiento brindado por nuestro código civil al pago indebido, en atención al comportamiento del *accipiens indebiti*, que el derecho al reembolso precedería respecto del *accipiens* de buena fe; pero no al de mala fe. En efecto, no se debería recompensar, a quien con su conducta ha generado esta situación.

9. *Enajenación del bien recibido como pago indebido*

En este supuesto, también nos encontramos con una diversidad de tratamiento no sólo de la buena o mala fe del *accipiens* que recibió el pago indebido, sino del tercero a quien le fue enajenado el bien. Asimismo, se tiene en cuenta si la transferencia ha sido a título gratuito u oneroso.

Respecto de la enajenación del bien recibido como pago indebido de **buena fe**, el art. 1272 c.c. precisa lo siguiente: "Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la

[106] Javier PAZOS HAYASHIDA, Cómputo de los frutos industriales o civiles, Comentario al art. 893 c.c., en *Código Civil Comentado*, Tomo V, Derechos Reales, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 68.
[107] Chiara PASQUINELLI, *La restituzione dei frutti*, cit., p. 448.
[108] Chiara PASQUINELLI, *La restituzione dei frutti*, cit., pp. 448-449.

acción para hacerlo efectivo. Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados.

En el escenario del primer párrafo, "resulta oportuno considerar que el tercero adquiere a *título derivativo* del *accipiens indebiti*, a su vez hecho titular de las *res* como consecuencia del pago indebido: ello parece confirmar que el carácter indebido en el supuesto de hecho del pago traslativo no sea obstáculo para la producción, aunque sea precaria, del efecto real"[109].

Sintetizando lo señalado en el artículo 1272 c.c., doctrina nacional elaboró la siguiente tabla[110]:

	ACCIPIENS	**TERCERO**	**TÍTULO**	**CONSECUENCIAS**
1	Buena fe	Buena fe	Oneroso	El *accipiens* restituye el precio del bien o cede la acción para hacerlo efectivo.
2	Buena fe	Buena fe	Gratuito	El *accipiens* restituye el bien.
3	Buena Fe	Mala fe	Oneroso	1) El *accipiens* restituye el bien.

[109] Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 98.
[110] Luciano BARCHI VELAOCHAGA, *"Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal"*, cit., p. 87, quien afirma que "El hecho que el *accipiens* enajene el bien, no lo libera de la obligación de restituir los frutos y los intereses percibidos conforme lo previsto en el artículo 1271" (*cit.*).

				2) El tercero está obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados.
4	Buena fe	Mala fe	Gratuito	1) El *accipiens* restituye el bien. 2) El tercero está obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados.

Con referencia a la enajenación del bien recibido como pago indebido de **mala fe**, el art. 1270 c.c. precisa lo siguiente: "Si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectúo el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.

En caso que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios. Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien. En este caso, sin embargo, sólo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe".

Sintetizando lo señalado en el artículo 1270 la doctrina que vengo siguiendo propone la siguiente tabla[111]:

ACCIPIENS	**TERCERO**	**TÍTULO**	**CONSECUENCIAS**
Mala fe	Buena fe	Oneroso	1) El *accipiens* restituye el ***valor*** del bien. 2) El *accipiens* paga la indemnización.
Mala fe	Buena fe	Gratuito	1) El *accipiens* restituye el bien. 2) El *accipiens* paga la indemnización.
Mala Fe	Mala fe	Oneroso	1) El *accipiens* restituye el bien.

[111] Luciano BARCHI VELAOCHAGA, *"Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal"*, cit., p. 90, quien afirma que "El hecho que el *accipiens* enajene el bien, no lo libera de la obligación de restituir los frutos percibidos y de pagar el interés legal conforme lo previsto en el artículo 1269" (*cit.*).

			2) La indemnización es debida solidariamente por el *accipiens* y el tercero.
Mala fe	Mala fe	Gratuito	1) El tercero restituye el bien. 2) La indemnización es debida solidariamente por el *accipiens* y por el tercero.

Se precisa (a propósito del modelo legislativo italiano; pero que es perfectamente aplicable al nuestro) que "todas las obligaciones previstas en las diversas hipótesis, aun en caso de mala fe del *accipiens*, son obligaciones de carácter restitutorio de las cuales de deduce claramente que el legislador, frente a la adquisición a *non domino* del tercero, ha procedido según la lógica de la restitución del enriquecimiento, es decir, ha encuadrado la atención a la correlación entre lesión del derecho del *solvens* bajo el perfil del poder de disposición y enriquecimiento derivado de la alienación del bien. En la norma, en efecto, el fenómeno resulta considerado desde el punto de vista de los efectos económicos que de la adquisición a *non domino* se propagan en las esferas patrimoniales de los sujetos que han formado el "título idóneo para la adquisición" procurando un enriquecimiento que debe ser restituido al *solvens*: en el caso de onerosidad de la alienación, objeto de la restitución es la contraprestación, que es el común denominador de la disciplina de la alienación a título oneroso sea de buena o de mala fe; en el caso de gratuidad de título, es la misma cosa *in natura* que debe ser restituida"[112]. Debe tenerse presente que el modelo legislativo italiano está diseñado en atención a la buena o mala fe del *accipiens* que hace la disposición del bien, y no hace referencia explícita a la buena o mala fe del tercero adquiriente (como si lo hace el modelo legislativo nacional).

10. *El plazo prescriptorio y ley aplicable de acuerdo al Derecho Internacional Privado*

Como ya se mencionó, el art. 1274 c.c. da un plazo prescriptorio de cinco años. En línea de principio, el término se incia a contar desde el dia en el cual la prestación no debida

[112] Andrea NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arrichimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 89.

se realiza. Sin embargo, "la individualización del *dies a quo*, el algunas hipótesis, resulta controvertido"[113].

El art. 2098 c.c. establece como ley aplicable la "del lugar en el cual se llevó (…) a cabo el hecho originario de la obligación". El texto completo recita lo siguiente: "Las obligaciones que nacen por mandato de la ley, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y el pago indebido, se rigen por la ley del lugar en el cual se llevó o debió llevarse a cabo el hecho originario de la obligación" (el subrayado es mío).

En la exposición de motivos se señala que "respecto al pago indebido, el "hecho originario" de la obligación de restituir consiste en el pago de lo que no se debía. Por tanto, el lugar del pago inicial determina la ley aplicable a la obligación de restituir"[114]. En este sentido, se afirma que "no hay duda que el hecho originario de la obligación fue el pago equivocadamente efectuado. La ley del lugar donde se realizó este último será, por tanto, la aplicable"[115].

11. *Los casos en la jurisprudencia nacional*

Por el cobro de un titulo valor (al parecer inexistente) efectuado por una institución financiera a su favor, la empresa deudora afectada interpone demanda, entre otras, con las siguientes pretensiones: **a)** Se ordene al Banco Continental - Sucursal Puno la restitución a la empresa actora de la suma de sesenta y cinco mil setecientos treinta y seis dólares americanos con treinta y tres centavos (US$.65,736.33); **b)** El pago de los intereses comerciales respectivos ascendente a la suma de treinta mil ochocientos cuarenta y dos dólares americanos con veintisiete centavos (US$.30,842.27); y **c)** El pago por la suma de quince mil dólares americanos (US$.15,000.00) por los daños y perjuicios irrogados a la empresa actora. El banco alega, entre otros aspectos, que obró de buena fe y, en atención al art. 1268 c.c., no tiene la obligación de restituir cantidad alguna. No obstante ambas instancias declaran fundadas las pretensiones de restitución y (parcialmente) la de indemnización, **la**

[113] Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 35.
[114] Delia REVOREDO DE DEBAKEY, *Exposición de Motivos y Comentarios. Derecho Internacional Privado*, de *Código Civil VI, Exposición de Motivos y Comentarios*, *cit.*, p. 1017.
[115] Federico MESINAS MONTERO, Obligaciones originadas por la ley y otras fuentes, Comentario al art. 2098 c.c., en *Código Civil Comentado*, Tomo X, *Responsabilidad Extracontractual. Prescripción y Caducidad, Registros Públicos. Derecho Internacional Privado. Título Final*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 872.

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, mediante resolución del 31.08.15 (Cas. No. 3027-2014 Puno), amparó el recurso de casación interpuesto por el banco y declararó nula la sentencia de vista e insubsistente la resolución de primera instancia por se afectan "las garantías del debido proceso y de motivación de las resoluciones judiciales, principios consagrados en los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú". Igual destino tiene el caso de una viuda demandada por la Oficina de Normalización Previsional – ONP, debido a que percibía pensión de jubilación y viudez con dos números de cuenta distintos, lo cual generó un cobro indebido, que también fue resuelto por **la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, mediante resolución del 14.03.16 (Cas. No. 1418-2015 Arequipa)**.

Frente a un caso de un funcionario público que recibió doble pago por parte del Estado y que fuera demandado por la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de La Libertad, invocándose el art. 1267 c.c., **la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, mediante resolución del 13.07.16 (Cas. No. 582-2015 La Libertad)**, casó la sentencia de vista (que declaró infundada la pretensión de restitución de pago indebido que se planteó, por cuanto -según ese órgano colegiado- no se probó el error de hecho o derecho a que hace referencia el art. 1267 c.c.), en atención a lo siguiente: "**SÉTIMO.** No obstante, el Colegiado Superior no ha explicado de manera adecuada y previamente a la conclusión a la que ha arribado, cómo asume el error de hecho o de derecho a la luz de lo previsto en el artículo 1267 del Código Civil, puesto que la conceptualización aislada del texto íntegro de la citada norma a la que ha hecho alusión respecto al "error" resulta insuficiente, habida cuenta que dicho dispositivo legal vincula el aludido error de hecho o de derecho a la entrega de algún bien o cantidad en pago a determinada persona, desplazamiento pecuniario que no ha sido negado por el codemandado Hubert Arnaldo Vergara Díaz en su recurso de apelación de fojas mil treinta y ocho, al sostener que percibía simultáneamente honorarios del ex Consejo Transitorio de Administración Regional - CTAR así como del Programa de Naciones Unidas – PNUD durante un mismo periodo como ex Presidente del ex CTAR - La Libertad, lo cual ha sido calificado como indebido por el impugnante a través de su escrito de demanda no solo en atención a lo dispuesto en el artículo 139 del Decreto Supremo número 005-90-PCM – Reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa, sino además a las

conclusiones que se han plasmado en el Informe Especial número 001-2003-02-4664, las mismas que no han merecido un análisis concienzudo.

OCTAVO. Consecuentemente, al haberse omitido examinar una serie de aspectos que resultan determinantes para la solución de la *litis*, es evidente que lo resuelto por el Colegiado de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, no se ciñó a la garantía del debido proceso, así como de la motivación adecuada de las resoluciones judiciales prevista en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; norma concordante con el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, vicio de orden procesal que genera en este Supremo Tribunal, la convicción de que el acto materia de impugnación debe ser renovado al haber incurrido en causal de nulidad insubsanable prevista en el artículo 171 del Código Procesal Civil, careciendo de objeto emitir pronunciamiento sobre los demás cargos denunciados a través del presente recurso".

Resulta importante tener presente la orientación de los tribunales administrativos italianos (que resultaría plenamente aplicable en nuestra experiencia jurídica), a saber: "el acto de recuperación por parte de la Administración Pública es un acto debido porque se encuentra fundado en un verdadero y propio derecho subjetivo patrimonial no susceptible de renuncia, estando los bienes de los cuales ésta dispone, por su naturaleza, dirigidos a la obtención de los fines institucionales de interés general. Por tanto, en el procedimiento de recuperación es suficiente que la administración indique simplemente las razones por las cuales el destinatario no tiene derecho a retener lo que ha recibido"[116]. Por otro lado, "la buena fe del *accipiens* no vale, de ninguna manera, para bloquear la pretesión restitutoria, así como la circunstancia que éste haya destinado el dinero a la satisfacción de necesidades primarias o que haya transcurrido un largo período de tiempo entre el pago y el pedido de restitución. Sin embargo, prosigue la jurisprudencia administrativa, dichos aspectos pueden incidir sobre el *quomodo* de la actuación del derecho, graduando las modalidades de recuperación a través de la concesión de dilaciones o fraccionamiento de los pagos"[117].

Se recordará que, de acuerdo al art. 1273 c.c., la regla general es que el *onus probandi* del error pesa sobre quien efectuó el pago indebido, como en este caso; pero, si quien recibió el

[116] Federico AZZARRI, *La non doverosità. I grupi di casi*, en *Ripetizione d'indebito*, *cit.*, p. 198.
[117] Federico AZZARRI, *La non doverosità. I grupi di casi*, cit., pp. 198-199.

pago indebido lo niega y el *solvens* demuestra el pago, este último queda relevado de toda prueba respecto del error. De la lectura de esta decisión, el pago no ha sido negado por el demandado; pero alegó que no era indebido.

A propósito de un reclamo realizado por una empresa contra una entidad prestadora del servicio de energía eléctrica y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN, antes OSINERG), **la Corte Suprema de la República ha realizado un pronunciamiento interesante.** La empresa demandante afirmó que pagó en exceso los servicios eléctricos prestados desde el año 1995 al año 2003 y, en consecuencia, exigió la restitución. La empresa demandante interpuso demanda en el año 2004. En instancia administrativa, OSINERGMIN, mediante Resolución N° 0613-2015-OS/JARU-SC, determinó que solo corresponde la restitución de lo pagado excesivamente desde el año 1999, pues los periodos anteriores prescribieron en atención al plazo de cinco años previsto por el artículo 1274 c.c. **La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante resolución del 28.04.15 (Cas. No. 7458-2013-Lima),** señaló que: "al no existir una norma que regule de manera expresa el plazo de prescripción aplicable al caso del pago en exceso (supuesto de hecho distinto al pago indebido regulado en el artículo 1267 del Código Civil); se debe aplicar el plazo de prescripción de diez años, regulado por el artículo 2001 inciso 1 del Código Civil".

En conclusión, la Corte Suprema crea una distinción artificial (y equivocada) entre el pago en exceso del pago indebido, cuando en realidad el primero forma parte del último.

Temo que esta distinción se tomó de la regulación del pago indebido en materia tributaria (y de una mala interpretación del mismo**).** El artículo 189 del Código Tributario establece: "Los contribuyentes o los responsables podrán reclamar la restitución de lo pagado indebidamente por tributos, intereses y sanciones mediante demanda de repetición, la demanda se notificará a todos los interesados a fin de que comparezcan a hacer uso de los derechos de que se crean asistidos".

El artículo 38 del Código Tributario hace alusión al pago indebido "o" al pago en exceso. Sin embargo, la jurisprudencia recurre al Derecho Civil. Así, **la R.T.F. N° 0650-5-2001** señala lo siguiente: "(…) toda persona que considere que ha efectuado un pago indebido o en exceso, tiene derecho a solicitar su devolución, así lo dispone el artículo 1267 del Código

Civil (norma aplicable por disposición de la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario) cuando establece que, si alguien entrega a otro, por error de hecho o de derecho, un bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió (…)".

Considero que la legislación tributaria, si bien hace mención, al pago indebido "o" en exceso, no deben ser entendidos como de "naturaleza jurídica distinta"[118], ello, por el simple motivo que el pago en exceso es un tipo especial de pago indebido. Téngase en cuenta además que el mismo Código Tributario les da los mismos efectos jurídicos, plazo prescriptorio inclusive.

12. *Conclusiones*

a) El pago indebido consiste en la ejecución de una prestación que no se debe. b) Si se ha configurado un pago indebido, le asiste al *solvens* (quien ejecutó el pago) el derecho a la repetición o restitución de lo pagado en cabeza del *accipiens* (quien recibió el pago indebido). c) El pago indebido debió ser tratado junto a las restantes fuentes de obligaciones, como una sección autónoma. d) Por razones didácticas, es posible reconstruir en el ordenamiento jurídico nacional la clasificación de pago indebido objetivo y subjetivo. Es objetivo cuando la prestación que se ejecuta es sobre la base de un título inexistente, inválido o ineficaz. Es subjetivo cuando el que cumple ejecuta una prestación por error. e) El ordenamiento jurídico nacional solo regula expresamente el pago indebido subjetivo. En el supuesto del pago indebido objetivo, la prestación que da origen a la restitución resulta indebida *ex post* a su ejecución: por ello, no cabe determinar -en línea de principio- la buena o mala fe del *accipiens*. En consecuencia, no resulta aplicable lo regulado en los arts. 1268 a 1276 c.c. f) La tutela resarcitoria es diferente a la tutela restitutoria y no deben sobreponerse. Con el remedio resarcitorio se reacciona contra el daño producido. Por otro lado, con el remedio restitutorio no se tiene en cuenta el daño sino la sola alteración ilegítima o injustificada de una situación de hecho y/o de derecho. g) Pese a que pueden señalarse importantes diferencias entre el pago indebido y el enriquecimiento sin causa, al ser ambas figuras remedios restitutorios, bien han

[118] Así, Carmen ROBLES MORENO y Pablo HUAPAYA GARRIAZO, *Apuntes sobre la naturaleza de los pagos indebidos y los pagos en exceso. Una necesaria revisión de su regulación en el Código Tributario*, en *Derecho & Sociedad*, No. 33, Asociación Civil Derecho & Sociedad, Lima, 2009, p. 61.

podido ser reguladas unificadamente. h) Con la finalidad de evitar una aplicación impredecible, urge uniformizar la regulación de los supuestos de tutela restitutoria.

Abstract

The author develops *solutio indebiti* as an autonomous source of obligations. He analyzes undue payment, as well as the right of recourse and to whom this right is entitled. Likewise, he elaborates the cases of the different objects of restitution, identifies diverse undue payment scenarios, and argues why this should have been treated together with the other sources of the obligations as an independent section. Furthermore, the author analyzes the differences between compensatory and restitutory protection, pointing out that they must not overlap. Later, he exposes the dissimilarities between undue payment and unjust enrichment, both being restitutory remedies that could have been regulated in a unified manner. For didactic reasons, the author distinguishes between objective and subjective undue payment, concluding that in the national legal system only the subjective one is expressly regulated. Finally, the author presents a jurisprudential analysis that includes national judgments and references to decisions of Italian expertise.

Abstract

El autor desarrolla la *solutio indebiti* como una fuente autónoma de obligaciones. Analiza el pago indebido, así como el derecho de repetición y a quién le asiste este derecho. Asimismo, desarrolla los casos de los diferentes objetos de la restitución, individualiza distintos escenarios de pago indebido y sostiene por qué el pago indebido debió ser tratado junto a las restantes fuentes de las obligaciones como una sección autónoma. Adicionalmente, el autor analiza las diferencias entre la tutela resarcitoria y restitutoria, señalando que no deben sobreponerse. Luego, señala las diferencias entre el pago indebido y el enriquecimiento sin causa, siendo ambos remedios restitutorios que hubieran podido ser regulados unificadamente. Por razones didácticas, distingue entre pago indebido objetivo y subjetivo, concluyendo que en el ordenamiento jurídico nacional solo se regula expresamente

el pago indebido subjetivo. Finalmente, el autor realiza un análisis jurisprudencial que incluye sentencias nacionales y referencias a pronunciamientos de la experiencia italiana.

Lima, settembre 2021.

FABIAN KLINCK*

La formazione del BGB
*e il valore dei materiali preparatori per la sua interpretazione odierna***

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La vigilia del BGB: unificazione nazionale e scuola storica del diritto. – 3. La genesi del BGB. – 3.1. L'andamento dei lavori. – 3.2. Documentazione. – 4. L'importanza dei materiali del BGB (originale) per la sua interpretazione. – 4.1. «Teoria soggettiva» e «teoria oggettiva». – 4.2. Uso dei materiali del BGB nella giurisprudenza. – 5. Due esempi. – 5.1. Carattere vincolante dell'accordo reale ai sensi del § 929 BGB. – 5.2. Rappresentanza nell'acquisto del possesso. – 6. Annotazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La scienza giuridica tedesca ha conosciuto il suo massimo splendore nel XIX secolo. Ricorrendo alla terminologia utilizzata dalla storia del diritto romano, si potrebbe dire: visse la sua fase classica. Il frutto di questa fioritura è il *Bürgerliches Gesetzbuch* che è stato approvato dal *Reichstag* tedesco nel 1896 ed è entrato in vigore il 1° gennaio 1900. Ad un livello altissimo di astrazione, il risultato precipuo dei suoi creatori sta nel fatto di aver creato un sistema dogmatico coerente, che ha poche contraddizioni interne. In seguito il BGB è stato più volte oggetto di modifica, ma è difficile che sia migliorato. Il modo con cui ci si pone nei confronti di questa codificazione e delle motivazioni che all'epoca hanno ispirato i suoi autori, ci dice molto sullo stato nel quale oggi si trova la scienza giuridica tedesca.

* *Professore Ordinario di Diritto civile presso la Ruhr-Universität Bochum.*
** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

2. *La vigilia del BGB: unificazione nazionale e scuola storica del diritto*

Nel 1806 Napoleone mise fine al *Sacrum Imperium Romanum Nationis Germanicae*, un'entità che non era mai stata una nazione nel senso corrente del termine. Questo impero vetusto aveva sempre avuto poche istituzioni centrali e alla fin fine perseguiva esclusivamente la funzione di mantenere la pace tra le sue componenti. Dopo la sconfitta ad opera di Napoleone nel 1815, con il Congresso di Vienna venne fondato il *Deutscher Bund*, la confederazione germanica, che principalmente si sostanziava in un'assemblea permanente dei deputati dei suoi stati membri. Questa debole confederazione fu sciolta nel 1866 dopo una guerra tra l'Austria e la Prussia. Nel 1871, una coalizione guidata dalla Prussia sconfisse la Francia. Guglielmo I, il re di Prussia, fu proclamato imperatore tedesco. Nacque così il *Deutsches Reich*, il primo stato nazionale tedesco.

Per quanto riguarda il diritto applicabile, il giovane impero tedesco era un *patchwork*. Nei territori prussiani dal 1794 era in vigore l'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (Diritto territoriale generale per gli Stati Prussiani), un'enorme codificazione formata da oltre 19.000 paragrafi, soprattutto del diritto civile e penale. Nelle aree occupate dai francesi in Renania, nel 1804 era stato introdotto il codice civile francese, adottato sostanzialmente anche dal *Baden*. Tuttavia in molte aree della Germania il diritto civile non era stato ancora, in tutto o in parte, codificato; qui, il diritto comune era il diritto romano tramandato dalle fonti nel corso del tempo.

Si discusse a lungo sull'opportunità di unificare e codificare il diritto civile tedesco. Nel 1814 il dibattito è giunto al culmine[1]. Anton Friedrich Justus Thibaut caldeggiò una codificazione unitaria nel suo scritto intitolato "*Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*"[2] ("Sulla necessità di un diritto civile generale per la Germania"), mentre Friedrich Carl von Savigny si espresse contro di essa con altrettanta veemenza nel suo scritto "*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*"[3] ("Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza"). Thibaut era mosso dall'idea dell'identità na-

[1] Sul „Kodifikationsstreit" v., tra altro, l'introduzione di H. HATTENHAUER, *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, München, 1973, p. 9 ss.
[2] Digitalizzata e scaricabile via https://doi.org/10.11588/diglit.11450.
[3] Digitalizzata e scaricabile via https://doi.org/10.11588/diglit.11451.

zionale, che sarebbe portata alla luce e nel contempo ulteriormente rafforzata da una codificazione di un diritto civile comune. Von Savigny, d'altra parte, si appellava al fatto che lo sviluppo del diritto dovesse progredire attraverso la giurisprudenza e la pratica; le codificazioni avrebbero limitato questo sviluppo organico del diritto. All'epoca prevalse la posizione di von Savigny, ma sopravvisse l'idea di una codificazione come espressione dell'unità nazionale.

A posteriori non si può che essere d'accordo con von Savigny. Egli stesso diede nuovi impulsi decisivi alla scienza giuridica tedesca contribuendo allo sviluppo della scuola storica del diritto[4]. Il metodo di questa scuola ha offerto per la prima volta la possibilità di distinguere chiaramente tra storia del diritto – nel senso moderno – e diritto vigente, astrarre regole dogmatiche generali dalle fonti storiche del diritto – soprattutto, ma non solo, romano – e renderle fruibili per un sistema moderno di diritto civile[5]. Nell'ambito di questa tradizione la pandettistica tedesca ha fatto delle scoperte rivoluzionarie.

Un buon esempio è costituito dall'opera di Bernhard Windscheid intitolata "*Die Actio des römischen Zivilprozesses*" (*L'actio del processo civile romano*), pubblicata nel 1856, nella quale si occupava della relazione tra diritto soggettivo sostanziale e *actio*. Windscheid ha sostenuto che nel diritto romano il pretore potesse concedere un'*actio* indipendentemente dal fatto che l'attore fosse titolare di un diritto sostanziale; l'*actio* del diritto romano era quindi indipendente da qualsiasi diritto soggettivo sottostante. Invece nel diritto vigente il giudice era vincolato dalla legge e poteva concedere un'azione solo in caso di violazione di un diritto soggettivo dell'attore. Nel diritto attuale questo diritto di esigere qualcosa dal convenuto, "*der Anspruch*" (la pretesa), ha preso il posto dell'*actio* romana. Nasceva così il credito come una nuova categoria di diritto soggettivo e allo stesso tempo si apriva la possibilità di considerare il credito non solo come un rapporto tra debitore e creditore, ma come un oggetto autonomo di disposizione, come un vero e proprio diritto soggettivo trasferibile. La tesi che il creditore possa trasferire il credito a un terzo dimodoché il terzo diventi il solo nuovo creditore del

[4] Sull'origine della scuola storica e l'importanza di Gustav Hugo si veda in breve H. WIELING, *Endlich kam Hugo!*, in *JZ*, 2002, p. 138; più panoramico F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2a ed., Göttingen, 1967, § 21.

[5] Sul metodo della scuola storica e la pandettistica cfr. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., §§ 22-24.

debitore si trova già in embrione nella glossa ed è formulata chiaramente per la prima volta nella dottrina del diritto naturale; successivamente approda nelle codificazioni da essa influenzate, come l'*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* (I 11 §§ 376 s., 393). L'obiettivo principale dello scritto di Windscheid è stato di raccordare questa tesi con lo *ius commune*, utilizzando la metodologia della scuola storica del diritto. Il risultato è nelle parole di Windscheid: «Per noi ciò che i romani chiamano *actio* è una pretesa legalmente riconosciuta, l'*actio* per l'adempimento di un'obbligazione è il diritto di credito. Perciò diciamo: attraverso la cessione passa il diritto di credito e, poiché usiamo diritto di credito e obbligazione come espressioni sinonime, anche: attraverso la cessione passa l'obbligazione»[6].

Il metodo e il successo della scuola storica del diritto possono essere ben illustrati dallo sviluppo della rappresentanza. Il diritto romano classico rifiutava espressamente la possibilità che atti compiuti da persone libere che non appartenevano alla famiglia del mandante potessero avere effetti giuridici nei suoi confronti[7]. Tuttavia già il diritto romano classico faceva un'eccezione per l'acquisizione del possesso: la *possessio* poteva essere acquisita da un terzo libero anche se il "rappresentato" non era a conoscenza dell'operazione concreta di acquisizione, ma solo se aveva conferito al "rappresentante" un mandato che copriva l'acquisizione o aveva successivamente approvato il negozio in base al quale il possesso era successivamente acquisito. La pandettistica ha scoperto queste regole partendo dalle fonti del diritto romano classico, e nel contempo in una società altamente sviluppata basata sulla divisione del lavoro la rappresentanza è necessaria in tutti i campi del diritto. Nel tentativo di fornire un fondamento dogmatico alla libera rappresentanza nell'acquisto del possesso, all'inizio del XIX secolo von Savigny avanzò la tesi che per l'acquisto del possesso da parte di una persona libera il mandato avesse la stessa funzione che l'autorità domestica aveva nel caso di uno schiavo o *filius familias*: esso creava il necessario legame giuridico tra il mandante e la persona tramite la quale veniva acquistato il possesso. Secondo von Savigny sulla base del mandato il mandante conseguiva in un certo senso un dominio sul terzo e quindi anche un dominio di fatto sulla cosa, necessario per l'acquisto del possesso. Da questa tesi relativa all'acquisto del possesso Von Jhering ricavò una regola generale per tutti gli atti con effetti giuridici e distinse un

[6] B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, p. 148.
[7] F.K. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, Giessen, 1803, p. 249.

ulteriore elemento giuridico dal mandato, ossia la procura ("*Vollmacht*"), che fondava il potere di rappresentanza nel rapporto esterno[8]. Infine, pochi anni, dopo Laband astraeva la procura, nella sua portata e validità, dal rapporto giuridico su cui si basava,[9] completando così lo sviluppo che va dall'acquisto del possesso da parte di terzi del diritto romano classico fino alla dottrina generale della rappresentanza in età contemporanea.

I grandi manuali della pandettistica, come quelli di Bernhard Windscheid[10] e Heinrich Dernburg[11], riassumono i frutti di tale lavoro. Le fonti del diritto romano sono lì quasi interamente relegate nelle note a piè di pagina; le dottrine che stanno in cima al testo sono state giustificate da tempo non solo sulla loro base, ma anche dai riferimenti interni del sistema di un diritto civile moderno. Questo è particolarmente vero per la dottrina dei negozi giuridici, per la quale la giurisprudenza romana non era andata oltre un abbozzo embrionale, le cui tracce risultavano sparpagliate tra le fonti. Ed è in tale contesto che i manuali in alcuni punti vengono letti come fossero già quasi leggi.

[8] R. VON JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *JherJahrB*, 1 (1857), pp. 273-350; R. VON JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *JherJahrB*, 2 (1858), pp. 67-180: Il mandato è l'aspetto interno, la rappresentanza il lato esterno del rapporto tra il gestore e il preponente (R. VON JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *JherJahrB*, 1 (1857), p. 313).
Cfr. inoltre J. BREMER, *Beitrag zur Lehre von dem Besitzerwerbe durch Stellvertreter. Unterschied zwischen dem Besitzerwerbe durch einen Stellvertreter und dem Besitzerwerbe mittelst Tradition von Seiten einer Mittelsperson*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, n.F. 20 (1863), p. 34 ss., che distingue tra un mandato con rappresentanza e uno senza rappresentanza. L'idea della separazione tra mandato e rappresentanza si vede già prima, cfr. W. MÜLLER-FREIENFELS, *Die Abstraktion der Vollmachtserteilung im 19.Jahrhundert*, in *Coing/Wilhelm* (ed.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19.Jahrhundert*, II. *Die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung und Doktrin*, Frankfurt, 1977, p. 157 s. e nota 71.
[9] P. LABAND, *Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem ADHGB*, in ZHR 10 (1866), pp. 183-241. L'idea che il potere di rappresentanza potesse sopravvivere al rapporto giuridico sul quale si basa e quindi sia almeno parzialmente indipendente da esso è stabilito già nel § 1026 AGBG e § 46 ADHGB, cfr. A. EXNER, *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht*, Wien, 1867, p. 133 s.
[10] *Lehrbuch des Pandektenrechts*. La 9ª e ultima edizione fu rielaborata di *Kipp* e apparse 1906. La 1ª, 3ª, 5ª e 6ª edizione sono liberamente accessibili nella biblioteca digitale del Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, http://dlib-pr.mpier.mpg.de.
[11] *Pandekten*, 6ª ed. 19000/1901 con la collaborazione di Biermann, liberamente accessibile nella biblioteca digitale del Max-Planck-Insitut für Europäische Rechtsgeschichte, http://dlib-pr.mpier.mpg.de.

3. *La genesi del BGB*

La genesi del BGB[12] presenta alcune caratteristiche peculiari: il lavoro di preparazione ha richiesto un tempo straordinariamente lungo, è insolitamente ben documentato ed è stato accompagnato da un pubblico accademico eccezionalmente attento e critico. In questo processo è stata prodotta una ricchezza di materiali che oggi sono facilmente accessibili.

3.1. *L'andamento dei lavori*

Nel 1873, due anni dopo la sua fondazione, il *Reich* tedesco assunse la competenza legislativa a emanare un codice civile uniforme con la cosiddetta *lex Miquel-Lasker*. Nel 1874 il consiglio federale (*Bundesrat*) istituì una Prima Commissione, composta da undici giuristi, che doveva elaborare il progetto di legge. Questa Prima Commissione, a sua volta, nominò un redattore per ciascuno dei cinque libri in cui doveva consistere il BGB, il quale era incaricato di redigere un progetto preliminare parziale (*Vorentwurf/Teilentwurf*). Dal 1881 al 1887 la Prima Commissione discusse i progetti preliminari uno dopo l'altro, stabilendo numerosi emendamenti. Queste disposizioni sono state redatte da un comitato editoriale[13] e nuovamente deliberate e riviste dalla commissione. Alla fine del 1887 la fase deliberativa si concluse con l'ultimazione di un Primo Progetto (*Erster Entwurf*) del BGB. Questo Primo Progetto fu presentato al *Bundesrat* nel 1888 insieme ad una dettagliata motivazione, i cc.dd. motivi.

Il Primo Progetto è stata pubblicato e discusso nella comunità scientifica. I contributi a questa discussione furono raccolti dal *Reichsjustizamt* e pubblicati 1890 con brevi riassunti dei loro contenuti in un'opera di sei volumi, intitolata "*Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches*"[14]. Molti consideravano la legge troppo "dottrinaria". Mentre c'era sostanzialmente accordo sui concetti di base, le soluzioni di molte questioni individuali erano viste in modo critico o a volte persino disapprovate. In seguito alle numerose critiche, l'ufficio imperiale della giustizia (*Reichsjustizamt*) sollecitò il *Bundesrat* a

[12] Cf. W. SCHUBERT, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, I, Berlin, 1978, pp. 27-68; in sintesi PLANCK/KNOKE, in *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 1, 4a ed., Berlin, 1913, p. XXII ss.; T. FINKENAUER, *Eigentum und Zeitablauf. Das Dominium sine re im Grundstücksrecht*, Berlin, 2000, p. 23 ss.

[13] Cf. B. MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht*, Tübingen, 2004, p. 120.

[14] Liberamente accessibile via https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de. Cfr. anche G. MAAS, *Bibliographie des Bürgerlichen Rechts*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, Band 16, 1899; accessibile via *http://dlib-zs.mpier.mpg.de/mj/kleioc/0010/exec/showtoc/"2084534_16+1899*".

far rielaborare il primo progetto da una Seconda Commissione. Questa fu nominata dal *Bundesrat* nel 1890 ed era composta da undici membri permanenti - tutti giuristi - e tredici membri non permanenti provenienti da altre professioni. Nella loro attività prendevano spunto anche dalle critiche che erano state avanzate dalla comunità scientifica. Una commissione preliminare (*Vorkommission*) avrebbe dovuto preparare le deliberazioni della Seconda Commissione, ma lavorò molto più lentamente di quest'ultima, così che la Seconda Commissione finì per raggiungere commissione preliminare, che perciò dovette essere sciolta[15]. Ma basandosi sul primo Primo Progetto, la commissione preliminare elaborò un progetto indipendente della parte generale e altre numerose proposte sulla disciplina delle obbligazioni e sui diritti reali, che vennero tutte discusse dalla Seconda Commissione e non di rado adottate. Anche le riunioni della commissione preliminare sono state verbalizzate.

La Seconda Commissione prese le sue deliberazioni dal 1891 al 1896. Tutte le deliberazioni della commissione vennero stilate dal presidente della commissione e sottoposte a una commissione di redazione (*Redaktionskommission*) nominata dallo stesso *Bundesrat*[16]. La Commissione di redazione elaborò una stesura finale, la cui adozione è stata nuovamente deliberata dalla Commissione. Nel 1895, il progetto fu sottoposto a una revisione da parte della Commissione, che portò a una serie di emendamenti.

Dopo che la Seconda Commissione ebbe trasmesso la versione finale del suo progetto al *Bundesrat* nel 1895, la sua Commissione Giustizia (*Justizausschuss*) discusse il progetto senza apportare alcun cambiamento. Il progetto fu poi presentato come Terzo Progetto dal Cancelliere del Reich alla camera dei deputati (*Reichstag*), che a sua volta nominò una commissione per discuterlo. Questa consultazione ha portato di nuovo ad alcuni emendamenti, ma questi non riguardarono punti fondamentali. Dopo due letture nel *Reichstag*, nelle quali furono discusse solo alcune questioni di dettaglio della legge, il progetto fu adottato e promulgato nella Gazzetta Ufficiale il 18 agosto 1896.

---

[15] H. SCHULTE-NÖLKE, *Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Frankfurt am Main, 1995, p. 183 s.

[16] Cfr. T. FINKENAUER, *Die Redaktion des zweiten Entwurfs eines BGB und die historische Auslegung*, in KIEHNLE/MERTENS/SCHIEMANN (ed.), *Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2013, pp. 21-50.

3.2. *Documentazione*

Il BGB ha assunto la sua versione finale essenzialmente con la Seconda Bozza. Tuttavia ciò non rende insignificanti i materiali relativi alle versioni precedenti, nonché le sue bozze preliminari, perché spesso le considerazioni svolte dalla Seconda Commissione possono essere comprese solo partendo dalla Prima Bozza e questa, a sua volta, solo in base delle bozze preliminari. Chiunque voglia rinvenire le idee dei suoi autori su una norma che si trova nella versione del BGB entrata in vigore il 1° gennaio 1900, deve quindi prendersi la briga di ripercorrere il processo attraverso il quale quella disposizione è nata, per cogliere quali considerazioni siano state decisive per la sua versione finale.

I "*Motive*" del Primo Progetto[17] e i verbali delle deliberazioni della Seconda Commissione (ad eccezione della commissione di redazione)[18] erano già stati pubblicati in forma autonoma insieme ai relativi progetti. Nel 1899 furono ripubblicate da Benno Mugdan insieme ad un memorandum sul progetto di legge del *Reichstag*, il rapporto della Commissione del *Reichstag* incaricata di deliberare la legge e il verbale delle deliberazioni plenarie nel *Reichstag*. Grazie a un'iniziativa di Christian Fischer dell'università di Jena questa edizione oggi è disponibile su Internet anche in una versione per la quale è possibile la ricerca per parole chiave[19]. Quando si lavora sui *Motive* del Primo Progetto, tuttavia bisogna ricordare sempre che non sono stati redatti dalla stessa Prima Commissione o da qualcuno dei suoi membri, ma dagli assistenti dei redattori delle bozze preliminari. Oltre a estratti delle motivazioni delle bozze preliminari e dei verbali della Prima Commissione, i *Motive* contengono anche riflessioni degli stessi assistenti, che non sono stati membri della Prima Commissione; questi non ne hanno mai assunto la paternità[20]. Quali fossero le ragioni sottostanti alla stesura della corriapondente norma del Primo Progetto può essere dedotto, almeno in parte, dai verbali che contenevano

[17] *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, 6 voll. 1888 (versione digitale accessibile via https://rwi.app/iurisprudentia/bgb/directory/static).
[18] Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, a cura di Achilles, Gebhard e Spahn, 7 vol., 1897-1899, ristampati nel 1983 (versione digitale accessibile via https://rwi.app/iurisprudentia/bgb/directory/static).
[19] Accessibile e scaricabile via http://www.rewi.uni-jena.de/Fakultät/Lehrstühle+und+Dozenten/Zivilrechtliche+Lehrstühle/Prof_+Dr_+Christian+Fischer-p-212.html.
[20] W. SCHUBERT, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, I, cit., p. 49.

anche le delibere della prima commissione. Tuttavia, questi verbali sono brevi e, in particolare, non contengono le motivazioni delle mozioni che sono poi state respinte. Per giunta, esistono soltanto documenti dattilografati[21].

Alla luce di quanto detto risulta quindi evidente che, contrariamente al titolo che Mugdan ha dato alla sua edizione dei materiali ("*Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*"), non si tratta affatto di un'edizione di *tutti* i materiali sul BGB. Negli anni Settanta e Ottanta, in particolare Horst Heinrich Jakobs e Werner Schubert hanno reso un servizio eccezionale pubblicando dei materiali inediti. In numerosi volumi, strutturati secondo l'ordine attuale delle norme del BGB, hanno raccolto soprattutto le proposte fatte nelle deliberazioni della Prima Commissione e della Seconda Commissione, insieme alle loro motivazioni, nonché le versioni delle norme adottate nelle varie fasi della storia del loro sviluppo[22]. Inoltre Werner Schubert è stato responsabile della (ri)pubblicazione di tutti i progetti preliminari insieme alle loro giustificazioni dettagliate, sulla base delle quali ha deliberato la Prima Commissione[23]. Su iniziativa di Jan Thiessen e Walter Boente attualmente è in costruzione una "*EditionBürgerlichesGesetzbuch*" che renderà disponibili tutti i materiali di cui sopra in versione digitale; il progetto è già a buon punto[24].

4. *L'importanza dei materiali del BGB (originale) per la sua interpretazione*

Qual è allora l'importanza dei materiali del BGB e della sua formazione per l'odierna interpretazione e applicazione?

4.1. *«Teoria soggettiva» e «teoria oggettiva»*

La questione del ruolo che la genesi di una norma riveste nella sua interpretazione è strettamente legata al problema di quale sia esattamente lo scopo dell'interpretazione. Più precisamente, se il significato di una norma deve essere determinato dall'interpretazione, il

[21] *Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*; una pubblicazione dell'originale digitalizzato e di una trascrizione è in costruzione: https://rwi.app/iurisprudentia/bgb/documents/static/619039.
[22] *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, 1978-2002.
[23] *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1980-1986. I progetti preliminari parziali, compresi le loro motivazioni, ora sono anche liberamente disponibili in versione digitale su Internet: https://rwi.app/iurisprudentia/bgb/directory/static.
[24] https://rwi.app/iurisprudentia/bgb/directory/static.

primo interrogativo riguarda cosa si intenda esattamente per "significato". È proprio qui che entra in gioco la questione della rilevanza della genesi di una norma. Le varie posizioni al riguardo possono essere divise approssimativamente in una teoria oggettiva e in una soggettiva[25].

Secondo la teoria soggettiva, l'interpretazione serve ad individuare l'intenzione normativa del legislatore storico. I sostenitori della teoria oggettiva ritengono, per contro, che l'intenzione soggettiva di un legislatore storico non può essere vincolante di per sé; l'interpretazione deve portare alla luce "l'intenzione oggettiva della legge". Questo, però, è logicamente impossibile, perché la legge come tale non può avere una volontà[26], tanto meno una volontà oggettiva. Ciò che si intende è che il testo di legge da interpretare si distacca completamente staccato dal legislatore al momento della sua pubblicazione e deve essere compreso in modo autonomo, vale a dire unicamente sulla base del suo tenore, del suo collegamento sistematico con le altre norme e della sua finalità normativa, che si può dedurre senza tener conto dei materiali.

I sostenitori della teoria oggettiva credono che sia inammissibile che "il legislatore" venga assunto ad autore di una norma. Questo, sostengono, è il Parlamento, e il Parlamento è un gruppo di individui con intenzioni individuali[27]. Inoltre, spesso la storia di una legge non è sufficientemente documentata, così che non è nemmeno possibile determinare chiaramente quale intenzione normativa sia stata decisiva[28].

Quest'ultimo aspetto - che i materiali siano spesso incompleti proprio nella questione che interessa - non può essere negato *a priori*, ma non può costituire neanche un argomento per ignorare la storia della legge, là dove possa essere ricostruita. Che il "legislatore" non sia un individuo con volontà che possa essere accertata, è vero. Naturalmente la volontà del

[25] In sintesi K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 12ª ed., Stuttgart, 2015, p. 159 ss.; A. MENNICKEN, *Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie*, Bad Homburg v.d.H., 1970, p. 19 ss.; K.F. RÖHL/H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., München, 2008, p. 627 ss.; B. RÜTHERS/C. FISCHER/A. BIRK, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 11ª ed., München, 2020, N. 796 ss.
[26] B. RÜTHERS/C. FISCHER/A. BIRK, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, cit., N. 800a.
[27] Vgl. R.A. LORZ, in *Baldus/Theisen/Vogel* (ed.), *„Gesetzgeber" und Rechtsanwendung*, Tübingen, 2013, pp. 87, 98.
[28] S. SCHNEIDER, in *Baldus/Theisen/Vogel* (ed.), *„Gesetzgeber" und Rechtsanwendung*, Tübingen, 2013, pp. 111, 117 s., considera «quasi impossibile» determinare la volontà del legislatore, perché «in teoria, si dovrebbe coinvolgere il capo del dipartimento che ha redatto il progetto di legge».

legislatore non può essere equiparata alle idee specifiche di tutti i singoli membri del parlamento che hanno votato per quella particolare legge. In ogni caso quasi nessun deputato avrà avuto opinioni dogmatiche sulla legge. Cionostante la teoria soggettiva non dipende da una mera finzione di una "volontà del legislatore"[29]. Coloro che votano a favore di una legge che è passata attraverso un certo procedimento parlamentare, in questo modo fanno proprie le considerazioni che sono state elaborate e consolidate in quel processo. Così si può ben dire che la maggioranza parlamentare che approva una legge abbia accolto le considerazioni su cui la legge si basa, comprese quelle dogmatiche che servono ad attuare gli obiettivi normativi approvati dal Parlamento.

Tuttavia, per quanto riguarda la formazione del BGB, sembra avere una certa pertinenza la critica alla teoria soggettiva secondo cui la "volontà del legislatore" sarebbe una mera finzione. Nessuno dei membri del Reichstag ha probabilmente letto il progetto nella sua interezza e tanto meno ha considerato tutti i materiali relativi ad ogni singola norma. Perciò non ci può essere alcun dubbio sul fatto che la maggioranza del *Reichstag* che ha votato per l'adozione del BGB non abbia fatto proprie tutte le considerazioni che sono state decisive per la stesura delle singole norme. Tuttavia i legislatori dell'epoca, il *Bundesrat* e il *Reichstag*, hanno deliberatamente diretto il lavoro sui progetti attraverso i loro comitati e, in particolare, le commissioni. Chiunque affidi a delle commissioni l'incarico di redigere una legge e poi approvi i loro risultati certamente adotta le considerazioni che sono state decisive per sua la stesura. di conseguenza, si può certamente affermare che il legislatore storico ha incorporato queste considerazioni nella sua volontà. Ciò vale a maggior ragione se, come nel caso del BGB, si tratta di un complesso di norme tenuto insieme da strutture dogmatiche di base: sono solo queste che ciò che assicura che le singole norme siano connesse in modo coerente. E dato che è questa probabilmente la volontà del legislatore, è invitabile adottare queste strutture di base, che a loro volta diventano chiare solo alla luce dalle considerazioni che sono state svolte sulle singole norme.

[29] Così, però, R.A. LORZ, in *Baldus/Theisen/Vogel* (ed.), *„Gesetzgeber" und Rechtsanwendung*, cit., pp. 87, 97 s.; R. THIENEL, *Der Rechtsbegriff der Reinen Rechtslehre. Eine Standortbestimmung*, in Schäffer/Berka/Stolzlechner/Werndl (ed.), *Staat - Verfassung – Verwaltung. Festschrift anläßlich des 65. Geburtstages von Prof. DDr. DDr.h.c. Friedrich Koja*, Wien-New York, 1998, pp. 161, 179; cfr. anche la critica di T. WISCHMEYER, *Der „Wille des Gesetzgebers". Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung*, in *JZ*, 2015, pp. 957, 961.

I sostenitori della teoria oggettiva obiettano che non è accettabile vincolare l'operatore del diritto alle idee di un legislatore storico, che spesso sono state completamente superate dalla società contemporanea. La teoria soggettiva non presuppone certo che la volontà del legislatore storico sia vincolante di per sé: se una norma si basa effettivamente su certi valori sociali e questi sono incompatibili con quelli odierni, in particolare con quelli della costituzione, secondo la teoria soggettiva ciò relativizza anche l'importanza della genesi di una norma per la sua interpretazione.

Il fatto che la teoria oggettiva sia sempre stata estremamente popolare nella scienza e nella pratica non può sorprendere nessuno. Rende il lavoro degli interessati più facile, perché – così sembra – li solleva dal tedioso studio dei materiali legislativi. Soprattutto, però, permette un maggiore margine di interpretazione. Perché chi pretende di ricercare una presunta "volontà della legge" oggettiva, che potrebbe risultare dal tenore e dalla sistematica della legge stessa, spesso non leggerà nella norma nient'altro che ciò che ha messo al primo posto: le sue idee[30]. In fin dei conti, la teoria oggettiva ha lo scopo di marginalizzare la volontà del legislatore storico per poi sostituirla con le proprie concezioni della giustizia. In pratica, si tratta quindi di distinguere il potere giudiziario da quello legislativo, vale a dire di un problema di diritto costituzionale[31]. Se, seguendo la teoria oggettiva, il giudice fosse vincolato solo al testo della legge in quanto tale, ma non alle idee soggettive del legislatore, i tribunali avrebbero un'ampia libertà di azione. La teoria soggettiva invece costringe il giudice a cercare nei materiali, nella misura in cui esistano, un'intenzione del legislatore accertabile. Ciò vincola il giudice e gli impedisce interpretare la norma nel modo che secondo lui è più appropriato ma che contrasti con l'intenzione verificabile del legislatore. Così la teoria soggettiva si rivela

[30] B. RÜTHERS/C. FISCHER/A. BIRK, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, cit., N. 800a; B. RÜTHERS, *Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl? Hypothesen zu einer Diskussion*, in *ZRP*, 2008, pp. 48, 50 s.; M. WÜRDINGER, *Das Ziel der Gesetzesauslegung- ein juristischer Klassiker und Kernstreit der Methodenlehre*, in *JuS*, 2016, pp. 1, 5. Cf. anche J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1970, p. 122. Esser stesso però criticava la teoria soggettiva, *ibid.*, p. 126.

[31] Cf. anche la Corte costituzionale federale (BVerfG, 25 gennaio 2011, in *BVerfGE*, 128, pp. 193, 210): «Il giudice non può eludere il significato e lo scopo della legge come determinato dal legislatore. Deve rispettare la scelta alla base della legge e rendere efficace la volontà del legislatore nel modo più affidabile possibile anche se mutano le circostanze».

l'unica veramente oggettiva, mentre la teoria oggettiva si rivela spesso un pretesto per un'interpretazione in base ai gusti soggettivi dell'interprete[32].

4.2. *Uso dei materiali del BGB nella giurisprudenza*

Anche se l'opinione ora prevalente è che la volontà del legislatore storico deve essere ritenuta decisiva nell'interpretazione di una norma, tuttavia i materiali della versione originale del BGB hanno, nel migliore dei casi, un significato mutevole nella dottrina e nella prassi.

Il *Reichsgericht* ha inizialmente ritenuto che i motivi del Primo Progetto del BGB non potessero avere un'importanza decisiva per l'interpretazione della legge, se non altro perché si trattava di un'opera privata non avente valore legislativo[33]. Nel fare ciò, la corte ha alluso al fatto, sopra ricordato, che i motivi non sono stati redatti dalla Prima Commissione stessa, ma dagli "ausiliari" coinvolti nella stesura dei progetti preliminari. Tuttavia, in numerose decisioni, il *Reichsgericht* ha utilizzato i materiali, compresi i motivi, per risolvere questioni interpretative. In effetti, la corte suprema imperiale è stata incoerente a tal riguardo: in molti casi si è decisamente basata sull'intenzione del legislatore accertata dai materiali, anche se il testo della norma in questione non supportava il risultato dell'interpretazione; in altri casi ha respinto una tale interpretazione storica con la motivazione che non trovava riscontro nel testo[34]. Il sospetto è che il *Reichsgericht* abbia in fin dei conti proceduto in modo arbitrario, vale a dire che non ha seguito né la teoria soggettiva né la teoria oggettiva, ma che ha invece argomentato sulla base dei materiali, allorquando questi supportavano un risultato difficile da giustificare in base del tenore letterale, ma ritenuto appropriato dai giudici della suprema corte. Così facendo il *Reichsgericht* non ha evitato di citare i materiali in modo intenzionalmente errato, vale a dire facendo finta di basarsi sui materiali per giustificare il risultato desiderato[35].

---

32 K.F. RÖHL/H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, cit., p. 631; B. RÜTHERS, *Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl? Hypothesen zu einer Diskussion*, cit., pp. 48, 50.

33 RG, 3 maggio 1902, in *RGZ*, 51, pp. 272, 274.

34 H. HONSELL, *Historische Argumente im Zivilrecht. Ihr Gebrauch und ihre Wertschatzung im Wandel unseres Jahrhunderts*, Gremer, 1982, p. 218; T. FINKENAUER, *Das entstehungsgeschichtliche Argument als Etikettenschwindel. Zwei Beispiele aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Bereicherungsrecht*, in Falk/Mohnhaupt (ed.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, Frankfurt am Main, 2000, pp. 305, 307 s.

35 Nei particolari T. FINKENAUER, *Das entstehungsgeschichtliche Argument als Etikettenschwindel. Zwei Beispiele aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Bereicherungsrecht*, cit., pp. 305, 310 ss.

Nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* non c'è alcun indizio di una tale "formulazione ingannatoria". L'atteggiamento del BGH verso il valore dei materiali nell'interpretazione normativa tuttavia è ambiguo proprio come quello *Reichsgericht*. È vero che la S. Corte si è da subito pronunciata espressamente a favore della teoria oggettiva e ha sottolineato che un'intenzione del legislatore non può essere decisiva per l'interpretazione di una norma se non si riflette nel suo tenore[36]. Ciononostante il *Bundesgerichtshof*, nella maggior parte delle decisioni e fin dall'inizio, ha attinto ai materiali per interpretare le norme, dichiarando, di regola, vincolante l'interpretazione che emerge dai materiali come la volontà del legislatore[37].

L'atteggiamento della dottrina non è molto più chiaro. Nei commentari, nei manuali e nella letteratura saggistica relativa alle singole questioni sostanziali, gli autori raramente si dichiarano sostenitori della teoria soggettiva o della teoria oggettiva. Come regola si può osservare che per l'interpretazione di una norma i materiali sono quasi sempre consultati quando questa norma è appena entrata in vigore e meno frequentemente quanto più vecchia. A volte sembra che si eviti persino di dare uno sguardo ai materiali della versione originale del BGB: alcuni autori si limitano a supporre che la loro tesi dovrebbe esser confermata dai materiali, senza, ovviamente, prendersi la briga di controllare[38].

Però uno sguardo ai materiali risulta a dir poco utile: gli esempi seguenti possono dimostrare che hanno ancora molto da offrire ad un lettore attento.

5. *Due esempi*

5.1. *Carattere vincolante dell'accordo reale ai sensi del § 929 BGB*

Come è noto, il diritto civile tedesco segue il principio della separazione, secondo il quale la proprietà di una cosa non viene trasferita con l'acquisto, lo scambio, la donazione ecc., ma deve essere trasferita con un'ulteriore negozio giuridico. Questo negozio è regolato

[36] BGH, 7 luglio 1960, in *BGHZ*, 33, pp. 321, 330; BGH, 15 febbraio 1962, in *BGHZ*, 36, pp. 370, 377; BGH, 21 marzo 1962, in *BGHZ*, 37, pp. 58, 60; BGH, 30 giugno 1966, in *BGHZ*, 46, pp. 74, 76.

[37] In BGH, 23 luglio 2009, in *NJW*, 2009, pp. 2877, 2879, la corte enfatizza in modo esplicito la "volontà del legislatore" e sottolinea che "la legge [...] non può essere evasa facendo riferimento al fatto che la vecchia posizione giuridica ha presumibilmente portato a risultati più adeguati". Anche in molte altre sentenze, la corta basa la sua decisione espressamente sulla volontà del legislatore, con riferimento ai relativi documenti del parlamento, cfr. p.e. BGH NJW 2006, 917, 918; NJW 2006, 3200, 3201; NJW 2010, 2940, 2941; NJW 2014, 3035, 3036.

[38] Per esempi cf. *Finkenauer*, in: Lobinger/Richardi/Wilhelm (ed.), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, 2010, 201, 224 f.

per i beni mobili dal § 929 BGB: «per trasferire la proprietà di un bene mobile, è necessario che il proprietario consegni il bene all'acquirente e che entrambi siano d'accordo che la proprietà sia trasferita». Nella scienza e nella pratica prevale l'opinione che questo accordo reale, ai sensi del § 929 BGB, non sia vincolante[39] e che entrambe le parti possano quindi revocare unilateralmente e a loro discrezione l'accordo fino alla consegna della cosa, con la conseguenza che l'accordo reale cessa di esistere. Che nel BGB ci sia un contratto che non vincola le parti, è sorprendente. Questa tesi si basa sul § 873, comma 2, BGB, secondo il quale l'accordo reale nel caso dei beni immobili è vincolante solo in casi eccezionali. Naturalmente, sarebbe anche possibile trarre la conclusione opposta che il carattere non vincolante dell'accordo nel diritto immobiliare forma l'eccezione e che il principio è: anche l'accordo reale è vincolante. Perciò l'opinione prevalente si basa soprattutto sul tenore letterale del § 929, periodo 1, BGB: se le parti devono ancora essere d'accordo ("...einig sind...") al momento della consegna, se cioè l'accordo deve perdurare fino alla consegna, ovviamente era liberamente revocabile fino alla consegna.

Dal punto di vista della teoria soggettiva questo argomento è convincente solo se il tenore letterale è stato scelto per esprimere proprio un tale significato. Non si può far altro che dare uno sguardo ai materiali. Nel Primo Progetto l'attuale § 929 BGB recitava ancora così: «per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile mediante un negozio giuridico, con la consegna della cosa è necessario un contratto da concludere tra il proprietario e l'acquirente, che contenga la dichiarazione di volontà delle parti contraenti che la proprietà deve passare all'acquirente». Nei motivi della Prima Commissione si trovano le seguenti osservazioni: «se il mutamento consensuale del possesso debba essere considerato come una forma speciale di negozio giuridico prescritto dalla legge (§ 91) non è deciso nel progetto ed è una questione teorica da lasciare alla discussione accademica. La consegna è definita come un

[39] BGH, in *WM*, 1969, pp. 242, 243; BGH, 14 novembre 1977, in *NJW*, 1978, pp. 696, 697; BGH, 25 ottobre 1978, in *NJW*, 1979, pp. 213, 214; C. HEINZE, in STAUDINGER, *BGB*, 2020, § 929, n. 80; M. HENSSLER, in SOERGEL, *BGB*, vol. 14, 13ª ed. 2002; § 929 n. 38; J. OECHSLER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 8, 8ª ed. 2020, § 929 n. 42; J. WILHELM, *Sachenrecht*, 6ª ed., Berlin, 2019, n. 873; R. WEBER, *Der rechtsgeschäftliche Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gemäß §§ 929 ff BGB*, in *JuS*, 1998, pp. 577, 578. *Contra*, H.J. WIELING, *Sachenrecht*, 2ª ed. Berlin-Heidelberg, 2006, § 1 III 2 b; F. KLINCK, in *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, 1.1.2021, § 929, n. 57 ss.; T. FINKENAUER, *Eigentum und Zeitablauf. Das Dominium sine re im Grundstücksrecht*, cit., pp. 21, 27 s.; M. SCHÖDERMEIER/H. WOOPEN, *Die diskriminierte Einigung*, in *JA*, 1985, 622 ff.; R. WANK/S. KAMANABROU, *Zur Widerruflichkeit der Einigung bei den §§ 929 S.1, 930, 931 BGB*, in *Jura*, 2000, pp. 154, 155 ss.

elemento necessario che deve essere presente al contratto reale e non come una condizione della sua validità, che può essere soddisfatta anche successivamente. Prima della consegna, quindi, non c'è nessun contratto reale vincolante»[40].

Secondo la Prima Commissione – ovvero secondo gli assistenti redattori dei progetti preliminari che hanno redatto i motivi – l'accordo reale quindi effettivamente non è vincolante. Tuttavia ciò si basava su una concezione dogmatica fondamentale che oggi nessuno condivide: la consegna era un elemento costitutivo dell'accordo stesso. Solo sulla base di un tale presupposto è possibile dire: senza consegna, non c'è accordo. Questa tuttavia non è l'opinione di coloro che oggi considerano l'accordo reale come non vincolante.

Più interessante per il valore argomentativo del tenore della norma è, naturalmente, determinare come è nato l'attuale testo del § 929 BGB. Ciò richiama il lavoro della Seconda Commissione. Le sue deliberazioni si sono basate su sei proposte di stesura della norma[41]:

«(1) Per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile mediante un negozio giuridico, è necessario l'accordo della volontà dell'alienante e dell'acquirente sul trasferimento della proprietà e la consegna della cosa all'acquirente.

(2) Per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile, il proprietario e l'acquirente devono concordare che la proprietà passi all'acquirente e che il possesso sia concesso e acquisito (consegna).

(3) Per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile è necessario che il possesso di essa sia concesso dall'alienante e preso dall'acquirente con l'intenzione di trasferire la cosa nel patrimonio dell'acquirente.

(4) Per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile è necessaria la dichiarazione del proprietario che trasferisce la proprietà e l'accettazione di questa dichiarazione da parte dell'altra parte così come la consegna della cosa (o: è necessario l'accordo del proprietario e dell'altra parte riguardo al verificarsi del trasferimento della proprietà, così come la consegna della cosa). La consegna della cosa consiste nella concessione del possesso da una parte e l'ottenimento di esso dall'altra.

---

[40] B. MUGDAN, *Die Gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, III, *Sachenrecht*, Berlin, 1899, p. 186.

[41] B. MUGDAN, *Die Gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, III, *Sachenrecht*, cit., p. 623.

(5) Per l'alienazione del titolo di proprietà di un bene mobile, il trasferimento del possesso è necessario in aggiunta al negozio di alienazione.

(6) Per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile è necessario che il proprietario dia la cosa all'acquirente e che entrambe le parti siano d'accordo che la proprietà venga trasferita».

La proposta 5 è stata respinta perché suggeriva che il trasferimento di proprietà dipendesse dall'efficacia del negozio sottostante (p.e. la vendita), ma tutte le altre proposte sono state considerate equivalenti nel loro contenuto e si lasciato alla commissione di redazione il compito di formularlo esattamente. In questo contesto nessun peso decisivo può essere attribuito alle parole dell'attuale § 929 BGB "siano d'accordo". Nell'opinione della Seconda Commissione, infatti, la norma avrebbe potuto anche essere ricavata dalle proposizioni 1, 2 o 4 senza alcun cambiamento nella sostanza; perciò non sarebbe stato affatto richiamato il requisito di un accordo perdurante fino al momento della consegna (e quindi revocabile). Crolla così l'argomento principale dell'opinione prevalente.

5.2. *Rappresentanza nell'acquisto del possesso*

Un altro esempio riguarda la rappresentanza. Il § 164, comma 1, periodo 1, BGB recita: «una dichiarazione di volontà che qualcuno fa in nome del rappresentato nell'ambito del potere di rappresentanza ha effetto diretto a favore e contro il rappresentato». Secondo l'opinione oggi quasi unanime, è evidente che la rappresentanza non può avere luogo nell'acquisizione del possesso, dato che si applica solo alle dichiarazioni di volontà, mentre l'acquisto del possesso è un atto reale[42]. Secondo quest'opinione non c'è neanche la necessità pratica di una tale rappresentanza in aggiunta alle regole che riguardano il possesso per il tramite di terze persone; inoltre, secondo i sostenitori dell'opinione prevalente, queste regole hanno un valore tassativo, così che non sussiste la possibilità di applicare in via analogica il § 164 BGB al possesso.

[42] RG, 8 gennaio 1924, in *RGZ*, 137, pp. 23, 26; BGH, 9 febbraio 1955, in *BGHZ*, 16, pp. 259, 263; H. GUTZEIT, in STAUDINGER, *BGB*, 2018, § 854 n. 52; U. LEPTIEN, in SOERGEL, *BGB*, vol. 2, 13ª ed. 1999, § 164 Rn. 9; C. SCHUBERT, in *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 1, 8ª ed. 2018, § 164 n. 91; A. STADLER, in SOERGEL, *BGB*, vol. 14, 13ª ed., 2002, § 855, n. 1; J. WILHELM, *Sachenrecht*, cit., n. 454.

Ma è proprio vero che non c'è bisogno della rappresentanza nell'acquisto del possesso? Chi vuole acquistare il possesso di una cosa non deve infatti stabilire lui stesso il necessario dominio di fatto sulla cosa, ma può avvalersi di un ausiliario nel possesso (*Besitzdiener*), ai sensi del § 855 BGB o di un intermediario nel possesso, ai sensi del § 868 BGB. Secondo l'opinione prevalente e corretta, tuttavia, è necessario in entrambi i casi che la persona che vuole acquistare il possesso attraverso una tale persona abbia egli stesso la volontà di acquistare il possesso[43]. Come può allora una persona acquistare il possesso e, per esempio secondo il § 929, comma 1, BGB, la proprietà di una cosa, se questa persona è incapace di avere una propria volontà di possedere? Questo vale non solo per le persone fisiche che non sono in grado di formare una propria volontà, come i neonati, ma per tutte le persone giuridiche che di per sé sono naturalmente incapaci di formare una propria volontà. In quest'ultimo caso, la possibilità di una rappresentanza nell'acquisto del possesso è generalmente accettata nel risultato, ammesso sotto la veste del cosiddetto possesso dell'organo ("*Organbesitz*"), che si suppone porti miracolosamente a "imputare" alla persona giuridica il possesso dell'organo avente il potere di rappresentanza[44]. Il caso della persona strutturalmente incapace di possedere è poco discusso. Se nella pratica giuridica ci si chiede se, per esempio, i genitori possano trasferire una cosa al figlio in esecuzione di una donazione, ai sensi del § 929 BGB, a volte si sostiene che i genitori possono trasmettere il possesso al figlio sulla base di un rapporto "giuridico" di possesso, senza che sia rilevante la volontà propria del figlio nel possesso[45]. Tuttavia non si spiega perché in questo caso non dovrebbe essere necessaria la volontà di possedere per l'acquisto del possesso. Per la maggior parte degli studiosi, il problema è del tutto ignorato[46]. Il fatto che la pratica se la cavi senza accettare la rappresentanza nell'acquisto del possesso è quindi semplicemente dovuto al fatto che essa ignora le questioni dogmatiche ad essa connesse.

Rimane la tesi che le regole della disciplina del possesso siano tassative e non permettano un'applicazione analoga della rappresentanza all'acquisto del possesso. Sulla base della

[43] Cf. p.e. B. GÖTZ, in *Beck-online. GROSSKOMMENTAR*, 1.1.2021, § 855, n. 45; M. BRAND, *Der Organbesitz*, Tübingen, 2015, p. 49; H.J. WIELING, *Sachenrecht*, cit., § 6 II 5. *Contra*, p.e., J. WILHELM, *Sachenrecht*, cit., n. 498.
[44] Cfr., p.e., F.L. SCHÄFER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 8, 8ª ed. 2020, § 854 n. 36; M. BRAND, *Der Organbesitz*, ci., p. 81. *Contra*, F. KLINCK, *Stellvertretung im Besitzerwerb*, in *AcP*, 205 (2005), pp. 487, 497 s.
[45] BGH, 8 giugno 1989, in *WM*, 1989, pp. 1393, 1395.
[46] Cfr., p.e., OLG Düsseldorf, 27 gennaio 1999, in *FamRZ*, 1999, pp. 652, 653.

teoria soggettiva anche questo può essere accertato solo avendo riguardo alle intenzioni del legislatore, che devono essere accertate nei materiali. Chiunque li consulti, e ciò ovviamente non accade spesso né nella giurisprudenza né nella letteratura, troverà rapidamente ciò che cerca: il § 801 del Primo Progetto dichiarava applicabili le regole sulla rappresentanza anche all'acquisto del possesso. La Prima Commissione ha giustificato la necessità di una tale norma in modo molto dettagliato. Ora si potrebbe obiettare che la Seconda Commissione abbia apparentemente abbandonato questo punto di vista perché, dopo tutto, ha eliminato questa norma dal Secondo Progetto facendo sì non diventasse legge. Se però ci si prende la briga di cercarne la ragione nei verbali, si legge quanto segue[47]: «si è deciso anche di cancellare il § 801. […] Anche per il possesso […] la rappresentanza può certamente essere applicabile. Infatti, nella misura in cui la volontà di avere il potere di fatto […] è necessaria per il conseguimento di tale potere, nei casi del § 797a [ora § 855 BGB], in cui il potere di fatto esercitato da una persona è imputato ad un'altra a causa del rapporto in cui si trova con quest'ultima, la rappresentanza di essa da parte della persona che esercita il potere di fatto può avere luogo rispetto alla volontà necessaria di avere il potere di fatto. Le disposizioni sulla rappresentanza nei negozi giuridici dovrebbero essere applicate di conseguenza a questa rappresentanza nella volontà. Ma non è necessario determinarlo espressamente, poiché anche senza tale determinazione l'analogia non sarebbe misconosciuta». Non ci si può sbagliare così tanto!

6. *Annotazioni conclusive*

I molti autori del BGB sono riusciti a concepire un sistema dogmatico in base del quale i problemi complessi possono essere risolti con un numero controllabile di regole astratte. Ciò che è particolarmente ammirevole di questo capolavoro, è che queste regole astratte entrano in conflitto tra loro relativamente di rado. Questo è stato possibile solo perché è stato concesso del tempo allo sviluppo del BGB, perché le tappe intermedie sono stati discusse scientificamente e i suggerimenti scaturiti da questa discussione sono stati accolti nei lavori successivi. Dal canto suo, la moderna legislazione tedesca ha sempre più fretta, spinta dai

[47] B. MUGDAN, *Die Gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, III, *Sachenrecht*, cit., p. 505.

programmi politici e anche dalla pressione all'adattamento che viene dalla legislazione europea. Di conseguenza le leggi stanno diventando sempre più dettagliate, più complicate, più lunghe e, quindi, peggiori, se la qualità della legislazione si misura dal formulare ciò che si vuole in poche regole semplici senza contraddizioni. Nel mondo accademico questa tendenza viene criticata troppo raramente. Anche qui si sta diffondendo l'errata convinzione che fenomeni moderni come i mercati finanziari globalizzati, la digitalizzazione e l'intelligenza artificiale, sollevino questioni completamente nuove che possono essere regolate solo da leggi speciali. In questo modo il BGB come idea di codificazione unificante continua ad erodersi. Coloro che vogliono sottovalutare la consultazione dei suoi materiali ritenendola storia del diritto, non saranno tristi per questo. Per gli altri, il lavoro sui materiali rende consapevoli che per il momento sembra finito il tempo in cui il diritto civile era ancora inteso come una vera scienza e progrediva attraverso autentiche scoperte.

Abstract

Il Bürgerliches Gesetzbuch unisce magistralmente i molti progressi della dottrina del diritto civile tedesco del XIX secolo. Questo è stato possibile solo perché il processo legislativo ha avuto molto tempo, le bozze sono state messe in discussione pubblica e i risultati di questa discussione sono stati incorporati nel processo legislativo. Il vasto materiale è ora per la maggior parte digitalizzato e accessibile via Internet. La loro consultazione è (ancora oggi) indispensabile per la corretta comprensione del BGB.

Abstract

The Bürgerliches Gesetzbuch masterfully unites the many achievements of 19th century German civil law scholarship. This was only possible because the legislative process was given a lot of time, the drafts were put up for public discussion and the results of this discussion were incorporated into the legislative process. Today, most of the extensive materials have been digitised and are accessible via internet. Their consultation is (still) indispensable for a correct understanding of the BGB.

Bochum, aprile 2021.

ROBERT KORVES*

Recht mit anderen Worten – nur quasi dasselbe

*Sulla traduzione giuridica***

Inhaltsübersicht: I. Einleitung. – II. Rechtsübersetzung ist nicht notwendigerweise Rechtsvergleichung. – 1. Rechtsübersetzungen in ein und derselben Rechtsordnung. – 2. Interpretieren ist nicht übersetzen. – 3. Eine Zielsprache – mehrere Rechtsordnungen. – 4. Das übersetzerische und das rechtsvergleichende Werturteil. – III. Das Authentizitätsgebot. – IV. Es gibt keine unübersetzbaren Begriffe. – 1. *The* Bund *and the* Länder. – 2. Gerichtsbezeichnungen. – 3. Historische Gerichtsbezeichnungen. – V. Einheit und Relativität der Rechtsbegriffe als Übersetzungsproblem. – 1. Sachen und (andere) Gegenstände. – 2. Früchte. – 3. Bargeld. – 4. Pfand. – 5. Spruchkörper. – VI. Verluste und Kompensationen. – 1. Sprachbilder. – 2. Lyrik.

I. *Einleitung*

Der große italienische Gelehrte UMBERTO ECO hat ein kluges und unterhaltsames Buch über das Übersetzen geschrieben[1]. Jedenfalls glaube ich, dass es klug und unterhaltsam sei. Gelesen habe ich es nicht[2]. Gelesen habe ich allein die deutsche Übersetzung von BURKHART KROEBER[3]. Danach bedeutet übersetzen, quasi dasselbe in einer anderen Sprache sagen[4]. Weil KROEBER nicht bloß irgendein, sondern *der* Übersetzer von ECOS Werken in das Deutsche ist, und seine Übersetzungen in einem renommierten Verlag und nicht zuletzt wohl

* *Dr. iur., Akademischer Rat a.Z. und Habilitand an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für Prozessrecht und Bürgerliches Recht (Prof. Dr. iur. utr. PETER A. WINDEL).*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

[1] *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Milano, 2003.

[2] Sprachlich unzugänglich geblieben ist mir leider auch der Beitrag des großen italienischen Rechtsvergleichers RODOLFO SACCO zur Problematik des juristischen Übersetzens, *La traduzione giuridica*, in SCARPELLI-DI LUCIA (Eds.), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, 475 ff.

[3] ECO, *Quasi dasselbe mit anderen Worten. Über das Übersetzen*, München, 2006.

[4] ECO, *Quasi dasselbe mit anderen Worten. Über das Übersetzen*, cit., 9.

auch mit Billigung des übersetzten ECO erscheinen, gehe ich davon aus, dass ECO über das Übersetzen auf Italienisch quasi dasselbe geschrieben hat wie KROEBER auf Deutsch. Eine Übersetzung erweckt demnach die Vermutung und erhebt zugleich den Anspruch, mit dem Original quasi übereinzustimmen, wohlwissend dass eine exakte Übereinstimmung nicht möglich ist. Die Güte einer Übersetzung lässt sich daher nicht durch einen schematischen Vergleich mit dem Original beurteilen. Sie ist vielmehr einem Werturteil unterworfen. Nach welchen Maßstäben dieses erfolgt, hängt von vielen Kriterien ab, die sich wiederum unterscheiden und unterschiedlich gewichten lassen je nach Textgattung und Sprachen.

Von der Gattung der Rechtsübersetzung handelt dieser Beitrag. Dabei ist Rechtsübersetzung wiederum nur eine Gattungsbezeichnung für juristische Übersetzungen ganz unterschiedlicher Art. So wird im Gerichtsverfahren[5] und bei Vertragsverhandlungen ebenso gedolmetscht wie auf manchen internationalen Fachtagungen. Übersetzt werden Gesetzes- und Vertragswerke[6] sowie Gerichtsentscheidungen[7], aber auch Lehrbücher und Monographien. Daneben gibt es eine Fülle von mehrsprachigen Rechtswörterbüchern[8]. Obwohl Rechtsübersetzungen für eine Vielzahl von Juristen mindestens dienlich und häufig unerlässlich sind, ist es eine in der Rechtswissenschaft weniger diskutierte Frage, nach welchen Maßstäben Recht zu übersetzen ist. Es steht aber zu vermuten, dass es angesichts der unterschiedlichen Arten von Rechtsübersetzungen keine einheitlichen Maßstäbe geben kann[9]. Wir beschränken uns

[5] Zur italienisch-deutschen Übersetzung von klageeinleitenden Schriftsätzen WIESMANN, *Berücksichtigung von Textsortenkonventionen bei der Übersetzung von Rechtstexten am Beispiel der Übersetzung italienischer* Atti di citazione *ins Deutsche*, in SANDRINI (Ed.), *Übersetzen von Rechtstexten*, Tübingen, 1999, 155 ff.

[6] Zur Übersetzung von Verträgen näher VLACHOPOULOS, *Die Übersetzung von Vertragstexten: Anwendung und Didaktik*, in SANDRINI (Ed.), *Übersetzen von Rechtstexten*, Tübingen, 1999, 137 ff.

[7] Näher ENGBERG, *Übersetzen von Gerichtsurteilen: Der Einfluß der Perspektive*, in SANDRINI (Ed.), *Übersetzen von Rechtstexten*, Tübingen 1999, 83 ff.; BALLANSAT, *"Attendu que" – Französische Gerichtsurteile als Herausforderung für den Übersetzer*, in Université de Genève, École de traduction et d'interprétation (Ed.), *La traduction juridique*, Genf, 2000, 713 ff.

[8] Dazu insbesondere DE GROOT, *Probleme juristischer Übersetzungen aus der Perspektive eines Rechtsvergleichers*, in (*Japanese) Comparative Law Review*, XIX-3, 1985, 1 (37 ff.); DERS., *Zweisprachige juristische Wörterbücher*, in SANDRINI (Ed.), *Übersetzen von Rechtstexten*, Tübingen, 1999, 203 ff.; DERS., *Rechtsvergleichung als Kerntätigkeit bei der Übersetzung juristischer Terminologie*, in Haß-Zumkehr (Ed.), *Sprache und Recht*, Berlin-New York, 2002, 222 (236 ff.); CHROMÁ, *Legal Translation and the Dictionary*, Tübingen, 2004.

[9] SANDRINI, *Translation zwischen Kultur und Kommunikation: Der Sonderfall Recht*, in SANDRINI (Ed.), *Übersetzen von Rechtstexten*, Tübingen, 1999, 9 (34 ff., 39).

daher im Folgenden auf Gesetzesübersetzungen[10]. Aufgrund meiner sprachlichen und fachlichen Neigungen entstammen die Beispiele weitestgehend dem deutschen Zivil- und Prozessrecht in seinen deutschen, englischen und japanischen Fassungen.

Im Zentrum des Beitrags steht die (Anti-)These, dass Rechtsübersetzung keine Rechtsvergleichung sei (II.). Gesetzesübersetzungen unterliegen vielmehr in besonderem Maße dem Authentizitätsgebot (III.). Daraus folgt, dass es keine unübersetzbaren Begriffe gibt (IV.) und gleichlautende Begriffe grundsätzlich mit demselben Begriff zu übersetzen sind (V.), auch wenn eine Gesetzesübersetzung je nach Ausgangs- und Zielsprache mit mehr oder weniger großen Verlusten einhergeht, die sich nur begrenzt kompensieren lassen (VI.).

II. *Rechtsübersetzung ist nicht notwendigerweise Rechtsvergleichung*

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist die These verbreitet, Rechtsübersetzung sei in erster Linie Rechtsvergleichung[11]. Danach sei jede Rechtsübersetzung zwingend an rechtsvergleichenden Methoden[12] und Maßstäben auszurichten. So wäre beispielsweise unter Zugrundelegung einer funktional-rechtsvergleichenden Methode[13] in der Zielsprache der

[10] Zur Kontroverse zwischen wörtlichem und interessenorientiertem Dolmetschen im Strafverfahren KRANJČIĆ, *„[…] dass er treu und gewissenhaft übertragen werde." – Zum Dolmetschen im Strafverfahren*, Tübingen, 2010; dazu KÜHNE, in *JZ*, 66, 2011, 99.

[11] HENDERSON, *Japanese Law in English: Reflections on Translation*, in *Journal of Japanese Studies*, 6, 1980, 117 (125 f.); DE GROOT, *Probleme juristischer Übersetzungen aus der Perspektive eines Rechtsvergleichers*, cit., 1 (14); DERS., *Rechtsvergleichung als Kerntätigkeit bei der Übersetzung juristischer Terminologie*, cit., 222 ff.; SCHÜTZE, *Probleme der Übersetzung im Zivilprozeßrecht*, in K.P. BERGER (Ed.), *Festschrift Otto Sandrock*, Heidelberg, 2000, 871 f.; SACCO/P. ROSSI, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (in der deutschen Übersetzung von JOUSSEN/SEIFERT), 3rd Ed., Baden-Baden, 2017, Zweites Kapitel § 2 Rn. 43 f., 105; LAWSON, *Found in Translation: The "Transparency of Japanese Law Project" in Context*, in *ZJapanR/J.Japan.L*, 12, 2007, 187 (193); STOLZE, *Expertenwissen des juristischen Fachübersetzers*, in SANDRINI (Ed.), *Übersetzen von Rechtstexten*, Tübingen, 1999, 45 (49); DALLMANN, *Äquivalent oder doch nicht?*, HOFFMANN/KEßLER/MALLON (Eds.), *Sprache und Recht*, Berlin, 2017, 48 ff.; DIES., *Recht und Sprache – murder ≠ Mord, Von der Arbeit eines Lawyer-Linguist*, in *Ad Legendum*, 18, 2021, 161 (162); FUGLINSZKY/SOMSSICH, *Language-bound terms – term-bound languages: the difficulties of translating a national civil code into a lingua franca*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 33, 2020, 749 ff.

[12] Zum Methodenstreit in der Rechtsvergleichung GROßFELD, *Sinn und Methode der Rechtsvergleichung*, in K. P. BERGER (Ed.), *Festschrift Otto Sandrock*, Heidelberg, 2000, 329 ff.; KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, cit., § 3 (92 ff.); BRAND, *Language as a Barrier to Comparative Law*, in OLSEN/LORZ/STEIN (Eds.), *Translation Issues in Language and Law*, Basingstoke, 2009, 18 (30 ff.).

[13] Dazu statt aller ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., § 3 II. (33 ff.); KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, cit., § 3 Rn. 3 ff. (93 ff.); MICHAELS, *The Functional Method of Comparative Law*, in REIMANN/R. ZIMMERMANN (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd Ed., Oxford, 2019, 345 ff.; RIESENHUBER, *Rechtsvergleichung als Methode der Rechtsfindung?*, in *AcP*, 218, 2018, 693 (695 f.).

Rechtsbegriff des jeweiligen funktionalen Äquivalents zu wählen. Doch diese Sicht ist verkürzt. Rechtsübersetzungen können für die Zwecke der Rechtsvergleichung[14] dienlich, mitunter sogar unerlässlich sein, weil nur die wenigsten Rechtsvergleicher und anderen Personen, an die sich ihre Erkenntnisse richten, die nötigen Kenntnisse in einer Vielzahl von Sprachen haben[15].

1. *Rechtsübersetzungen in ein und derselben Rechtsordnung*

Rechtsübersetzung kann aber darüber hinaus vielen anderen Zwecken dienen, die mit Rechtsvergleichung nichts zu haben. Das Dolmetschen im Gerichts- und Verwaltungsverfahren gehört ebenso dazu wie die Arbeit in Staaten und Organisationen mit mehreren Amts- und damit Rechtssprachen[16]. Hier beziehen sich Ausgangs- und Zielsprache exklusiv auf ein und dieselbe Rechtsordnung und die Adressaten der Zielsprache sollen und werden die Übersetzung[17] nicht mit dem Vorverständnis der Rechtssprache einer anderen Rechtsordnung verstehen. Das betrifft auch Nicht-Juristen, für die beispielsweise ein Vertragsentwurf

[14] Zu diesen ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., § 2 (12 ff.); SACCO/P. ROSSI, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., Erstes Kapitel § 1 Rn. 1 ff.; KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, cit., § 2 (47 ff.); BASEDOW, *Hundert Jahre Rechtsvergleichung*, in *JZ*, 71, 2016, 269 f.; RIESENHUBER, *Rechtsvergleichung als Methode der Rechtsfindung?*, cit., 693 (694 f.).

[15] KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, cit., § 1 Rn. 20 ff. (9 ff.); CURRAN, *Comparative Law and Language*, in REIMANN/R. ZIMMERMANN (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd Ed., Oxford, 2019, 681 (684).

[16] SANDRINI, *Translation zwischen Kultur und Kommunikation: Der Sonderfall Recht*, cit., 9 (18 f.); ŠARČEVIĆ, *Das Übersetzen normativer Rechtstexte*, in SANDRINI (Ed.), *Übersetzen von Rechtstexten*, Tübingen, 1999, 103 ff.; GIZBERT-STUDNICKI, *Das Problem des Übersetzens und das juristische Weltbild*, in FRANK/MAAß/PAUL/TURK (Eds.), *Übersetzen, verstehen, Brücken bauen, Geisteswissenschaftliches und literarisches Übersetzen im internationalen Kulturaustausch*, I, Berlin, 1993, 305 (309 ff.); KISCHEL, *Legal Cultures – Legal Languages*, in OLSEN/LORZ/STEIN (Eds.), *Translation Issues in Language and Law*, Basingstoke, 2009, 7 (10 f.); zur Sprachenvielfalt in Europa als Rechtsproblem näher KJÆR, *Überlegungen zum Verhältnis von Sprache und Recht bei der Übersetzung von Rechtstexten der Europäischen Union*, in SANDRINI (Ed.), *Übersetzen von Rechtstexten*, Tübingen, 1999, 63 ff.; AJANI/PERUGINELLI/SARTOR/TISCORNIA, *The Multilanguage Complexity of European Law*, Firenze 2007 (dazu R. KOCH, in *European Review of Private Law*, 16, 2008, 1131 ff.]); R. KOCH, *Babylonische Verhältnisse in Europa? Die Konvergenz europäischen und nationalen Privatrechts vor dem Hintergrund der Sprachenvielfalt*, in BUSCH/KOPP/MC GUIRE/M. ZIMMERMANN (Eds.), *Europäische Methodik. Konvergenz und Diskrepanz europäischen und nationalen Privatrechts*, in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, Osnabrücker Tagung, 2009, Stuttgart, 2010, 51 (52 ff.); COLNERIC, *Multilingual and Supranational Law in the EU: 'United in Diversity' or 'Tower of Babel'?*, in VOGEL (Ed.), *Legal Linguistics Beyond Borders: Language and Law in a World of Media. Globalisation and Social Conflicts*, Berlin, 2019, 167 ff.; VOGEL, *Legal Linguistics in Germany – History, Working Groups, Concepts*, in DERS. (Ed.), *Legal Linguistics Beyond Borders: Language and Law in a World of Media. Globalisation and Social Conflicts*, Berlin, 2019, 99 (113 f.); CURRAN, *Comparative Law and Language*, cit., 681 (703 ff.); speziell zum EuGH, MCAULIFFE, *Translation at the Court of Justice of the European Communities*, in OLSEN/LORZ/STEIN (Eds.), *Translation Issues in Language and Law*, Basingstoke, 2009, 99 ff.

[17] Zur Unterscheidung von Rechtsübersetzung und mehrsprachiger Normerzeugung DOCZEKALSKA, *Drafting or Translation – Production of Multilingual Legal Texts*, in OLSEN/LORZ/STEIN (Eds.), *Translation Issues in Language and Law*, Basingstoke, 2009, 116 (118 ff.).

übersetzt oder im Prozess gedolmetscht wird. Wird ein nach deutschem Recht verfasster Vertragsentwurf oder die Kommunikation eines nach deutschem Recht geführten Prozesses aus dem Deutschen in das Englische übersetzt, stellt sich nicht die Frage, inwieweit die Übersetzung anglo-amerikanische Rechtsterminologie verwenden oder diese bewusst vermeiden sollte. Weil der Adressat über keinerlei vertiefte Rechtskenntnisse verfügt, besteht weder die Gefahr noch das Bedürfnis, durch die Übersetzung Assoziationen zu einem anderen Rechtssystem hervorzurufen, um so das Verständnis für das Rechtssystem der Ausgangssprache zu erleichtern. Was die Parteien gemeint haben, ist genauso eine nachgelagerte normative Auslegungs- und Qualifikationsfrage wie in einem rein nationalsprachlichen Kontext, die durch die Übersetzung weder determiniert noch entbehrlich wird.

Das Gleiche gilt für Übersetzungen, die sich an Juristen richten, die über gute Kenntnisse in dem Rechtssystem der zu übersetzenden Sprache verfügen. Wenn deutsche Richter und Anwälte einen deutschen Zivilprozess in englischer Sprache führen (vgl. § 185 Abs. 2, 3 des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes [im Folgenden: GVG])[18], besteht nicht die Gefahr, dass durch den Gebrauch anglo-amerikanischer Rechtsterminologie falsche Vorstellungen vom deutschen Recht entstehen. Geht es in dem Prozess um die Hypothekenhaftung an einem in Deutschland belegenen Grundstück, auf den deutsches Recht anwendbar ist und der nur deswegen auf Englisch geführt wird, um den Parteien einen Dolmetscher zu ersparen, so spielt es keine Rolle, ob man von *Hypotheca* oder *mortgage* oder *land pledge* spricht[19]. Für das Rechtsverständnis ist es in diesem Fall unerheblich, ob und inwieweit die deutsche *Hypothek* mit der anglo-amerikanischen *mortgage* vergleichbar ist.

[18] Vgl. HAU, *Fremdsprachengebrauch durch deutsche Zivilgerichte – vom Schutz legitimer Parteiinteressen zum Wettbewerb der Justizstandorte*, in MICHAELS/SOLOMON (Eds.), *Liber Amicorum Klaus Schurig*, München, 2012, 49 ff.; und zu dahingehenden Reformbestrebungen und Pilotprojekten, ebenda, 58 ff., sowie RÜHL, *Auf dem Weg zu einem europäischen Handelsgericht?*, in *JZ*, 73, 2018, 1073 (1075 f.); JACOBS, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur ZPO*, 23rd Ed., IX, Tübingen, 2020, Vor § 184 GVG Rn. 3 ff., jeweils m.w.N.; jüngst Bundesrats-Drucksache 219/21.

[19] Unbegründet daher die Bedenken von DREESEN/HOFFMANN, *Sprache als immanenter Teil der Rechtsordnung*, KritV, 94, 2011, 194 (200 ff.).

2. *Interpretieren ist nicht übersetzen*

Die Gefahr, durch unreflektierten Gebrauch einer bestimmten Rechtsterminologie in einer Übersetzung falsche Vorstellungen vom Rechtssystem der Ausgangssprache zu erzeugen, besteht überhaupt nur dann, wenn die Adressaten über gute Kenntnisse eines Rechtssystems verfügen, für das die Zielsprache die originäre Rechtssprache ist. Für eine Rechtsübersetzung ist juristisches Vorverständnis in den Rechtssystemen, für die die Zielsprache originäre Rechtssprache ist, also zwiespältig. Gewiss erleichtert jedwede Rechtskenntnis das Verständnis eines juristischen Textes. Das hat aber nichts mit dem Übersetzungsproblem zu tun. Ein deutscher Jurist mit guten Englischkenntnissen wird auch ohne Übersetzung stets ein besseres Verständnis vom englischen Recht erlangen als ein deutscher Nicht-Jurist mit den gleichen Sprachkenntnissen.

Wer vom Rechtsübersetzer verlangt, nach rechtsvergleichenden Methoden und Maßstäben zu arbeiten, der übersteigert die Anforderungen an den Übersetzungsprozess. Es ist Aufgabe eines Rechtsübersetzers, den sprachlichen Zugang zu rechtlicher Kommunikation zu eröffnen. Es ist nicht seine Aufgabe, den Adressaten ein darüberhinausgehendes tieferes Verständnis vom Rechtssystem der Ausgangssprache zu verschaffen[20]. Andernfalls erwartete man von der Übersetzung mehr als vom Original. Der Rechtsübersetzer ist kein „*Legal Information Broker*"[21]. Um ein tieferes Verständnis einer fremden Rechtsordnung zu erlangen, reicht es nicht aus, den (übersetzten) Gesetzestext zu lesen[22]. Da geht es dem fremdsprachigen Juristen nicht anders als dem muttersprachlichen Studienanfänger. Um es mit ECO (bzw. KROEBER) zu sagen: „*Interpretieren ist nicht übersetzen*"[23]. Die Interpretation des zu übersetzenden Textes ist notwendige Vorbedingung des Übersetzens[24]. Auf die Rechtsübersetzung übertragen heißt das, der Übersetzer braucht gute Kenntnisse über das Rechtssystem, aus

[20] Zu weitgehend daher SANDRINI, *Translation zwischen Kultur und Kommunikation: Der Sonderfall Recht*, cit., 9 (26 ff.).
[21] So aber OBENAUS, *The Legal Translator as Information Broker*, in MORRIS (Ed.), *Translation and the Law*, Amsterdam/Philadelphia, 1995, 247.
[22] HENDERSON, *Japanese Law in English: Reflections on Translation*, cit., 117 (138 f.).
[23] ECO, *Quasi dasselbe mit anderen Worten. Über das Übersetzen*, cit., 267 ff.; vgl. auch POMMER, *Rechtsübersetzung und Rechtsvergleichung*, Frankfurt am Main, 2006, 132 ff.
[24] ECO, *Quasi dasselbe mit anderen Worten. Über das Übersetzen*, cit., 288 ff.; PAEPCKE, *Zum Problem von Sprache und Recht*, in BERGER/SPEIER (Eds.), *Im Übersetzen leben*, Tübingen, 1986, 242 (244 ff.).

dem der zu übersetzende Text stammt[25], und er braucht hinreichende Kenntnisse in der Ausgangs- und Zielsprache. Was er nicht unbedingt braucht, sind vertiefte Kenntnisse über Rechtssysteme, für die die Zielsprache die originäre Rechtssprache ist[26].

3. *Eine Zielsprache – mehrere Rechtsordnungen*

Eine Zielsprache ist häufig für mehrere Rechtsordnungen die originäre Rechtssprache. Das gilt insbesondere für das Englische als diejenige Sprache, die wohl am häufigsten als Zielsprache für Rechtsübersetzungen dient. Englisch ist die Amts- und damit originäre Rechtssprache in vielen Staaten, die dem Rechtskreis des *Common Law* zuzuordnen sind[27]. Weil diese Rechtsordnungen sich aber zum Teil deutlich unterscheiden, kann man kaum von einer einheitlichen anglo-amerikanischen Rechtsterminologie sprechen[28]. Nach rechtsvergleichenden Maßstäben kann es also keine Rechtsübersetzungen in *das* Englische geben, sondern allenfalls in das US-amerikanische, irische, australische etc. Rechtsenglisch[29]. Das Gleiche gilt für Rechtsübersetzungen in das Deutsche und Italienische, die ebenfalls originäre Rechtssprachen für unterschiedliche Rechtsordnungen sind[30]. Derart übersteigerte Anforderungen machten gute Rechtsübersetzungen entweder praktisch unmöglich oder – wenn sie tatsächlich stets nur auf eine spezifische Rechtssprache ausgerichtet würden[31] – reduzierten ihren Adressatenkreis erheblich.

---

[25] SANDRINI, *Terminologiearbeit im Recht*, Wien, 1996, 17; DE GROOT, *Rechtsvergleichung als Kerntätigkeit bei der Übersetzung juristischer Terminologie*, in HAß-ZUMKEHR (Ed.), *Sprache und Recht*, Berlin/New York, 2002, 222 (224).
[26] Anders SANDRINI, *Translation zwischen Kultur und Kommunikation: Der Sonderfall Recht*, cit., 9 (38 f.).
[27] Vgl. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, cit., § 5 Rn. 1 (243 f.).
[28] GROßFELD, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1996, 5 ff.; KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, cit., § 5 Rn. 225 ff. (360 ff.); DERS., *Legal Cultures – Legal Languages*, cit., 7 (9, 16).
[29] Vgl. POMMER, *Rechtsübersetzung und Rechtsvergleichung*, cit., 28; KISCHEL, *Legal Cultures – Legal Languages*, cit., 7 (9); zahlreiche Beispiele listet MUSTU, *Eigenheiten der englischen Rechtssprache*, in HOFFMANN/KEßLER/MALLON (Eds.), *Sprache und Recht*, Berlin 2017, 248 (251 f.).
[30] Vgl. SANDRINI, *Translation zwischen Kultur und Kommunikation: Der Sonderfall Recht*, cit., 9 (30); DE GROOT, *Rechtsvergleichung als Kerntätigkeit bei der Übersetzung juristischer Terminologie*, cit., 222 (226); SACCO/P. ROSSI, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., Zweites Kapitel § 2 Rn. 26 ff.; KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, cit., § 1 Rn. 22 (10); DERS., *Legal Cultures – Legal Languages*, cit., 7 (9, 16); HAU, *Fremdsprachengebrauch durch deutsche Zivilgerichte – vom Schutz legitimer Parteiinteressen zum Wettbewerb der Justizstandorte*, in MICHAELS/SOLOMON (Eds.), *Liber Amicorum Klaus Schurig*, München, 2012, 49 (62 mit Fn. 85).
[31] Dafür DE GROOT, *Rechtsvergleichung als Kerntätigkeit bei der Übersetzung juristischer Terminologie*, cit., 222 (226 ff.); FUGLINSZKY/SOMSSICH, *Language-bound terms – term-bound languages: the difficulties of translating a national civil code into a lingua franca*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 33, 2020, 749 (756).

Ausgeblendet werden zudem diejenigen Adressaten, für die die Zielsprache auch bloß eine Fremdsprache ist. Wenn sich ein deutscher Jurist ohne vertiefte Japanischkenntnisse über das japanische (Gesetzes-)Recht informieren will, bieten ihm seit einiger Zeit die halboffiziellen englischen Übersetzungen vieler japanischer Gesetze[32] einen guten Einstieg, weil Englisch als (erste) Fremdsprache in Deutschland[33] sehr verbreitet ist. Auch die mittlerweile in großer Zahl verfügbaren halboffiziellen englischen Übersetzungen deutscher Gesetze[34] haben keinen spezifisch anglo-amerikanischen Adressatenkreis, sondern sind in Englisch als *lingua franca* abgefasst[35]. Obwohl also hier die Zielsprache jeweils Englisch ist, heißt das nicht zwangsläufig, dass die in der Übersetzung verwendete Rechtsterminologie dem anglo-amerikanischen Rechtskreis entstammen sollte. Weil das japanische und das deutsche Zivilrecht viele strukturelle Gemeinsamkeiten aufweisen[36], so dass sie nach rechtsvergleichenden Maßstäben eng verwandt scheinen[37], könnten englische Übersetzungen gerade deswegen anders ausfallen (müssen). Richtet sich eine Übersetzung eher an Adressaten aus dem *Common-law*-Rechtskreis, könnte man für das Grundpfandrecht des japanischen Zivilrechts (抵当権

[32] Abrufbar unter https://www.japaneselawtranslation.go.jp; zum Aufbau dieser Datenbank und zur Methode der Übersetzungen KASHIWAGI, *Translation of Japanese Statutes into English*, in *ZJapanR/J.Japan.L*, 12, 2007, 221 ff.; LAWSON, *Found in Translation: The "Transparency of Japanese Law Project" in Context*, cit., 187 ff.

[33] Zur Verbreitung in den Mitgliedsstaaten der EU nach dem Brexit und im Vergleich zu Deutsch und Französisch als Fremdsprache COLNERIC, *Multilingual and Supranational Law in the EU: 'United in Diversity' or 'Tower of Babel'?*, cit., 167 (182 f.).

[34] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/Teilliste_translations.html.

[35] Zur Problematik der Übersetzung des ungarischen Zivilgesetzbuchs in ein unspezifisches, nicht nationalstaatlich gebundenes Englisch FUGLINSZKY/SOMSSICH, *Language-bound terms – term-bound languages: the difficulties of translating a national civil code into a lingua franca*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 33, 2020, 749 ff.; dort (756 ff.) auch der Hinweis, dass die halboffizielle englische Übersetzung des deutschen BGB als begriffliches Reservoir diente; zur Problematik von Englisch als Vertragssprache TRIEBEL, *Pitfalls of English as a Contract Language*, in: OLSEN/LORZ/STEIN (Eds.), *Translation Issues in Language and Law*, Basingstoke, 2009, 147 ff.

[36] KITAGAWA, *Das Methodenproblem in der Dogmatik des japanischen bürgerlichen Rechts*, in *AcP*, 166, 1966, 330 ff.; DERS., *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan*, Frankfurt am Main/Berlin, 1970, 27 ff.; BAUM/BÄLZ, *Rechtsentwicklung, Rechtsmentalität, Rechtsumsetzung*, in DIES. (Eds.), *Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, Köln, 2011, § 1 Rn. 15 ff.; SANDERS, *Die japanische Rezeption europäischen Zivilrechts – Ein Modell für die europäische Rechtsvereinheitlichung?*, in *ZEuP*, 10, 2002, 96 (101 ff.); insbesondere zur Übersetzungsproblematik bei der Rezeption MURAKAMI, *Die Übersetzung deutsche rechtswissenschaftlicher Literatur im Aufbruch der Modernisierung in Japan*, in FRANK/MAAß/PAUL/TURK (Eds.), *Übersetzen, verstehen, Brücken bauen, Geisteswissenschaftliches und literarisches Übersetzen im internationalen Kulturaustausch*, I, Berlin, 1993, 335 ff.; SHIYAKE, *Die Rezeption der europäischen Rechtskultur durch Übersetzungen*, in FRANK/MAAß/PAUL/TURK (Eds.), *Übersetzen, verstehen, Brücken bauen, Geisteswissenschaftliches und literarisches Übersetzen im internationalen Kulturaustausch*, I, Berlin, 1993, 376 ff.; YU-CHEOL SHIN, *Übersetzungsprobleme bei der Rezeption europäischer Rechte in Ostasien*, in SCHERMAIER/GEPHART (Eds.), *Rezeption und Rechtskulturwandel. Europäische Rechtstraditionen in Ostasien und Russland*, Frankfurt am Main, 2016, 35 ff.

[37] ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3rd Ed., Tübingen 1996, § 21 (289 ff); KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, cit., § 9 Rn. 143 ff. (792 f.); NOTTAGE, *The Development of Comparative Law in Japan*, in REIMANN/R. ZIMMERMANN (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd Ed., Oxford 2019, 201 (203 f.).

teitōken) die Übersetzung als *mortgage* vorziehen[38]. Für den des Englischen mächtigen deutschen Leser schiene hingegen *Hypothec* vorzugswürdig.

Eine rechtsvergleichende Perspektive könnte aber mit guten Gründen auch dafür streiten, die Rechtsterminologie der Zielsprache bewusst zu vermeiden. Weil kein Rechtssystem vollständig identisch ist mit einem anderen Rechtssystem – sonst wäre es kein *anderes* Rechtssystem – kann es auch keine sprachlichen Äquivalente geben, die in einem Rechtssystem der Zielsprache exakt dieselben Merkmale aufweisen wie im Rechtssystem der Ausgangssprache[39]. Eine Hypothek des deutschen Rechts weist bestimmte Merkmale auf, die eine *mortgage* des anglo-amerikanischen Rechts oder das 抵当権 (*teitōken*) des japanischen Rechts ebenfalls aufweisen. Allen Rechtsinstituten ist gemeinsam, dass sie in ihrer jeweiligen Rechtsordnung ein akzessorisches Sicherungsrecht an einer unbeweglichen Sache darstellen. Hält man diese Merkmale für wesentlich, die verbleibenden Unterschiede hingegen nicht, kann man die deutsche Hypothek als *mortgage* in das Englische und als 抵当権 (*teitōken*) in das Japanische übersetzen. Man kann es aber auch aufgrund der strukturellen Unterschiede zwischen *Civil-law*- und *Common-law*-Systemen[40] bewusst vermeiden, Rechtstermini aus den einen Systemen mit solchen aus den anderen zu übersetzen. Einer solchen Ansicht zufolge kann man zwar die *Hypothek* als 抵当権 (*teitōken*) in das Japanische übersetzen, sollte aber bei einer Übersetzung in das Englische den Begriff *mortgage* vermeiden und lieber eine Hilfskonstruktion wie *Hypotheca* wählen, wie das eine ältere Übersetzung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (im Folgenden: BGB) gemacht hat[41]. Die Entscheidung darüber, wie die deutsche Hypothek ins *Englische* zu übersetzen ist, ist also zu unterschiedlichen Zeiten bei unterschiedlichen Übersetzern unterschiedlich ausgefallen. Die rechtsvergleichende Perspektive[42] kann für

[38] So die halboffizielle englische Übersetzung des japanischen Zivilgesetzes (民法 *minpō*), abrufbar unter https://www.japaneselawtranslation.go.jp; zu den Erwägungen KASHIWAGI, *Translation of Japanese Statutes into English*, cit., 221 (224 f.).

[39] Am Beispiel der *Arrha* WINDEL, *Die Arrha – Ein kleiner Zapfenstreich*, in C. BERGER/BOEMKE/HAERTLEIN/HEIDERHOFF/SCHILKEN (Eds.), *Festschrift Ekkehard Becker-Eberhard*, München 2022 (im Erscheinen), sub. II.; am Beispiel von *contract* und *contrat* SACCO/P. ROSSI, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., Zweites Kapitel § 2 Rn. 37 ff.

[40] Dazu nur ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., § 18 (250 ff.); KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, cit., §§ 5, 6 & 7 insb. Rn. 228 ff. (243 ff., 389 ff., 554 ff., 666 ff.).

[41] WANG, *The German Civil Code*, London, 1907.

[42] Zur methodischen Frage, ob bei der Rechtsvergleichung der Fokus eher auf den Gemeinsamkeiten oder den Unterschieden liegen sollte DANNEMANN, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, in REIMANN/R.

beide Möglichkeiten streiten[43] und liefert daher keinen Maßstab für oder gegen eine bestimmte Übersetzungsentscheidung. Das ist darauf zurückzuführen, dass auch Rechtsvergleichung auf Werturteilen beruht[44].

4. *Das übersetzerische und das rechtsvergleichende Werturteil*

Die Übersetzungsentscheidung und das rechtsvergleichende Werturteil sind zwei grundverschiedene Akte. Eine Rechtsübersetzung kann die Arbeit des Rechtsvergleichers in sich tragen – sie muss es aber nicht[45]. Wird ein Rechtsbegriff der Ausgangssprache in einen treffenden Rechtsbegriff der Zielsprache übertragen, so ist das das Ergebnis zweier gedanklicher Operationen. Der erste Schritt ist die rein sprachliche Übersetzung. Für den Begriff der Ausgangssprache wird nach einem sprachlichen Äquivalent in der Zielsprache gesucht. Zumeist wird es mehrere Möglichkeiten mit unterschiedlichen Vor- und Nachteilen geben. Der Übersetzer muss eine Entscheidung treffen. Die Entscheidung ist nach ECO (bzw. KROEBER) das Ergebnis einer „*Verhandlung*"[46]. Der zweite davon zu trennende Schritt ist die Suche nach einem treffenden Äquivalent in der Rechtsterminologie der Zielsprache. Dieser zweite Schritt ist ein genuin juristischer. Er kann bereits den ersten Schritt beeinflussen, indem man nämlich die Suche nach möglichen treffenden Ausdrücken von vornherein auf die Rechtsterminologie der Zielsprache beschränkt oder bewusst einen Ausdruck sucht, der von der Rechtsterminologie der Zielsprache gerade nicht besetzt ist. Die Entscheidung für oder gegen einen äquivalenten Rechtsbegriff in der Zielsprache ist das Ergebnis eines zweiten Verhandlungsprozesses, der nicht nach sprachlichen, sondern rechtlichen Maßstäben erfolgt. Wenn man Rechtsübersetzung im Kern als Rechtvergleichung begreift, verschleiert man damit, dass die Vergleichbarkeit zweier Rechtssysteme oder -institute eine normative Wertungsfrage ist. Eine rechtsvergleichende Wertung ist überhaupt nur möglich, indem bestimmte

ZIMMERMANN (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd Ed., Oxford, 2019, 390 ff.; CURRAN, *Comparative Law and Language*, cit., 681 (688 ff.).

[43] Vgl. exemplarisch FUGLINSZKY/SOMSSICH, *Language-bound terms – term-bound languages: the difficulties of translating a national civil code into a lingua franca*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 33, 2020, 749 (766 ff.).

[44] RIESENHUBER, *Rechtsvergleichung als Methode der Rechtsfindung?*, cit., 693 (715 ff.).

[45] POMMER, *Rechtsübersetzung und Rechtsvergleichung*, cit., 156 f.; KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, cit., § 1 Rn. 26 (11); STOLZE, *Expertenwissen des juristischen Fachübersetzers*, cit., 45.

[46] ECO, *Quasi dasselbe mit anderen Worten. Über das Übersetzen*, cit., 11, 19, 107; ähnlich CURRAN, *Comparative Law and Language*, cit., 681 (685): „*a matter of debate*".

Elemente einer Regelung als wesentlich herausgestellt, andere hingegen als unwesentlich ausgeblendet werden. Damit zwangsläufig einher geht ein „*Verlust an Genauigkeit*“[47]. Dieser Präzisionsverlust schlägt unweigerlich durch auf eine Rechtsübersetzung, die an rechtsvergleichenden Wertungen ausgerichtet ist. Das rechtsvergleichende Urteil geht also zwangsläufig einher mit einem Verlust an sprachlicher Präzision. Es ist daher nicht verwunderlich, wenn umgekehrt aus rechtsvergleichender Sicht gesagt wird, je schärfer eine Übersetzung scheint, desto ungenauer sei sie[48].

III. *Das Authentizitätsgebot*

Bei einer Gesetzesübersetzung sollte dem Authentizitätsgebot Priorität eingeräumt werden. Sie sollte das Original möglichst unverfälscht wiedergeben[49]. Rechtsvergleichende Maßstäbe sind dagegen geeignet, die Authentizität einer Übersetzung zu verfälschen. Sie nötigen dem Adressaten das juristische Urteil des Übersetzers auf und erschweren es ihm, sich selbst eines zu bilden. Das sei am Beispiel von Ersitzung und Verjährung verdeutlicht[50].

An anderer Stelle habe ich den Gedanken geäußert, im BGB seien Ersitzung und Verjährung sowohl begrifflich als auch funktional voneinander geschieden[51]. Andere meinen dagegen, Ersitzung und Verjährung ähnelten sich auch heute noch funktional[52]. Wieder andere

---

[47] CANARIS, *Theorienrezeption und Theorienstruktur*, in LESER/ISOMURA (Eds.), *Festschrift Zentarō Kitagawa*, Berlin, 1992, 59 (84); RIESENHUBER, *Rechtsvergleichung als Methode der Rechtsfindung?*, in *AcP*, 218, 2018, 693 (715).

[48] GROßFELD, *Sprache und Schrift als Grundlage unseres Rechts*, in *JZ*, 52, 1997, 633 (635).

[49] BEYER/CONRADSEN, *Translating Japanese Legal Documents into English: A Short Course*, in MORRIS (Ed.), *Translation and the Law*, Amsterdam/Philadelphia, 1995, 145 (153); auch explizit einige Vertreter der These, Rechtsübersetzung sei Rechtsvergleichung, HENDERSON, *Japanese Law in English: Reflections on Translation*, cit., 117 (144, 151); FUGLINSZKY/SOMSSICH*, Language-bound terms – term-bound languages: the difficulties of translating a national civil code into a lingua franca*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 33, 2020, 749 (752 ff.).

[50] Am Beispiel der deutschen Übersetzungen des japanischen Stellvertretungsrechts WINDEL, *Die gewillkürte Vertretungsmacht in Deutschland und Japan*, in *ZJapan*R/*J.Japan.L*, 25, 2020, 75 (81 f.).

[51] KORVES, *Eigentumsunfähige Sachen?*, Tübingen, 2014, 21; ebenso REMIEN, *Internationale Reformen des Verjährungsrechts und die japanische Neuregelung in den Artikeln 144 ff.* Minpō *2020*, in *ZJapan*R/*J.Japan.L*, 24, 2019, 231 (234); zur Dogmengeschichte näher PIEKENBROCK, *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung*, Tübingen, 2006, 30 ff., 138 ff.; BUCHWITZ, *Die Metamorphose der Ersitzung*, in KURZBEIN ET AL. (Eds.), in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2013, Metamorphose des Zivilrechts, Stuttgart, 2014, 199 (201 ff.); HATTENHAUER**,** *Prescription and Limitation in Germany and Austria from the late 18th Century to the 2002 Reform of the German Law of Limitation and Obligations*, in DONDORP/IBBETSON/SCHRAGE (Eds.), *Limitation and Prescription*, Berlin, 2019, 507 ff.; prägnant BALDUS, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8th Ed., München, 2020, § 937 Rn. 1 f.

[52] BUCHWITZ in *Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB*, München (01.05.2021), § 937 Rn. 4, 63 ff.; zu den Konsequenzen für die vieldiskutierten Beutekunst-Fälle BALDUS, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8th Ed., cit., § 937 Rn. 4 f.; allgemeiner zur Problematik von Vindikationsverjährung und Ersitzung KORVES, *Eigentumsunfähige Sachen?*, Tübingen, 2014, 20 ff.

stellen den Zusammenhang zwischen Ersitzung und gutgläubigem Erwerb heraus[53]. Der dogmengeschichtliche Zusammenhang streitet dafür, die Ersitzung mit *aquisition by prescription* zu übersetzen, wie das die halboffizielle englische Übersetzung des BGB (§§ 937 ff. BGB)[54] macht. Gleichzeitig wird dort die Verjährung (§§ 194 ff.) als *limitation* bezeichnet. Authentischer sind hingegen die älteren englischen Übersetzungen[55], die die *Verjährung* mit *prescription* und die *Ersitzung* mit *usucap(t)ion* übersetzen, weil die Ersitzung mit der Verjährung sprachlich nicht verwandt und die Anspruchsverjährung bei uns seit WINDSCHEID[56] gerade kein prozessuales Institut mehr ist[57].

Im japanischen Zivilgesetz sind *erwerbende* und *erlöschende Verjährung* sowohl systematisch als auch sprachlich bis heute eng miteinander verbunden.[58] Beide Formen finden sich im sechsten Abschnitt des Allgemeinen Teils des Zivilgesetzes (Artt. 144 ff. 民法 *minpō* [im Folgenden: japZG]), der mit 時効 (*jikō*) überschrieben ist, welcher damit als Oberbegriff fungiert. Das erste Zeichen dieses Kompositums bedeutet *Zeit* und das zweite *Wirkung*. Die Verjährung heißt im Japanischen also wörtlich *Wirkung(en) der Zeit* (*effect[s] of time*). Die *erwerbende Verjährung* (Artt. 162 ff. japZG) wird dementsprechend als 取得時効 (*shutoku-jikō*) bezeichnet, die *erlöschende Verjährung* als 消滅時効 (*shōmetsu-jikō*). In beiden Termini kommt sprachlich zum Ausdruck, dass es sich um Unterfälle der Verjährung handelt. Sowohl eine ältere[59] als auch die halboffizielle neuere[60] englische Übersetzung bilden diesen Zusammenhang sprachlich ab und wählen mit *aquisitive prescription* und *extinctive prescription* authentische Begriffe. Die deutschen Übersetzungen fallen unterschiedlich aus: Während die ältesten[61]

[53] STAGL, *Gutgläubiger Fahrniserwerb als ‚sofortige Ersitzung'*, in *AcP*, 211, 2011; BALDUS, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8th Ed., cit., § 937 Rn. 3, 6 f.
[54] Abrufbar unter http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.
[55] WANG, *The German Civil Code*, London, 1907; FORRESTER/GOREN/ILGEN, *The German Civil Code*, South Hackensack NJ, 1975; GOREN, *The German Civil Code, Revised Edition*, Littleton CO, 1994.
[56] *Die Actio des römischen Civilrechts, Vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856 (abrufbar unter http://dlib-pr.mpier.mpg.de).
[57] Zur Entwicklung PIEKENBROCK, *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung*, Tübingen, 2006, 143 ff.
[58] NAGATA, *Die Verjährung im japanischen Zivilrecht und ihre Reform*, Tübingen, 2017, 69 ff.; NAGANO, *Verjährung*, in YAMAMOTO/KOZIOL, *Das reformierte japanische Schuldrecht*, Tübingen, 2021, 43 (44 f.); REMIEN, *Internationale Reformen des Verjährungsrechts und die japanische Neuregelung in den Artikeln 144 ff.* Minpō *2020*, in *ZJapan*R/*J.Japan.*L, 24, 2019, 231 (234 f.).
[59] LÖNHOLM, *The Civil Code of Japan*, Tōkyō, 1898.
[60] Abrufbar unter https://www.japaneselawtranslation.go.jp.
[61] LÖNHOLM, *The Civil Code of Japan*, cit.; VOGT, *Japanisches Bürgerliches Gesetzbuch*, Berlin, 1927.

und die neueste[62] Übersetzung die Begriffe ebenfalls authentisch mit *erwerbende Verjährung* und e*rlöschende Verjährung* übersetzen, wählen andere Übersetzungen[63] einerseits ebenfalls die Ausdrücke *Verjährung* und *erlöschende Verjährung*, andererseits den Terminus *Ersitzung*[64]. Das mag aus rechtsvergleichender Sicht erwünscht sein, wenn man die 取得時効 (*shutoku-jikō*) des japanischen Rechts und die Ersitzung des deutschen Rechts für Funktionsäquivalente hält[65]. Es geht aber am japanischen Ausdruck vorbei[66] und zerreißt sprachlich den systematischen Zusammenhang nicht nur mit der *erlöschenden Verjährung*, sondern auch mit dem Oberbegriff *Verjährung* und den allgemeinen Bestimmungen, die sowohl für die *erlöschende* als auch die *erwerbende Verjährung* Anwendung finden (Artt. 144-161 japZG)[67]. Ebenso ist es umgekehrt aus rechtsvergleichender Sicht konsequent, aber nicht authentisch, die Ersitzung des deutschen Rechts in der japanischen Übersetzung mit dem Ausdruck für die erwerbende Verjährung (取得時効 *shutoku-jikō*) zu übersetzen[68].

Eine Rechtsübersetzung kann das rechtsvergleichende Werturteil ebenso wenig ersetzen wie sie Qualifikationsprobleme im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht lösen kann. Ob man das deutsche Verjährungsrecht im anglo-amerikanischen Kollisionsrecht als

---

[62] YAMAMOTO ET AL., *Übersetzung des novellierten Zivilgesetzes 2020*, in *ZJapanR/J.Japan.L*, 23, 2018, 183 (203 ff.); Wiederabdruck in YAMAMOTO/KOZIOL, *Das reformierte japanische Schuldrecht*, Tübingen, 2021, 177 (208 ff.).

[63] ISHIKAWA/LEETSCH, *Das japanische BGB in deutscher Sprache*, Köln et al., 1985; KAISER, *Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache*, Köln/München, 2008; TAMURA, *Vermögensrecht des Zivilgesetzbuches Japans – Allgemeiner Teil, Sachenrecht und Schuldrecht. Eine Übersetzung in der deutschen Sprache*, 2017.

[64] Das japanisch-deutsche Rechtswörterbuch von GÖTZE, 和独法律用語辞典（*wadoku horitsu yōgo jiten*）第２版　東京２０１２年 (*japanisch-deutsches Rechtswörterbuch*, 2nd Ed., Tōkyō 2012), gibt beide Übersetzungsvarianten an.

[65] Dagegen spricht, dass im japanischen Recht auch andere Rechte als das Eigentum durch Verjährung erworben werden können (vgl. Art. 163 japZG).

[66] Kritisch zu einer allzu starken Anlehnung an die deutsche Nomenklatur MENKHAUS, *Rezension von Kaiser, Andreas, Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache*, in *Japanstudien. Jahrbuch des Deutschen Instituts für Japanstudien*, 21 2009, 344 (346 ff.).

[67] TAMURA, *Vermögensrecht des Zivilgesetzbuches Japans – Allgemeiner Teil, Sachenrecht und Schuldrecht. Eine Übersetzung in der deutschen Sprache*, cit., behilft sich damit, den Verjährungsbegriff (時効 *jikō*) in den allgemeinen Bestimmungen mit „*Ersitzung und Verjährung*" zu übersetzen.

[68] So 神戸大学外国法研究會 現代外国法典叢書 獨逸民法I總則 (*kōbe daigaku gaikokuhō kenkyūkai gendai gaikokuhōten sōsho doitsuminpō ichi sōsoku*) 復刊版東京１９５５年 (FORSCHUNGSGRUPPE FÜR AUSLÄNDISCHES RECHT DER UNIVERSITÄT KŌBE, *Sammlung zeitgenössischer ausländischer Gesetzbücher*, *Deutsches Zivilrecht*, I, *Allgemeine Bestimmungen*, Neuauflage, Tōkyō, 1955).

materiell- oder verfahrensrechtliches Institut qualifiziert, hängt nicht davon ab, ob der Terminus des BGB (§§ 194 ff.) mit *prescription*[69] oder *limitation*[70] übersetzt wird. Die Qualifikationsfrage ist ein juristisches, kein linguistisches Problem. Eine wenig authentische Übersetzung kann die unbefangene juristische Einordnung aber erschweren, weil sie das Werturteil des Übersetzers bereits in sich trägt.

IV. *Es gibt keine unübersetzbaren Begriffe*

Eng zusammen mit der These, Rechtsübersetzung sei zuvörderst Rechtsvergleichung, hängt die Vorstellung, in einem Rechtstext gäbe es unübersetzbare Begriffe[71]. So wird in Rechtsübersetzungen häufig darauf verzichtet, Bezeichnungen für Institutionen zu übersetzen, anscheinend weil sich in der Rechtsordnung der Zielsprache kein rechtes Äquivalent findet. Gemeint sind Bezeichnungen für Staatsglieder und Verwaltungseinheiten, Gerichte und Behörden etc. Solche Begriffe gelten in höchstem Maße als (rechts-)kulturspezifische[72].

Es gibt gewiss Begriffe und Zielsprachen, bei denen die Verhandlungsmöglichkeiten des Übersetzers schlechter sind als bei anderen. Von vornherein auf ein Verhandlungsergebnis zu verzichten, gleicht aber der Kapitulation[73]. Die scheinbare Unübersetzbarkeit eines Begriffs resultiert aus einer überhöhten Erwartung an die Übersetzung. Hegt man von vornherein nur den Anspruch, *quasi dasselbe* in der Zielsprache auszusagen, geht es bei scheinbar unübersetzbaren Begriffen nicht um die Entscheidung zwischen Nicht-Übersetzung und Schlecht-Übersetzung, sondern um die Wahl zwischen Skylla und Charybdis. Insofern gleicht

[69] So WANG, *The German Civil Code*, cit.; FORRESTER/GOREN/ILGEN, *The German Civil Code*, cit.; GOREN, *The German Civil Code, Revised Edition*, cit.
[70] So die halboffizielle Übersetzung, abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.
[71] Vgl. HENDERSON, *Japanese Law in English: Reflections on Translation*, cit., 117 (151); DE GROOT, *Rechtsvergleichung als Kerntätigkeit bei der Übersetzung juristischer Terminologie*, cit., 222 (233 f.); GROßFELD, *Sinn und Methode der Rechtsvergleichung,* in K. P. BERGER (Ed.), *Festschrift Otto Sandrock*, cit., 329 (335 f.); SACCO/P. ROSSI, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., Zweites Kapitel § 2 Rn. 102 mit Fn. 24, Rn. 104; BRAND, *Language as a Barrier to Comparative Law*, in OLSEN/LORZ/STEIN (Eds.), *Translation Issues in Language and Law*, Basingstoke 2009, 18 (23 f.); FUGLINSZKY/SOMSSICH*, Language-bound terms – term-bound languages: the difficulties of translating a national civil code into a lingua franca*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 33, 2020, 749 (760).
[72] POMMER, *Rechtsübersetzung und Rechtsvergleichung*, cit., 40, 44.
[73] ECO, *Quasi dasselbe mit anderen Worten. Über das Übersetzen*, cit., 111; KASHIWAGI, *Translation of Japanese Statutes into English*, cit., 221 (224); STOLZE, *Expertenwissen des juristischen Fachübersetzers*, cit., 45 (49); DIES., *Zur Übersetzung von Rechtsbegriffen*, in HOFFMANN/KEßLER/MALLON (Eds.), *Sprache und Recht*, Berlin, 2017, 59 (63 f.).

die Rechtsübersetzung der Rechtsprechung: *Hard cases make bad law*[74], aber auch ein Gericht darf angesichts unterschiedlich schlechter Entscheidungsmöglichkeiten den Urteilsspruch nicht verweigern.

1. *The* Bund *and the* Länder

Jeder größere und wohl auch die meisten kleineren Staaten gliedern sich territorial in Verwaltungseinheiten. In Deutschland heißt die oberste Ebene dieser Einheiten im Amtsdeutsch *Länder* (bzw. im Singular *Land*), in Italien *Regioni* (deutsch: *Regionen*, englisch: *Regions*), in den Vereinigten Staaten *states* (deutsch: *Staaten*, italienisch: *stati*) und in Japan 都道府県 (*todōfuken*, deutsch: *Präfekturen*, italienisch: *Prefeturre*, englisch: *prefectures*). Besser als die Amtsbezeichnung macht das umgangssprachliche deutsche Wort *Bundesland* deutlich, dass diese Verwaltungseinheiten in einem Verhältnis der Unterordnung zur zentralen Ebene – dem *Bund* – stehen. *Bundesland* heißt nichts anderes als *des Bundes Land*, also *ein Land des Bundes*.

Die halboffiziellen englischen Übersetzungen sowohl des deutschen Grundgesetzes[75] (im Folgenden: GG) wie der großen zivilistischen Kodifikationen (Zivilprozessordnung[76] [im Folgenden: ZPO], Insolvenzordnung[77] [im Folgenden: InsO], GVG[78] und BGB[79]) scheuen eine Übertragung dieses Begriffs und belassen ihn – teilweise unter typographischer Hervorhebung – als *Land* bzw. *Länder*. Man könnte argumentieren, der Unterschied zwischen einem föderalen Bundesstaat wie Deutschland oder Italien zu einem Staatenbund wie den USA würde nivelliert und erweckte bei einem US-amerikanischen Juristen falsche Vorstellungen vom Staatsgefüge, wenn man die deutschen *Bundesländer* oder die italienischen *regioni*[80] als *sta-*

[74] Diese Sentenz wird OLIVER WENDELL HOLMES JR. zugeschrieben, vgl. LUBAN, *Law's Blindfold*, in DAVIS/STARK (Eds.), *Conflict of Interest in the Professions*, Oxford, 2001, 23 (40 f.).
[75] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg.
[76] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo.
[77] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_inso.
[78] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg.
[79] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.
[80] Zum italienischen Föderalismus THOMUSCHAT, *Italien als Regionalstaat – Zur Errichtung der Regionen mit Normalstatut*, in *Die Verwaltung*, 6, 1973, 167 ff.; zu den Unterschieden zwischen Regionen mit Normal- und solchen mit Sonderstatut ALBER/MARIACHER, *Der Regionalstaat Italien und Südtirols Sonderstellung: Grundlagen und Entwicklungen*, in HRBEK/GROßE HÜTTMANN/THAMM (Eds.), *Autonomieforderungen und Sezessionsbestrebungen in Europa und der Welt*, Baden-Baden, 2020, 56 ff.

tes übersetzen würde. Löst man sich aber von der Vorstellung, der Begriff müsse in der Zielsprache *dieselbe rechtliche* Bedeutung haben wie in der Ausgangssprache, steht einer solchen Übersetzung nichts im Wege. Unübersetzbar bleibt der Begriff nur, wenn das rechtsvergleichende Urteil negativ ausfällt, also *Bundesland* und *state* keine funktionalen Äquivalente sind. Das ist aber kein sprachliches und nur dann ein Übersetzungsproblem, wenn man an eine Rechtsübersetzung rechtsvergleichende Maßstäbe anlegt.

Je nach rechtsvergleichendem Standpunkt ist ein deutsches *Bundesland* also einem US-amerikanischen *state*, einer italienischen *regione* oder einer japanischen 都道府県 (*todōfuken*, *Präfektur*) vergleichbar oder nicht. Ein bestimmter rechtsvergleichender Standpunkt kann aber auch zu der Ansicht führen, dass ein *deutsches* Bundesland einem *österreichischen* Bundesland nicht vergleichbar ist. Denn trotz sprachlich gleichlautender Bezeichnung bestehen im Rechtssinne gewisse Unterschiede. So steht etwa die Justizhoheit über die Zivil- und Strafgerichtsbarkeit in Österreich anders als in Deutschland allein dem Bund zu. Die rechtlichen Unterschiede zwischen einem deutschen und einem österreichischen Bundesland sind allein das Ergebnis rechtsvergleichender Arbeit, aber kein sprachliches Problem. Blendet man die rechtsvergleichende Perspektive aus, gibt es auch keine unüberwindbaren *sprachlichen* Einwände, die deutschen (oder österreichischen) *Bundesländer* als *states* in das (amerikanische) Englisch zu übersetzen. Inwieweit die *(staatsorganisations-)rechtlichen* Unterschiede relevant sind, hängt allein von rechtsvergleichenden (oder politikwissenschaftlichen) Maßstäben ab. Kategorisiert man Staaten etwa danach, ob sie zentralistisch oder föderal organisiert sind, so gehören Deutschland, Österreich, Italien und die USA in dieselbe Schublade (föderal), während Japan und Frankreich (zentralistisch) in die andere gehören. Der Unterschied zwischen Deutschland und den USA ist in dieser Hinsicht ein relativer, der Kriterien gehorcht, die keine sprachlichen sind.

Wer wegen der Unterschiede zwischen einem föderalen Bundesstaat und einem Staatenbund auf eine Übersetzung der *Länder* verzichtet, müsste konsequenterweise auch den *Bund* unangetastet lassen. Denn die Kompetenzen der obersten Verwaltungsebene hängen untrennbar mit denjenigen der darunterliegenden zusammen. Je stärker die eine, desto schwächer die andere Ebene. Wenn man also der Ansicht ist, ein deutsches *Land* könne wegen der Unterschiede zu einem US-amerikanischen *state* nicht mit *state* übersetzt werden,

dürfte *Bund* auch nicht mit *Federation/federal* übersetzt werden. Doch diese Konsequenz ziehen viele Übersetzungen nicht. So wird aus der Überschrift vor den Artt. 20 GG, die im Original „*Der Bund und die Länder*" heißt, in der halboffiziellen englischen Übersetzung[81] „*The Federation and the* Länder", als sei *Länder* im Englischen ein Germanismus.

Gewiss nimmt das Staatsorganisationsrecht eine zentrale Rolle im Grundgesetz ein. Man könnte daher argumentieren, dass man mit den zentralen Begriffen eines Gesetzes besonders sensibel umzugehen habe und diese im Zweifel unübersetzt lässt, während man diese rechtsvergleichende Strenge für andere Rechtsbegriffe nicht übt. Aber nicht nur die halboffizielle Übersetzung des Grundgesetzes, sondern etwa auch die des BGB[82], der ZPO[83] und der InsO[84] lassen *Land* unübersetzt, obwohl das Staatsorganisationsrecht in diesen Kodifikationen nicht im Vordergrund steht. Andere Begriffe aber, die für das Zivilrecht wichtige Grundbegriffe sind und die man gewissermaßen als Axiome der Zivilrechtsordnung begreifen kann, werden in das Englische übersetzt, wie etwa: Person, Anspruch, Rechtsgeschäft, Vertrag, Willenserklärung, Verfügung, Eigentum, Besitz, Treu und Glauben, Sache, Rechtskraft, Insolvenzmasse. Sieht man in der Unterscheidung zwischen *Civil law* und *Common law* eine der wichtigsten Einteilungskriterien für Rechtsordnungen und lädt die Problematik der Rechtsübersetzung damit auf, müssten praktisch alle Systembegriffe als unübersetzbar eingestuft werden, weil es für sie kein funktionales Äquivalent gibt. Würde man diese Begriffe jedoch allesamt unübersetzt lassen, müsste man viele Vorschriften gerade der Kodifikationen in weiten Teilen im Original belassen. Das sei an zentralen Normen der zivilistischen Kodifikationen demonstriert, die gleich mehrere dieser Systembegriffe enthalten:

§ 185 Abs. 1 BGB: *A VERFÜGUNG of a SACHE made by a NICHTBERECHTIGTEN is effective if made with the EINWILLIGUNG of the BERECHTIGTEN.*

§ 322 ZPO: *URTEILE are able to attain RECHTSKRAFT only insofar as the ANSPRUCH asserted by KLAGE or WIDERKLAGE has been ruled on.*

[81] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg.
[82] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.
[83] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo.
[84] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_inso.

§ 80 InsO: *Upon the ERÖFFNUNG of the INSOLVENZVERFAHREN the right of the SCHULDNER to VERWALTE and VERFÜGE on the VERMÖGEN belonging to the INSOLVENZMASSE shall be vested in the INSOLVENZVERWALTER.*

§ 12 GVG: *The ORDENTLICHE GERICHTSBARKEIT shall be excercised by AMTSGERICHTE, LANDGERICHTE, OBERLANDESGERICHTE and the BUNDESGERICHTSHOF (the OBERSTE GERICHTSHOF of the BUND for the area of the ORDENTLICHE GERICHTSBARKEIT).*

2. *Gerichtsbezeichnungen*

Der zwiespältige Umgang mit den staatsorganisationsrechtlichen Grundbegriffen *Bund* und *Land* setzt sich fort bei den deutschen Gerichtsbezeichnungen. Das dürfte damit zusammenhängen, dass die Justiz von Bund und Ländern getragen wird und die Ausdrücke *Bund* und *Land* in vielen Gerichtsbezeichnungen enthalten sind. Überwiegend wird die Justiz von den Ländern getragen. Der Bund verantwortet (und vor allem finanziert) die obersten Gerichtshöfe. Die obersten Gerichtshöfe des Bundes führen den *Bund* allesamt im Namen (*Bundesverfassungsgericht, Bundesgerichtshof, Bundesarbeitsgericht, Bundesverwaltungsgericht, Bundessozialgericht, Bundesfinanzhof*). Die Bezeichnungen der höheren und obersten Gerichte der Länder geben grundsätzlich ebenfalls einen Hinweis auf ihren Träger (*Landesverfassungsgericht bzw. Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen*, *Oberlandesgericht*, *Landgericht, Landesarbeitsgericht, Landessozialgericht*). Eine Ausnahme bilden die höheren Verwaltungsgerichte, die als *Oberverwaltungsgericht* bzw. *Verwaltungsgerichtshof* bezeichnet werden, und das oberste ordentliche Gericht im Land Berlin, das offiziell *Kammergericht* heißt.[85] Die untersten Fachgerichte werden schlicht nach ihrer Fachzuständigkeit bezeichnet (*Arbeitsgericht*, *Verwaltungsgericht*, *Sozialgericht*, *Finanzgericht*), das unterste Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit als *Amtsgericht*.

Während die Bundesgerichte im Englischen praktisch einheitlich mit *federal court* übersetzt werden, eröffnet sich bei der Übersetzung der Landesgerichte ein breites Spektrum. Einheitliche Begriffe haben sich bisher nicht durchsetzen können. In den halboffiziellen Übersetzungen[86] heißen sie *local courts*, *regional courts* und *higher regional courts*. In der älteren

[85] Dazu näher unter IV. 3.

[86] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/Teilliste_translations.html; diese Bezeichnungen gehen wohl auf eine 1974 von Auswärtigem Amt und Bundesjustizministerium erstellte Liste zurück, vgl. STOLZE, *Expertenwissen des juristischen Fachübersetzers*, cit., 45 (50 f.).

Übersetzung der ZPO[87] heißen die *Amtsgerichte municipal courts* und die *Landgerichte district courts*. Dagegen dienen die *district courts* in den älteren Übersetzungen des BGB[88] als Bezeichnung für die Amtsgerichte. Noch breiter ist das Spektrum, wenn man abseits der Gesetzesübersetzungen schaut[89]. MURRAY/STÜRNER verwenden in ihrem englischsprachigen Lehrbuch zum deutschen Zivilprozessrecht[90] für die oberen Landesgerichte Begriffe, die auf deren Stellung im Rechtsmittelzug hindeuten sollen.[91] So heißt das *Oberlandesgericht* bei ihnen *State Appeals Court*[92], das *Landesarbeitsgericht* ist der *Labor Appeals Court*[93], die *Oberverwaltungsgerichte* bzw. *Verwaltungsgerichtshöfe* werden zu *Administrative Appeals Courts*[94] und das *Landessozialgericht* zum *Social Welfare Appeals Court*[95]. Diese Vorgehensweise mag in einer Lehrbuchdarstellung[96] sinnvoll sein, die sich zudem auf punktuelle Erläuterungen beschränkt. In einer Gesetzesübersetzung verletzte sie aber das Authentizitätsgebot und führt zu Friktionen mit den Gesetzesbegriffen *Berufungs-*, *Revisions-* und *Beschwerdegericht* (vgl. etwa §§ 511 ff., 543 ZPO) sowie *Gericht des ersten Rechtszugs* (vgl. etwa § 511 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 S. 1 ZPO). Zudem verleitete sie zu Fehlschlüssen, denn die *Oberlandesgerichte* sind keine reinen Rechtsmittelgerichte, sondern sowohl in bestimmten Zivil- wie Strafsachen Eingangsinstanz (vgl. §§ 118, 119 Abs. 3, 120 f. GVG)[97].

---

87 GOREN, *The Code of Civil Procedure Rules of the Federal Republic of Germany*, Littleton CO, 1990.
88 WANG, *The German Civil Code*, London, 1907; FORRESTER/GOREN/ILGEN, *The German Civil Code*, South Hackensack NJ 1975; GOREN, *The German Civil Code, Revised Edition*, Littleton CO 1994.
89 Vgl. GARNER, *The Judiciary of the German Empire. I.*, in *Political Science Quarterly*, 17, 1902, 490 (498); ALLEN/KÖCK/RIECHENBERG/ROSEN, *The German Advantage in Civil Procedure: A Plea for more details and fewer generalities in Comparative Scholarship*, in *Northwestern University Law Review*, 82, 1988, 705 (749 f.); gänzlich unübersetzt bleiben die Gerichtsbezeichnungen bei KAPLAN/VON MEHREN/SCHAEFER, *Phases of German Civil Procedure*, in *Harvard Law Review*, 71, 1958, 1193 ff., 1443 ff.; BOHLANDER, *The German Advantage Revisited: An Inside View of German Civil Procedure in the Nineties*, in *Tulane European & Civil Law Forum*, 13, 1998, 25 ff.; ROBBERS, *An Introduction to German Law* (in der englischen Übersetzung von JEWELL), 5th Ed., Baden-Baden, 2012, Rn. 45 ff.; STOLZE, *Zur Übersetzung von Rechtsbegriffen*, in HOFFMANN/KEßLER/MALLON (Eds.), *Sprache und Recht*, Berlin, 2017, 59 (64).
90 *German Civil Justice*, Durham NC, 2004; deren Terminologie übernimmt RÜHL, *Preparing Germany for the 21st Century: The Reform of the Code of Civil Procedure*, in *German Law Journal*, 6, 2005, 909 Fn. 1.
91 Ähnlich LANGBEIN, *The German Advantage in Civil Procedure*, in *The University of Chicago Law Review*, 52, 1985, 823 (851 f.).
92 MURRAY/STÜRNER, *German Civil Justice*, cit., XXVII, 57 ff.
93 MURRAY/STÜRNER, *German Civil Justice*, cit., 41.
94 MURRAY/STÜRNER, *German Civil Justice*, cit., 44.
95 MURRAY/STÜRNER, *German Civil Justice*, cit., 45 f.
96 Zu den übersetzerischen Beweggründen MURRAY/STÜRNER, *German Civil Justice*, cit., XXVII.
97 Zum Erscheinungszeitpunkt von MURRAY/STÜRNER, *German Civil Justice*, Durham NC, 2004, gab es noch keine erstinstanzliche zivilgerichtliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte und mit dem Strafprozessrecht befasst sich das Werk nicht.

Ein Grund für das breite Spektrum englischsprachiger Begriffe für deutsche Gerichtsbezeichnungen dürfte die Mehrdeutigkeit des Begriffs *Land* im Deutschen sein. Dieser bezeichnet nicht nur die *Bundesländer*, sondern ist ebenso Synonym für Staat – wie etwa die eigene Landesbezeichnung *Deutschland* zeigt. Das in den mittelalterlichen und neuzeitlichen Territorialstaaten geltende Recht wurde gemeinhin als *Landrecht* bezeichnet. Und so taucht auch der Begriff *Landgericht* bereits in frühen Quellen auf[98]. Die Landgerichte sind heute allerdings selten für den Bereich eines ganzen *Bundeslandes* zuständig und waren es auch im 19. Jahrhundert zur Zeit der Schaffung der Reichsjustizgesetze nicht. Alle größeren *Bundesländer*, die auch als *Flächenländer* bezeichnet werden, verfügen über mehrere Landgerichte, deren Jurisdiktion auf einen bestimmten Landesteil beschränkt ist. Allein in den drei kleinen Bundesländern Berlin, Hamburg und Bremen, die umgangssprachlich als *Stadtstaaten* bezeichnet werden, besteht jeweils nur ein *Landgericht*. Diese Landgerichte werden auch nicht umgangssprachlich als *Stadtgerichte* bezeichnet, weil für sie jeweils Berlin, Hamburg und Bremen als *Länder*, nicht als *Städte* verantwortlich sind. Diese Gerichte sind Teil der *Landesjustiz*, eine Justiz auf städtischer (kommunaler) Ebene gibt es nicht (mehr)[99].

Diese Doppelbödigkeit der Bezeichnung *Landgericht* kann eine englische Übersetzung nicht abbilden. Entweder sie stellt mit dem Begriff *state* den staatsorganisatorischen Aspekt (Zugehörigkeit zur *Landes-* im Gegensatz zur *Bundes*justiz) heraus. Dann sind es in der ordentlichen Gerichtsbarkeit die *state courts*, die *higher state courts* und die *supreme state courts*; in der Arbeitsgerichtbarkeit die *state labour courts* und in der Sozialgerichtsbarkeit die *state social welfare courts*. Oder man legt den Fokus auf die Konnotation von *Land* im Sinne von *Landstrich*, *Region* oder *Territorium*. Dann besteht die ordentliche Gerichtsbarkeit aus *regional, provincial, district* oder *territorial courts*. Diese Begriffe erscheinen aus rechtsvergleichender Sicht weniger bedenklich als etwa der in der anglo-amerikanischen Rechtssprache gebräuchliche *circuit court*, denn die *circuit courts* gehören – anders als die *Landgerichte* – in den USA zur Bundesgerichtsbarkeit.

In den größeren Flächenländern gibt es nicht nur viele Landgerichte, sondern auch mehrere *Oberlandesgerichte*. Ein *Oberlandesgericht* ist also nicht per se das höchste Landesgericht.

[98] GRIMM, *Deutsches Wörterbuch*, XII, Sp. 117 f., Lemma *Landgericht* (abrufbar unter https://woerterbuchnetz.de/?sigle=DWB#0).
[99] In der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) gab es dagegen *Kreisgerichte*.

Vielmehr ist es den Ländern durch Bundesgesetz (Einführungsgesetz zum GVG [EGGVG]) gestattet, ein *Oberstes Landesgericht* zu errichten, wovon allerdings einzig Bayern bisher (wieder) Gebrauch gemacht hat. Übersetzt man die *Oberlandesgerichte* mit *Higher Regional Courts*, bietet sich für das höchste Landesgericht der Begriff *Highest Regional Court* an[100]. Scheut man sich nicht, *Land* mit *state* zu übersetzen, könnte man auch vom *state supreme court* sprechen[101]. Wenig konsequent erscheint die Vorgehensweise der halboffiziellen englischen Übersetzung der ZPO[102], die das *Oberlandesgericht* grundsätzlich mit *higher regional court* übersetzt, für das Oberste Landesgericht aber vom *highest Land court* (vgl. § 1062 Abs. 5 ZPO) spricht. Noch unglücklicher ist die englische Übersetzung des Einführungsgesetzes zur ZPO (im Folgenden: EGZPO) von GOREN[103], in der das *Oberste Landesgericht* in derselben Vorschrift (§ 7 EGZPO) mal mit *highest provincial court* und mal mit *highest state court* übersetzt wird.

3. *Historische Gerichtsbezeichnungen*

Eine besondere Herausforderung sind historisch überkommene Gerichtszeichnungen[104], die bis heute – abweichend von der allgemeinen Terminologie – in der Amtssprache als institutionelle Begriffe verwendet werden. So heißt das höchste ordentliche Gericht für das Land Berlin nicht wie die übrigen Obergerichte der Länder *Oberlandesgericht*, sondern offiziell *Kammergericht*. Trotz dieser abweichenden Bezeichnung fungiert es als Oberlandesgericht. Es finden also insbesondere alle allgemein für Oberlandesgerichte geltenden Vorschriften Anwendung (etwa die §§ 115 ff. GVG).

Für eine Übersetzung stellt sich die Frage, ob diese mehr an der Funktion im Gerichtsgefüge oder mehr am historischen Wortsinne zu orientieren ist. Die rechtsvergleichende Perspektive streitet für ersteres. Dementsprechend liest man in der halboffiziellen englischen Übersetzung von § 1062 ZPO, dass eine Residualzuständigkeit beim *Higher Regional Court of Berlin* bestehe. Die Vorschrift befasst sich mit der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit für

[100] So die halboffizielle englische Übersetzung des GVG, vgl. §§ 119 Abs. 3, 121 Abs. 3 (abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg).
[101] So LEDFORD, *Lawyers, Liberalism, and Procedure: The German Imperial Justice Laws of 1877-79*, in *Central European History*, 26, 1993, 165 (192).
[102] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo.
[103] *The Code of Civil Procedure Rules of the Federal Republic of Germany*, Littleton CO, 1990.
[104] Zur Problematik der Übersetzung alter Rechtsquellen am Beispiel des japanischen Shōgunat-Rechts HENDERSON, *Japanese Law in English: Reflections on Translation*, cit., 117 (152 ff.).

bestimmte Entscheidungen im Schiedsverfahren, insbesondere der praktisch bedeutsamen Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs. Die sachliche Zuständigkeit ist grundsätzlich den Oberlandesgerichten überantwortet, die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich grundsätzlich nach dem Schiedsort. Grundsätzlich richtet sich danach die örtliche Zuständigkeit bei einem ausländischen Schiedsort nach dem Wohnsitz, Aufenthalt oder Vermögensbelegenheitsort des Antragsgegners. Liegt nichts davon vor, ist ersatzweise das *Kammergericht* zuständig. Seine sachliche Zuständigkeit erklärt sich aus seiner Funktion als Oberlandesgericht und die örtliche Auffangzuständigkeit fällt Berliner Gerichten auch in anderen Zusammenhängen zu[105], weil Berlin (wieder) Hauptstadt ist[106].

Eine möglichst wortgetreue Übersetzung, die im Englischen etwa *Chamber Court* lauten könnte, ließe dagegen die Stellung des *Kammergerichts* im Gerichtsaufbau und dessen Sitz im Dunkeln. Damit erginge es dem Sprach- wie dem Rechtsunkundigen. So gibt es nicht wenige deutsche Jurastudenten, die mit dem Begriff *Kammergericht* nichts anfangen können. Eine Übersetzung, die das *Kammergericht* in den *Higher Regional Court of Berlin* verwandelt, verschaffte dem Sprachunkundigen in gewisser Hinsicht einen Verständnisvorsprung gegenüber dem rechtsunkundigen Muttersprachler. Doch wie schon ECO (bzw. KROEBER) mahnte, solle ein Übersetzer sich nicht daran machen, das Original verbessern zu wollen[107].

Stellt man sich den Leser dagegen als einen Rechtshistoriker vor, dürfte die Stellung des *Kammergerichts* im heutigen Gerichtsgefüge weniger bedeutsam sein als die historische Bezeichnung und die Tatsache, dass diese sich bis heute als amtliche erhalten hat[108]. Das Wort *Kammer* bezeichnet in seinem ursprünglichen Wortsinn einen Raum, der zu anderen Zwecken als Wohnzwecken diente[109]. Als Gerichtsbezeichnung meint es ein Gericht, das

[105] §§ 15, 689, 1087 ZPO; §§ 122 Nr. 7, 170 Abs. 3, 187 Abs. 5 S. 1, 218 Nr. 5, 272 Abs. 1 Nr. 4, 313 Abs. 1 Nr. 4, 343 Abs. 3 S. 1 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG); § 15a Verschollenheitsgesetz (VerschG); § 2 Abs. 2 S. 2 Transsexuellengesetz (TSG) (jeweils abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de).

[106] Nach der Teilung Deutschlands infolge der alliierten Besatzung nach dem Zweiten Weltkrieg ging die zentrale Gerichtszuständigkeit für West-Berlin auf das Amtsgericht Schöneberg über. Diese hat sich über die Zeit der innerdeutschen Teilung bis heute erhalten als die zentrale amtsgerichtliche Zuständigkeit für Deutsche ohne Wohnsitz in Deutschland. In § 15 ZPO (alte Fassung) hieß es ganz früher „*Berlin*", dann zwischenzeitlich bis zur Wiedervereinigung „*das Gericht am Sitz der Bundesregierung*".

[107] *Quasi dasselbe mit anderen Worten. Über das Übersetzen*, cit., 134 ff.

[108] Zur Namenskontinuität WASSERMANN, *„Kammergericht soll bleiben"*, Berlin, 2004, 13 ff.

[109] GRIMM, *Deutsches Wörterbuch*, XI, Sp. 110, Lemma *Kammer*, sub 1) a) (abrufbar unter https://woerterbuchnetz.de/?sigle=DWB#0).

nicht unter freiem Himmel, sondern *in des Herrn Kammern* tagte[110]. Das oberste Gericht im früheren Deutschen Reich trug den Namen *Reichskammergericht*, das im Englischen mitunter wörtlich mit *Imperial Chamber Court* übersetzt wird[111]. Die historische und sprachliche Verwandtschaft des *Reichskammergerichts* mit den landesherrlichen *Kammergerichten* geht verloren, wenn man das heutige *Kammergericht* in Berlin gemäß seiner Funktion als *Higher Regional Court* übersetzt. Wegen seiner Funktion als Obergericht heißen die Spruchkörper am *Kammergericht* aber nicht *Kammern*, sondern *Senate*[112]. Die Spruchkörper des *Kammergerichts* könnten also mit *Chamber Court's senates* oder *senates of the Chamber Court* übersetzt werden.

V. *Einheit und Relativität der Rechtsbegriffe als Übersetzungsproblem*

Zum Authentizitätsgebot gehört es, gleichlautende Begriffe möglichst einheitlich zu übersetzen. Wichtiger für die Übersetzung als der Strukturvergleich zwischen den Rechtssystemen der Ausgangs- und der Zielsprache ist der Strukturvergleich innerhalb des Rechtssystems der Ausgangssprache. In der Regel hat derselbe Begriff wenigstens innerhalb desselben Gesetzes dieselbe Bedeutung[113]. Das gilt vor allem für legaldefinierte Begriffe[114], aber auch für prägende Grundbegriffe einer Kodifikation[115]. Diese sollten in einer Übersetzung stets

[110] WASSERMANN, *„Kammergericht soll bleiben"*, cit., 18.
[111] Vgl. BAUMANN, *The Imperial Chamber Court (1495-1806) as an Educational and Training Institution*, in KORPIOLA (Ed.), *Legal Literacy in Premodern European Societies*, Cham, 2019, 43 ff.
[112] Dazu näher unter V. 5.
[113] So schon GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889, 27 (abrufbar unter http://dlib-pr.mpier.mpg.de).
[114] Zum unterschiedlichen Sprachstil von Legaldefinitionen in *Common-Law*-Systemen RÖHL/RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 3rd Ed., Köln/München, 2008, § 6 III. (58).
[115] Treffend HENDERSON, *Japanese Law in English: Reflections on Translation*, cit., 117 (128): „*the code is a dictionary, and its General Provisions […] provide grammar and vocabulary for the whole system*"; zum Systemgedanken im Kodifikationsprozess COING, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft*, in DERS., *Zur Geschichte des Privatrechtsystems*, Frankfurt am Main, 1962, 9 (12 f.); KREUTZ, *Gemeinschaftsrechtlicher Verbraucherschutz und nationale Kodifikationsidee*, in BUSCH/KOPP/MC GUIRE/M. ZIMMERMANN (Eds.), *Europäische Methodik, Konvergenz und Diskrepanz europäischen und nationalen Privatrechts*, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, Osnabrücker Tagung 2009, Stuttgart, 2010, 127 (145 ff.); C. BECKER, *Systembildung in Europas Kodifikationen*, in A. KOCH/M. ROSSI (Eds.), *Kodifikationen in Europa*, Frankfurt am Main, 2012, 37 ff. (Zweitabdruck in ARMGARDT/REPGEN (Eds.), *Naturrecht in Antike und früher Neuzeit. Symposium aus Anlass des 75. Geburtstages von Klaus Luig*, Tübingen, 2014, 17 ff.); DERS., *Systematische Anlage von Gesetzbüchern*, in STELMACH et al. (Eds.), *Krakauer-Augsburger Rechtsstudien. Normschaffung*, Warszawa, 2017, 13 ff.; HERMAN/HOSKINS, *Perspectives on Code Structure: Historical Experience, Modern Formats, and Policy Considerations*, in *Tulane Law Review*, 54, 1980, 987 (996 ff., 1019 ff.).

mit demselben Begriff übersetzt werden[116]. Schwieriger, aber ebenfalls nötig ist es, gesetzesübergreifend eine einheitliche Terminologie für bedeutungsgleiche Begriffe durchzuhalten. Für die halboffiziellen englischen Übersetzungen der japanischen Gesetze hat man ein Glossar erarbeitet, an das sich alle Übersetzungen halten sollen[117].

1. *Sachen und (andere) Gegenstände*

Für das zivilrechtliche Begriffssystem prägend sind insbesondere die drei Grundbegriffe *Sache*, *Recht* und *Gegenstand*. Dass es sich dabei um drei verschiedene Rechtsbegriffe handelt, wobei die beiden Ersteren Unterfälle des Letzteren sind, wird besonders dort deutlich, wo alle drei Begriffe nebeneinanderstehen (§ 453 Abs. 1 BGB)[118]. Das Verhältnis der Begriffe *Sache* und *Gegenstand* kommt aber auch in der Legaldefinition des Sachbegriffs zum Ausdruck (§ 90 BGB), in der es heißt „*Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände*". Wenn man dies ins Englische übersetzt mit „*Only corporeal objects are things as defined by law*"[119] oder in das Japanische mit 本法において物とは有体目的をいう[120], dann ist für die gesamte Übersetzung festgelegt, dass *Gegenstand* mit *object* bzw. 目的 (*mokuteki*) und *Sache* mit *thing* bzw. 物 (*mono*) übersetzt werden muss. Eine Verletzung des Authentizitätsgebots ist es daher, wenn in derselben englischen Übersetzung an einigen Stellen *Gegenstand* mit *thing*[121] oder ganz anders[122] übersetzt wird.

---

116 HENDERSON, *Japanese Law in English: Reflections on Translation*, cit., 117 (131); DANNEMANN/SCHULZE, *Introduction*, in DIES. (Eds.), *German Civil Code (BGB)*, I, München/Baden-Baden, 2020, Rn. 64.

117 KASHIWAGI, *Translation of Japanese Statutes into English*, cit., 221 (223); LAWSON, *Found in Translation: The "Transparency of Japanese Law Project" in Context*, cit., 187 (196); das Glossar ist abrufbar unter https://www.japaneselawtranslation.go.jp/dict/download?re=2.

118 Zur Verwendung des Gegenstandsbegriffs im BGB, KREUTZ, *Das Objekt und seine Zuordnung*, Baden-Baden, 2017, 63 ff.; NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12. Ed., München, 2020, § 24 Rn. 6 (300 f.); zu entsprechenden Beispielen aus dem Niederländischen Recht DE GROOT, *Probleme juristischer Übersetzungen aus der Perspektive eines Rechtsvergleichers*, cit., 1 (10 f.).

119 So die halboffizielle englische Übersetzung, abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.

120 Vgl. 神戸大学外国法研究會 現代外国法典叢書 獨逸民法I總則 (*kobe daigaku gaikokuhō kenkyūkai gendai gaikokuhōten sōsho doitsuminpō ichi sōsoku*) 復刊版東京１９５５年 (FORSCHUNGSGRUPPE FÜR AUSLÄNDISCHES RECHT DER UNIVERSITÄT KŌBE, *Sammlung zeitgenössischer ausländischer Gesetzbücher*, *Deutsches Zivilrecht*, I, Allgemeine Bestimmungen, Neuauflage Tōkyō 1955).

121 Vgl. die Übersetzung der §§ 135 Abs. 1, 161 Abs. 1, 185 BGB; zu den Konsequenzen vgl. WAIS, in DANNEMANN/SCHULZE (Eds.), *German Civil Code (BGB)*, I, München/Baden-Baden, 2020, § 185 Rn. 2.

122 Vgl. die Übersetzung von § 184 Abs. 2 BGB: „s*ubject matter*".

Grenzfälle bilden die Normen, in denen ein Begriff auftaucht, der an anderer Stelle legaldefiniert ist, der aber in der betreffenden Norm eine von dieser Definition abweichende Bedeutung hat, in der also das Dogma von der Relativität der Rechtsbegriffe zum Tragen kommt. So ist es etwa mit dem Sachbegriff und § 119 Abs. 2 BGB. In der Norm geht es um das Recht zur Anfechtung eines Rechtsgeschäfts, wenn sich über verkehrswesentliche Eigenschaften *einer Person oder Sache* geirrt wurde. Abweichend von der Legaldefinition (§ 90 BGB) legt die heute[123] ganz herrschende Meinung[124] dem Begriff der Sache in § 119 Abs. 2 BGB ein anderes Verständnis zugrunde. Es sollen nämlich nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Gegenstände erfasst sein. Lässt man diese Auslegung in die Übersetzungsentscheidung einfließen, könnte man *Sache* hier auch mit *object* bzw. 目的 (*mokuteki*) statt mit *thing* übersetzen. Damit würde dem Adressaten wohl das herrschende Verständnis der Norm erleichtert. Der Wortlaut und damit der Ausgangspunkt dieser Auslegungskontroverse bliebe ihm aber verborgen.

2. *Früchte*

In gleicher Weise ist der Begriff der *Früchte* im BGB gesetzlich definiert (§ 99) als „*Erzeugnisse oder sonstige Ausbeute, die aus einer Sache bestimmungsgemäß gewonnen werden*". Im Englischen wird der Begriff als *fruits* und im Japanischen als 果実 (*kajitsu*) bezeichnet. Ein anderes, nämlich organisches Verständnis des Fruchtbegriffs liegt § 911 BGB zugrunde. Dieses abweichende Begriffsverständnis ist nicht erst Ergebnis einer wissenschaftlichen oder gerichtlichen Auslegung, sondern wurde schon von den Gesetzesverfassern hervorgehoben.[125] Der Begriff der Früchte könnte also in § 99 BGB (*fruits*, 果実 [*kajitsu*]) anders übersetzt werden als in § 911 BGB, wo er das Obst (*fruit*, 果物 [*kudamono*]) bezeichnet. Die neueren englischen Übersetzungen[126] wählen tatsächlich unterschiedliche Übersetzungen (*fruits* für den in § 99

[123] Anders noch das Reichsgericht, Urteil vom 3. März 1910, in *RGZ*, 73, 136 (137), das die heute herrschende Auffassung als „*abwegig*" bezeichnet hatte.
[124] Statt aller ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 9th Ed., München 2021, § 119 Rn. 142.
[125] Vgl. MUGDAN (Ed.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, III, Berlin 1899, 160 (= *Motive*, III, 289).
(abrufbar unter https://www.rewi.uni-jena.de/fakult%C3%A4t/lehrst%C3%BChle+und+dozenten_-innen/zivilrechtliche+lehrst%C3%BChle/professor+dr_+christian+fischer/mugdan).
[126] FORRESTER/GOREN/ILGEN, *The German Civil Code*, South Hackensack NJ 1975; GOREN, *The German Civil Code, Revised Edition*, Littleton CO, 1994; https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.

BGB legaldefinierten Fruchtbegriff und *fruit* in § 911 BGB). Die alte englische Übersetzung von WANG[127] und die japanische Übersetzung[128] hingegen verwenden jeweils denselben Ausdruck (*fruits*, 果実 [*kajitsu*]).

3. *Bargeld*

Aus dem Kontext des § 815 ZPO ergibt sich, dass mit dem dort genannten Begriff *Geld* allein Bargeld gemeint ist, weil die Norm aufgrund ihrer systematischen Stellung allein auf die Pfändung von körperlichen Gegenständen anwendbar ist. In der Sache richtig ist es daher, wenn in der halboffiziellen englischen Übersetzung[129] von *cash* die Rede ist. Authentischer wäre aber der undifferenzierte Ausdruck *money*, wie ihn dieselbe Übersetzung bei § 811 Nr. 8 ZPO[130] und die andere halboffizielle von § 607 Abs. 2 BGB[131] benutzen, obwohl dort ebenfalls allein Bargeld gemeint sein kann.

4. *Pfand*

Die Sicherheit an einer Sache bezeichnet man im Deutschen nicht nur umgangssprachlich, sondern auch in der Rechtssprache als *Pfand*. Im BGB ist damit zuvörderst das Sicherungsrecht an einer beweglichen Sache (§§ 1204 ff. BGB) oder einem Recht (§§ 1273 ff. BGB) bezeichnet. Je nachdem, ob seine Entstehung auf Vertrag oder Gesetz beruht, spricht man von einem vertraglichen oder einem gesetzlichen Pfandrecht (§ 1257 BGB). Die sondergesetzlichen Ausprägungen werden bezeichnet als Vermieterpfandrecht (§§ 562 ff. BGB), als Pächterpfandrecht (§ 583 BGB), Unternehmerpfandrecht (§ 647 BGB) und als Pfandrecht des Gastwirts (§ 704 BGB). Das aus dem zwangsweisen Zugriff entstehende Sicherungsrecht nennt man *Pfändungspfandrecht* (§ 804 ZPO). Den zwangsweisen Zugriff selbst be-

127 *The German Civil Code*, London 1907.
128 神戸大学外国法研究會 現代外国法典叢書 獨逸民法I總則 (*kōbe daigaku gaikokuhō kenkyūkai gendai gaikokuhōten sōsho doitsuminpō ichi sōsoku*) 復刊版東京１９５５年 (FORSCHUNGSGRUPPE FÜR AUSLÄNDISCHES RECHT DER UNIVERSITÄT KŌBE, *Sammlung zeitgenössischer ausländischer Gesetzbücher*, *Deutsches Zivilrecht*, I, Allgemeine Bestimmungen, Neuauflage Tōkyō 1955).
129 Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo
130 Künftig wird es in der amtlichen Fassung von § 811 Nr. 8 ZPO auch *Bargeld* heißen; zur Reform näher unter VI. 1.
131 Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.

zeichnet man als *Pfändung* (§ 803 ZPO), was leicht zu verwechseln ist mit dem Begriff *Verpfändung*, der die vertragliche Einräumung eines Pfandrechts bezeichnet. Der Dreiklang aus *rechtsgeschäftlichem Pfandrecht*, *Pfändungspfandrecht* und *gesetzlichem Pfandrecht* kehrt wieder in § 50 Abs. 1 InsO. Für die Sicherheiten an unbeweglichen Sachen (*Hypothek*, *Grundschuld*) verwendet das Gesetz mitunter den Ausdruck *Grundpfandrechte* als Oberbegriff (§§ 491, 506 BGB; §§ 799a, 897 ZPO).

Der Ausdruck Pfand ist also nicht nur *terminus technicus* eines einzelnen Rechtsinstituts, sondern findet sich als Wortstamm in vielen Begriffen des Kreditsicherungsrechts wieder. In der anglo-amerikanischen Rechtssprache gibt es für den vielgestaltigen Begriff keine rechte Entsprechung. Das Vertragspfandrecht an einer beweglichen Sache wird gemeinhin mit *pledge* übersetzt, während für das gesetzliche Pfandrecht der Ausdruck *statutory lien* oder *legal lien* geläufig ist. Als authentischer Oberbegriff taugt *pledge* gleichwohl, jedenfalls für bewegliche Sachen und Rechte. Misslich ist es jedenfalls, wenn in derselben Übersetzung in den §§ 1204 ff. BGB von *pledge* die Rede, die Pfandrechte aber andernorts (§§ 401 Abs. 1, 562 ff., 583, 647, 704 BGB) als *security rights* (*of the lessor, usufructuary lessee, contractor, innkeeper*) bezeichnet werden.[132] Denn so bleibt insbesondere unklar, ob ein Vertragspfandrecht vom Anwendungsbereich des § 401 BGB und die genannten gesetzlichen Pfandrechte von der Verweisung in § 1257 BGB (*pledge created by operation of law*) erfasst sind. Ebenso ist in der halboffiziellen englischen Übersetzung der ZPO[133] von *security right* die Rede, wo es im Deutschen *Pfandrecht* heißt (§§ 6, 777 ZPO), verpfändete Gegenstände werden hingegen als *pledged* bezeichnet und das Pfändungspfandrecht als *security right of a creditor*[134] (§ 804 ZPO). Für den zwangsweisen Zugriff sind in der anglo-amerikanischen Terminologie die Ausdrücke *attachment* oder *seizure* geläufig, das rechtsgeschäftliche *Verpfänden* wird hingegen mit *pledging* übersetzt. Im Deutschen liegen die Begriffe *Pfändung* und *Verpfändung* sprachlich sehr nahe beieinander, was Übersetzungsfehler geradezu provoziert[135]. Auch fehlt es gesetzesübergreifend

[132] So die halboffizielle englische Übersetzung, abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.
[133] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo.
[134] Nochmal anders RUPP, in DANNEMANN/SCHULZE (Eds.), *German Civil Code (BGB)*, I, München/Baden-Baden, 2020, § 1204 Rn. 7: „*execution lien*".
[135] Vgl. die halboffizielle englische Übersetzung der §§ 377 Abs. 1, 394, 400, 1233 Abs. 2 BGB (abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb); letztere Stelle moniert auch RUPP, in DANNEMANN/SCHULZE (Eds.), *German Civil Code (BGB)*, I, cit., § 1233 Rn. 1 Fn. 1.

an einer einheitlichen Terminologie in den Übersetzungen: So wird das gesetzliche Pfandrecht trotz einheitlicher Bezeichnung im Deutschen in der Übersetzung der einen Kodifikation als *pledge created by operation of law* (§ 1257 BGB)[136], in der der anderen als *legal lien* (§ 50 InsO)[137] bezeichnet.

5. *Spruchkörper*

Ein Gericht ist in der Regel mit einer Vielzahl von Richtern besetzt, die wiederum in unterschiedlicher Zusammensetzung Recht sprechen. Der Obergriff für ein mehrköpfiges Richtergremium lautet *Spruchkörper*. Die Spruchkörper werden weiter unterteilt in *Kammern* und *Senate*. Als Faustformel gilt, dass die Spruchkörper bei den höheren Gerichten *Senate* und bei den unteren Gerichten *Kammern* heißen. In der ordentlichen Gerichtsbarkeit werden bei den Landgerichten *Kammern* gebildet und bei den Oberlandesgerichten sowie beim Bundesgerichtshof *Senate*. Bei den dreizügigen Fachgerichtsbarkeiten ist die Bezeichnung uneinheitlich. In der Verwaltungsgerichtsbarkeit werden bei den Verwaltungsgerichten *Kammern* und bei den Oberverwaltungsgerichten bzw. Verwaltungsgerichtshöfen sowie beim Bundesverwaltungsgericht *Senate* gebildet. Ebenso werden bei den Sozialgerichten *Kammern* und bei den Landessozialgerichten sowie beim Bundessozialgericht *Senate* gebildet. Dagegen werden in der Arbeitsgerichtsbarkeit sowohl in der Eingangsinstanz (Arbeitsgerichte) als auch bei den Obergerichten (Landesarbeitsgerichten) *Kammern* und lediglich beim Bundesarbeitsgericht *Senate* gebildet. In der zweizügigen Finanzgerichtsbarkeit gibt es nur *Senate*. Das hängt damit zusammen, dass sich bereits die Eingangsinstanz (Finanzgericht) als Obergericht verstehen darf, was nicht nur in der Bezeichnung der Spruchkörper, sondern auch in der Richterbesoldung zum Ausdruck kommt, die denen der Obergerichte der anderen Gerichtsbarkeiten entspricht.

Diese diffizilen sprachlichen Unterschiede lassen sich unschwer im Englischen abbilden. Man könnte zwar einheitlich für alle Spruchkörper den Begriff *panel* oder *bench* verwenden und jeweils in Klammern das Original erläuternd hinzusetzen. Doch dafür besteht in einer Gesetzesübersetzung keine Veranlassung. Die Begriffe *Kammer* und *Senat* lassen sich

[136] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.
[137] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_inso.

unschwer mit *chamber* und *senate* übersetzen.[138] Eine gewisse Scheu mag der amerikanische Übersetzer hegen, weil der *Senate* als Kurzbezeichnung für den *United States Senate* fungiert, der neben dem *United States Congress* das bedeutendste Legislativorgan auf Bundesebene und damit omnipräsent in den Medien ist. Allerdings ist auch in Deutschland die Bezeichnung *Senat* außerhalb der Judikative gebräuchlich etwa für die Landesregierungen der drei Stadtstaaten (*Senat von Berlin*, *Senat der Freien und Hansestadt Hamburg*, *Senat der Freien Hansestadt Bremen*) oder an Universitäten (*Akademischer Senat*).

Selbst wenn man andere Bezeichnungen wählt, so gilt es, die Binnenstruktur der ausgangssprachlichen Rechtsordnung getreu abzubilden. Inkonsequent und damit nicht authentisch ist die halboffizielle englische Übersetzung des GVG[139]. Diese benutzt erstens den Ausdruck *division* gleichermaßen für die Begriffe *Abteilung* (vgl. §§ 23b f. GVG) und *Kammer* (vgl. §§ 60, 71 ff. GVG). Zweitens werden die *Senate* mit zwei unterschiedlichen Begriffen übersetzt: Die *Senate* der Oberlandesgerichte werden ebenfalls mit *divisions* übersetzt (vgl. §§ 116, 119a ff. GVG), während diejenigen des Bundesgerichtshofs *panels* heißen (vgl. §§ 130, 132, 138 f. GVG)[140].

VI. *Verluste und Kompensationen*

Weil eine Übersetzung im Vergleich zum Original stets nur *quasi dasselbe* ausdrückt, ist sie immer mit Verlusten verbunden. Das gilt auch – oder vielleicht sogar in besonderem Maße – für Rechtsübersetzungen[141]. Es ist daher kein Provinzialismus, die deutsche Sprache hochzuhalten, wenn von deutschem Recht die Rede ist[142]. Wenn eine Übersetzung unausweichlich ist, sollte man versuchen, die Verluste bestmöglich zu kompensieren[143]. Inwieweit

---

138 Vgl. ROBBERS, *An Introduction to German Law* (in der englischen Übersetzung von JEWELL), cit., Rn. 42 a.E.
139 Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg.
140 Nicht authentisch auch LANGBEIN, *The German Advantage in Civil Procedure*, in *The University of Chicago Law Review*, 52, 1985, 823 (851), der als Oberbegriff *panels* wählt, aber sowohl die Spruchkörper der Landgerichte wie die der Oberlandesgerichte als *chambers* bezeichnet.
141 GROßFELD, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, cit., 121 f.
142 FLESSNER, *Die Bedeutung von Wilhelm von Humboldts Sprachdenken für die Rechtswissenschaft*, in GRUNDMANN ET AL. (Eds.), *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, Berlin/New York, 2010, 873 (888 ff.); MANKOWSKI, *Rechtskultur*, München, 2016, § 9 I. (479 f.); GRUNDMANN, *Language in Law and in German Universities' Legal Education*, in SCHMIDT-KESSEL (Ed.), *German National Reports on the 20th International Congress of Comparative Law*, Tübingen, 2018, 61 (63, 95, 106 f.); WINDEL, *Vorwort*, in DERS., *OMG – German Legal Dogmatics!*, Baden-Baden, 2020, 7; generell CURRAN, *Comparative Law and Language*, cit., 681 (684 f.).
143 ECO, *Quasi dasselbe mit anderen Worten. Über das Übersetzen*, cit., 111 ff.

eine solche Kompensation bei Gesetzesübersetzungen möglich ist, hängt maßgeblich einerseits von dem zu übersetzenden Begriff oder der zu übersetzenden Formulierung und andererseits vom Verhältnis der Ausgangs- und Zielsprache ab. So lassen sich Sprachbilder des deutschen Rechts häufig gleichermaßen gut in das Englische wie Japanische übersetzen (1.), während es für Lyrik deutliche Unterschiede gibt (2.).

1. *Sprachbilder*

Die deutsche Rechtssprache ist eine Kunstsprache, die in unterschiedlichen Teilbereichen und zu unterschiedlichen Epochen mal mehr, mal weniger mit der Umgangssprache gemein hatte[144]. Das BGB stand bereits zur Zeit seines Inkrafttretens in dem Ruf, in einem volksfernen Juristendeutsch geschrieben zu sein[145]. Besonders frappierend erscheinen die Unterschiede, wenn man es vor dem Hintergrund älterer deutschsprachiger Landrechte betrachtet. So liest sich das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794[146] wie eine sprachliche Miniatur der damaligen Lebensverhältnisse[147]. Die Sprache des BGB mit seinen vielen hochabstrakten Grundbegriffen erscheint dagegen weltenthoben. Es ist geprägt von „*Bildverdrängung*“[148], „*Bilderleere*“[149] und „*Bilderstürmerei*“[150]. Die „*Entleiblichung des Rechtsverständnisses*“[151] ist der Preis für Abstraktion. Doch auch dort und ebenfalls in der ZPO finden sich anschauliche Ausnahmen. Sie wirken auf jemanden, der mit der sprachlichen Ödnis modernen Juristendeutschs einigermaßen vertraut ist wie Oasen voller Leben. So wird etwa in § 98 Nr. 1 BGB aus einem *Gebäude*, das andernorts (§ 94 Abs. 1 S. 1 BGB) als eine *mit dem Grund und Boden fest verbundene Sache* bezeichnet wird, eine *Mühle*, eine *Schmiede*, ein *Brauhaus*

144 Zur Entwicklung der deutschen aus der lateinischen Rechtssprache WACKE, *Lateinisch und Deutsch als Rechtssprachen in Mitteleuropa*, in *NJW*, 43, 1990, 877 ff.
145 Zeitgenössische Kritik am Sprachduktus des BGB übten insbesondere GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, cit.; G. GOLDSCHMIDT, *Kritische Erörterungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, 1, Leipzig, 1889, 1 ff.; MENGER, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen, 1890, 16 f. (jeweils abrufbar unter http://dlib-pr.mpier.mpg.de), die jedoch ebenfalls dessen Präzision und Prägnanz als Vorteile herausstellten.
146 Zugänglich etwa in der Ausgabe von HATTENHAUER (Ed.), *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, 3rd Ed., Neuwied et al., 1996.
147 Zur volksnahen Rechtssprache des preußischen Landrechts STURM, *Das Preußische Allgemeine Landrecht*, Karlsruhe, 2014, 24 f.; GROSS, *Das Preußische Allgemeine Landrecht*, in *NJW*, 67, 2014, 2846 f.
148 GROßFELD, *Bildhaftes Rechtsdenken*, Opladen, 1995, 17.
149 GROßFELD, *Bildhaftes Rechtsdenken*, cit., 18.
150 GROßFELD, *Bildhaftes Rechtsdenken*, cit., 20.
151 GROßFELD, *Bildhaftes Rechtsdenken*, cit., 20.

oder eine *Fabrik*. Einen Hort ruralen (Über-)Lebens birgt der Katalog unpfändbarer Sachen in § 811 ZPO. Allerdings nicht mehr lange, denn die Norm wird mit Wirkung zum 1. Januar 2022 sprachlich grundlegend neugefasst werden.[152] Die *Wäsche, Betten, Haus- und Küchengeräte* (Nr. 1), die *auf vier Wochen erforderlichen Nahrungs-, Feuerungs- und Beleuchtungsmittel* (Nr. 2), die *Kleintiere in beschränkter Zahl* sowie die *Milchkuh* und die *zwei Schweine, Ziegen oder Schafe*, die *zur Fütterung und zur Streu auf vier Wochen erforderlichen Vorräte* (Nr. 3), schließlich das *erforderliche Gerät und Vieh nebst dem nötigen Dünger* (Nr. 4) werden allesamt sprachlich getilgt und gehen auf in dem „*übergeordneten Begriff*"[153] der *Sachen, die der Schuldner […] benötigt […] für eine bescheidene Lebens- und Haushaltsführung* sowie *die Ausübung einer Erwerbstätigkeit*. In der Begründung heißt es, die „*in Teilen stark veraltete Norm soll an die veränderten rechtlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten sowie gewandelte gesellschaftliche Realitäten angepasst werden*"[154].

Darin kommen Vorteile und Schwächen von Bildersprache[155] zum Ausdruck. Sie finden sich fast ausschließlich in beispielhaften Aufzählungen und der Gesetzgeber nutzt mit ihnen die Möglichkeit, einen abstrakt(er)en Oberbegriff im wahrsten Sinne des Wortes mit Leben zu füllen, aber nicht um Volksnähe herzustellen, sondern um die Auslegung eines Begriffs nicht vollständig Gerichten und Rechtswissenschaft zu überlassen. Anders als ein abstrakter Begriff müssen sie aber beständig gepflegt, also sprachlich angepasst werden, um nicht zu Museumsstücken zu werden. Einem hochabstrakten Begriff wie *Sache* (vgl. § 90 BGB) kann dieses Schicksal nicht zuteilwerden. Denn obwohl die Kodifikationsväter des BGB dabei auch eher an den alten Katalog des § 811 ZPO gedacht haben dürften, erscheint der Sachbegriff als ein zeitloser zivilistischer Grundbegriff. Der Nachteil eines abstrakten Grundbegriffs ohne Anschauungsbeispiele ist, dass Wandlungen in seiner Ausdeutung sich unmerklich vollziehen und keinen Niederschlag im Gesetzestext finden[156].

---

[152] Durch Gesetz vom 7. Mai 2021, in *Bundesgesetzblatt* I, 850.

[153] Bundestags-Drucksache 19/27636, 28 f.

[154] Bundestags-Drucksache 19/27636, 28; ähnlich 1 f.

[155] Zu diesen und anderen Stilelementen der Rechtssprache STOLZE, *Expertenwissen des juristischen Fachübersetzers*, cit., 45 (54 ff.); KISCHEL, *Legal Cultures – Legal Languages*, cit., 7 (13 ff.); BRAND, *Language as a Barrier to Comparative Law*, in OLSEN/LORZ/STEIN (Eds.), *Translation Issues in Language and Law*, Basingstoke, 2009, 18 (22); NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12th Ed., München, 2020, § 7 Rn. 21 ff.; zu bestimmten Konditional-Formulierungen in deutschen und italienischen Gesetzbüchern SOFFRITTI, *Textmerkmale deutscher und italienischer Gesetzesbücher: Übersetzung und konstrastive Analyse*, in SANDRINI (Ed.), *Übersetzen von Rechtstexten*, Tübingen, 1999, 119 ff.

[156] Am Beispiel des Sach- und Gegenstandsbegriffs C. BECKER, *Die "res" bei Gaius – Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation? Zum Begriff des Gegenstandes im Zivilrecht*, Köln et al., 1999, 9 ff.; KREUTZ, *Das Objekt und seine*

a) *Rain und Planke*

Eine anschauliche Aufzählung enthält etwa § 921 BGB. Dort werden zur Konkretisierung des Begriffs der *Grenzanlage* beispielhaft und nicht abschließend[157] aufgezählt: *Zwischenraum, Rain, Winkel, Graben, Mauer, Hecke* und *Planke*. Insbesondere *Rain* wirkt für den heutigen Leser antiquiert und kommt im allgemeinen Sprachgebrauch isoliert praktisch nicht mehr vor, sondern nur in Zusammensetzungen wie Anrainer (*neighbour)*. Der in einigen Übersetzungen[158] gewählte Begriff *border* beschreibt es zwar in der Sache richtig, transportiert die antiquierte Konnotation aber nicht. Der in anderen Übersetzungen[159] gewählte Begriff *ridge* trifft es auch nicht richtig. Gleiches gilt für die *Planke*. Diese ist kein Zaun, wie das die englische Übersetzung *fence* suggeriert, wohl aber kann ein Gartenzaun (*garden fence*) eine Grenzanlage im Sinne der Vorschrift sein[160], ein Bauzaun[161] (*site fence*) eher nicht. Authentisch hingegen ist die japanische Übersetzung[162], die t den Rain mit 畔 (*aze*) übersetz, was im Japanischschen den Damm zwischen zwei Reisfeldern bezeichnet, und die Planke mit 板 (*ita*), was schlicht ein Brett meint.

b) *Überfall*

Eine gerade für didaktische Zwecke einprägsame Alliteration bilden die offiziellen Überschriften der §§ 910-912 BGB: *Überhang – Überfall – Überbau*. Diese lässt sich im Englischen und Japanischen ebenso wenig abbilden wie die Mehrdeutigkeit des Begriffs *Überfall*. Die gängigste Konnotation betrifft dabei wohl nicht den beschriebenen zivilrechtlichen

Zuordnung, cit., 51 ff.; am Beispiel der *res extra commercium* KORVES, *Eigentumsunfähige Sachen?*, Tübingen, 2014, 74 ff.

157 Zur gesetzgeberischen Intention der beispielhaften Aufzählung Mugdan (Ed.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, III, Berlin, 1899, p152 = *Motive*, III, 275 (abrufbar unter https://www.rewi.uni-jena.de/fakult%C3%A4t/lehrst%C3%BChle+und+dozenten_-innen/zivilrechtliche+lehrst%C3%BChle/professor+dr_+christian+fischer/mugdan).

158 WANG, *The German Civil Code*, cit.; halboffizielle englische Übersetzung, abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.

159 FORRESTER/GOREN/ILGEN, *The German Civil Code*, cit.; GOREN, *The German Civil Code, Revised Edition*, cit.

160 BGH, 20. Oktober 2017, in *NJW-RR*, 33, 2018, 528 f.; BGH, 23. November 1984, in *NJW*, 38, 1985, 1458 (1459).

161 VOLLKOMMER, in *Beck'scher Online-Großkommentar BGB* (15.02.2021), § 921 Rn. 4.

162 神戸大学外国法研究會 現代外国法典叢書 獨逸民法 III 物権法 (*kōbe daigaku gaikokuhō kenkyūkai gendai gaikokuhōten sōsho doitsuminpō san bukkenhō*) 復刊版東京１９５５年 (FORSCHUNGSGRUPPE FÜR AUSLÄNDISCHES RECHT DER UNIVERSITÄT KŌBE, *Sammlung zeitgenössischer ausländischer Gesetzbücher*, *Deutsches Zivilrecht*, III, Sachenrecht, Neuauflage Tōkyō 1955).

Sachverhalt – der Überfall als eine hinübergefallene Sache –, sondern Überfall im Sinne eines Raubes (*mugging*, *robbery*, *hold-up*). So kennt etwa auch das deutsche Strafrecht den *hinterlistigen Überfall* (§ 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB) im Sinne eines plötzlichen, unerwarteten Angriffs (*treacherous assault*[163], *raid*). Diese Doppelbödigkeit lässt sich in einer Übersetzung schwer abbilden. Man könnte aber einen Begriff wählen, dem seinerseits in der Zielsprache eine doppelte Bedeutung zukommt und der gleichzeitig den Inhalt der Norm treffend beschreibt. Im Englischen könnte man beispielsweise an *windfall* denken. Dieser Begriff bezeichnet sowohl das Fallobst als auch einen unverhofften Gewinn und ist damit ebenfalls doppeldeutig. Er könnte dem Adressaten aber eine bestimmte Auslegung nahelegen. Denn *windfall* bezeichnet wie das Wort Fallobst nur solche Früchte, die ohne unmittelbare menschliche Einwirkung vom Baum fallen. Die ganz herrschende Meinung differenziert jedoch, ob Schütteln am Baum die Rechtsfolge auslöst je nachdem, ob der Nachbar oder ein Dritter schüttelt[164]. Die halboffizielle englische Übersetzung der Überschrift von § 911 BGB[165] als *falling fruit* ist zwar nicht doppeldeutig, aber authentisch. Sie vollzieht sogar den missverständlichen deutschen Wortlaut nach. Denn als *falling* bezeichnet man im Flug befindliche Früchte. Die Rechtsfolgen von § 911 BGB werden aber sinnvollerweise nur ausgelöst, wenn die Früchte *hinübergefallen sind*, weshalb es in der Sache um *fallen fruit* geht. Doch auch der deutsche Wortlaut handelt von „*Früchte[n], die […] hinüberfallen*".

c) *Jauchegruben und Toilettenanlagen*

Übersetzungen wollen sprachliche Gräben überwinden. Das deutsche und das japanische Nachbarrecht wollen verhindern, dass Gräben zwischen Nachbarn überhaupt erst entstehen. So ist es untersagt, in Grenznähe Gruben und Gräben auszuheben, die den Nachbarschaftsfrieden gefährden können. Das deutsche Recht ist dabei recht abstrakt gehalten

[163] So die halboffizielle englische Übersetzung, abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb.
[164] H. ROTH, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 2020, § 911 Rn. 3; BRÜCKNER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8th Ed., München, 2020, § 911 Rn. 6; VOLLKOMMER, in *Beck'scher Online-Großkommentar BGB* (15.02.2021), § 911 Rn. 3; FRITZSCHE, in *Beck'scher Online-Kommentar BGB* (59. Ed. 01.08.2021), § 911 Rn. 3; wohl auch C. BERGER, in JAUERNIG, *BGB Kommentar*, 18th Ed., München, 2021, § 911 Rn. 1.
[165] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.

und verbietet in § 909 BGB Grundstücksvertiefungen, die die Standfestigkeit des Nachbarbodens gefährden. Das japanische Gesetz wählt die Aufzählungstechnik und ist damit anschaulicher. So heißt es in den deutschen Übersetzungen des Art. 237 japZG, beim Ausheben eines *Brunnens, einer Zisterne, eines Abwasserbeckens oder einer Jauchegrube* sei ebenso ein näher bestimmter Mindestabstand einzuhalten wie beim Ausheben *eines Teichs, eines Kellers oder einer Toilettenanlage*. Während der deutsche Leser die *Jauchegrube* (肥料だめ [*hiryō dame*]) fast riechen kann, ist die *Toilettenanlage* ein eher indifferenter Begriff, der von der Latrine über das Dixi-Klo bis zur sterilen Autobahntoilette alles umfassen kann, was dem menschlichen Grundbedürfnis dient. Ein solch reiches Spektrum an Aborten gab es freilich weder im deutschen Kaiserreich noch im Japan der Meiji-Ära. Im Original entpuppt sich die *Toilettenanlage* denn auch als 尿だめ (*nyō dame*), was man anschaulicher und vor allem anrüchiger mit *Harngrube* oder – noch derber – *Pissloch* übersetzen würde. Das entspricht auch eher dem Kontext der Norm, die nicht irgendeine Art von *Anlage*, sondern eine *Grube* oder ein *Loch* meint.

d) *Kranzgeld*

Nicht nur die bewusste Vermeidung eines allzu derben, sondern auch eines allzu anzüglichen Sprachgebrauchs kann zu Missverständnissen führen. Ein Beispiel dafür bietet der mittlerweile aufgehobene § 1300 BGB. Die Norm gewährte einer *unbescholtenen Verlobten* immateriellen Schadensersatz, wenn sie ihrem Verlobten die *Beiwohnung* gestattet hat und das Verlöbnis danach aufgekündigt wurde. Der Begriff *Beiwohnung* ist die Nominalisierung des Verbs *beiwohnen* und ein gehobener, heute veralteter Ausdruck für Geschlechtsverkehr (*to have sexual intercourse*, *to lie with sb.*). Gemeint ist also, dass eine *jungfräuliche Verlobte* (*virgin engaged woman*) ihrem Verlobten im Hinblick auf den versprochenen Eheschluss intimen Kontakt gestattet hatte, es danach aber nicht zum Eheschluss gekommen, sondern das Verlöbnis aufgelöst worden ist. Der Schadensersatz, den man in Deutschland auch als *Kranzgeld* bezeichnet, war eine Kompensation dafür, dass der Verlust der Jungfräulichkeit die Aussichten auf eine standesgemäße Hochzeit schmälern konnte. Die englischen Übersetzungen[166] übersetzten *beiwohnen* mit *to cohabit* und transportieren damit sehr authentisch das – auf das Lateinische

[166] WANG, *The German Civil Code*, cit.; FORRESTER/GOREN/ILGEN, *The German Civil Code*, South Hackensack NJ 1975; GOREN, *The German Civil Code, Revised Edition*, Littleton CO, 1994.

zurückgehende (*cohabitare*) – sprachliche Bild vom (unehelichen) Zusammenwohnen, obwohl es wie im Deutschen auf das Zusammenwohnen gerade nicht ankam. Gewiss nobel, aber mindestens missverständlich ist dagegen, dass WANG[167] die *unbescholtene Verlobte* als *betrothed woman of unblemished character* übersetzt, denn auf den Charakter kam es ebenfalls nicht an.

2. *Lyrik*

In aller Regel haben Rechtstexte, geschweige denn Gesetzestexte einen literarischen Ehrgeiz,[168] weshalb die Anforderungen an die literarische und die Rechtsübersetzung selten zusammentreffen[169]. Aber auch von dieser Regel gibt es wohltuende Ausnahmen – natürlich im Nachbarrecht, das mit § 923 BGB eine Vorschrift voller Poesie beherbergt[170]. Die Norm handelt von Grenzbäumen und Grenzsträuchern. Ihr erster Absatz birgt einen Hexameter und ihr dritter Absatz einen Stabreim. Um den poetischen Charakter der Norm zu erhalten, muss man ihn mit entsprechenden Mitteln der Zielsprache abbilden.[171] Im Englischen war der Hexameter nicht so verbreitet wie in Deutschland, jedoch gilt der Reim als ähnlich kunstvoll. Die halboffizielle englische Übersetzung von § 923 Abs. 3 BGB („*These provisions also apply to a bush standing on the boundary*")[172] verzichtet darauf[173]. Dabei könnte man einen Stabreim auch gut im Englischen bilden und die Norm stattdessen wie folgt übersetzen:

These provisions apply accordingly
to a bush standing on the boundary.

[167] *The German Civil Code*, cit.
[168] MINCKE, *Die Problematik von Recht und Sprache in der Übersetzung von Rechtstexten*, in *ARSP*, 77, 1991, 446 (456).
[169] DE GROOT, *Probleme juristischer Übersetzungen aus der Perspektive eines Rechtsvergleichers*, cit., 1 (6 ff.); GROßFELD, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, Tübingen 1996, 120 f.; MAIER, *Bedeutung und Methoden der Übersetzung für die gesamte deutsche Strafrechtswissenschaft*, in FRANK/MAAß/PAUL/TURK (Eds.), *Übersetzen, verstehen, Brücken bauen, Geisteswissenschaftliches und literarisches Übersetzen im internationalen Kulturaustausch*, I, Berlin, 1993, 314 (319).
[170] KOLLMER, *Juristische Superlative*, in *NJW*, 50, 1997, 1129; HAMANN, *Juristische Kuriositäten – Ein Spaziergang durch den Paragrafendschungel*, in *NJW*, 62, 2009, 727; WÜRDINGER, *Humoristisches Nachbarrecht*, in *NJW*, 62, 2009, 732; DERS., *Scherz und Ernst im Nachbarrecht?*, in *NJW*, 72, 2019, 1194.
[171] Treffend SCHÜTZE, *Probleme der Übersetzung im Zivilprozeßrecht*, in K.P. BERGER (Ed.), *Festschrift Otto Sandrock*, cit., 871: „*Nachdichtung*".
[172] Abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.
[173] Dafür reimt sich dort der erste Teil von § 923 Abs. 1 BGB: „*Where there is a tree standing on the boundary*".

Diese Übersetzung vereint sprachliche und stilistische Authentizität des Originals. In der japanischen Dichtung spielen hingegen weder Hexameter noch Reim eine Rolle. Die Struktur des Japanischen evoziert Reime am laufenden Band, weil fast alle Morpheme als kleinste Lauteinheiten auf einen der auch bei uns bekannten fünf Vokale enden. Es ist also keine große Kunst, im Japanischen Reime zu kreieren. Um einen vergleichbaren Effekt zu erzeugen, könnte man aber versuchen, die beiden Absätze des § 923 BGB jeweils in Form eines Haiku zu übersetzen[174]. Für § 923 Abs. 1 BGB könnte das wie folgt lauten:

伐木た (*ba-tsu-bo-ku-ta*)
境木の生り (*sa-ka-i-gi-no-na-ri*)
半分だ (*ha-n-bu-n-da*)[175]

§ 923 Abs. 3 BGB in Form eines Haiku (einschließlich eines Stabreims auf den beiden letzten Zeilen) könnte wie folgt lauten:

当規定 (*to-o-ki-te-i*)
境界上の (*kyo-o-ka-i-u-e-no*)
低木も (*te-i-bo-ku-mo*)[176]

[174] Zu den umgekehrten Schwierigkeiten, Haikus aus dem Japanischen in westliche Sprachen zu übersetzen, WITTKAMP, *Sommergräser und Heideträume, Ein Beitrag zur Übersetzungstechnik beim Haiku*, in *NOAG*, Iss. 161-162, 1997, 111 ff.; DERS., *Überlegungen zu formalen Aspekten bei der Haiku-Übersetzung*, in HIJIYA-KIRSCHNEREIT (Ed.), *Eine gewisse Farbe der Fremdheit. Aspekte des Übersetzens Japanisch-Deutsch-Japanisch*, München, 2001, 197 ff.; japanisches Recht in englischsprachigen Haikus präsentiert JONES, *Obey, Not Know. Essays on Japanese Law and Society*, Kumamoto, 2019, 85 ff.

[175] Auf Deutsch (Englisch) etwa:
Des gefällten (felled)
Grenzbaums Ertrag (boundary tree's benefits)
je zur Hälfte (half share).

[176] Auf Deutsch (Englisch) etwa:
Diese Vorschriften (these provisions)
auf Grenze befindlichen (to a boundary line's)
Strauch auch (bush also).

Diese Haikus können aber schwerlich als authentische Übersetzungen des Gesetzestextes gelten. Sie entsprechen eher den Sinn- und Merksprüchen, wie sie andere für viele Vorschriften des BGB bereits auf Deutsch ersonnen haben[177]. Sie geben aber keine verlässliche Auskunft über den Gesetzesinhalt. Eine authentische Gesetzesübersetzung liefert zwar auch kein identisches Abbild des Originals, aber diese vergrößert die Interpretationsspielräume nicht mehr als nötig[178]. Für stilistische Aspekte gilt mithin dasselbe wie für rechtsvergleichende: stehen sie in einem Spannungsverhältnis zur sprachlichen Authentizität, genießt das Authentizitätsgebot Vorrang.

Abstract

The contribution deals with the problem of Legal Translation and asks in particular what standards should apply to Legal Translation. The thesis is widespread that Legal Translation is first and foremost Comparative Law and must therefore be carried out according to Comparative Law methods and standards. This opinion is simplistic and imposes excessive requirements on Legal Translation. Instead, the authenticity of the original text should be in the foreground, especially in the case of translating legislation. From this it follows that there are basically no untranslatable legal terms and that a translation should first and foremost be a faithful reproduction of the translated legislation.

Abstract

Der Beitrag befasst sich mit der Problematik des juristischen Übersetzens und fragt insbesondere, nach welchen Maßstäben Gesetzesübersetzungen anzufertigen sind. Im juristischen Schrifttum ist die These verbreitet, dass Rechtsübersetzung in erster Linie Rechtsvergleichung sei und daher nach rechtsvergleichenden Methoden und Maßstäben zu erfolgen habe. Diese Sicht ist einerseits verkürzt und stellt andererseits überhöhte Erwartungen an Rechtsübersetzungen. Stattdessen sollte gerade bei Gesetzesübersetzungen das Authentizitätsgebot im Vordergrund stehen. Aus dem Authentizitätsgebot folgt, dass es grundsätzlich

[177] COHN, *Das neue Deutsche Bürgerliche Recht in Sprüchen*, I-IV, Berlin 1897 ff. (abrufbar unter http://dlib-pr.mpier.mpg.de); GÜNTHER, *BGB in Reimen*, Frankfurt am Main, 1994.

[178] Treffend wiederum HENDERSON, *Japanese Law in English: Reflections on Translation*, cit., 117 (154): „*A poet […] can freely translate a Chinese verse and make poetry. But a lawyer cannot by translating a statute freely make law.*".

keine unübersetzbaren Rechtsbegriffe gibt und eine Übersetzung in erster Linie ein getreues Abbild des übersetzten Gesetzes sein sollte.

Abstract

L'articolo affronta il problema della traduzione giuridica e in particolare gli standard in base ai quali debbano essere effettuate le traduzioni legali. Nella letteratura giuridica è diffusa la tesi in base alla quale la traduzione giuridica sia prima di tutto diritto comparato e debba quindi basarsi su standard di diritto comparato. Da un lato, questa visione è incompleta e, dall'altro, pone aspettative eccessive sulla traduzione giuridica. Invece, il requisito di autenticità dovrebbe essere messo in primo piano, soprattutto quando si tratta di traduzioni legali. Dal requisito di autenticità ne consegue che, sostanzialmente, non esistono termini giuridici intraducibili e che una traduzione dovrebbe essere principalmente una copia fedele della norma giuridica da tradurre.

Bochum, dicembre 2021.

ROCCO FAVALE[*]

Autonomia privata e crisi coniugale[**]

Sommario: 1. Autonomia privata e crisi coniugale. – 2. Gli accordi "in sede" e "in occasione" della separazione consensuale e nel divorzio. – 3. Gli accordi sull'assegno di mantenimento nella separazione e nel divorzio. – 4. La determinazione convenzionale dell'assegno di mantenimento. – 5. La corresponsione *una tantum*. – 6. I trasferimenti immobiliari in sede di separazione e divorzio. – 7. Gli accordi fra coniugi in seno alle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio.

1. *Autonomia privata e crisi coniugale*

Con la legislazione successiva al codice civile vigente e gli apporti della dottrina e della giurisprudenza, il ruolo dell'autonomia privata dei coniugi entro la materia familiare[1] ha assunto sempre più importanza, anche nell'ambito della tematica della crisi coniugale[2].

---

[*] *Professore Ordinario di Diritto Privato Comparato presso l'Università degli Studi di Camerino.*

[**] *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

[1] Sul dibattito dottrinale sui limiti dell'autonomia privata in ambito familiare, fra molti i saggi di F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. giur.*, 1945, p. 3 ss. (ora in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, I, p. 381 ss.), e di P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia ad un ventennio dalla riforma*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 109 ss.

[2] In materia, cfr. *Diritti patrimoniali della famiglia*, a cura di G. Cassano e G. Oberto, Milano, 2017; *La famiglia in crisi*, a cura di G. Cassano e G. Oberto, Padova, 2016; A. ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni della separazione, accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 94 ss.; T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2003, p. 45 ss.; M. AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, in *Riv. not.*, 2017, p. 251 ss.; G. CASSANO, *Autonomia negoziale e rapporti familiari*, in *Contratti*, 2001, p. 1161 ss.; G. CECCHERINI e L. GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata. I contratti dei coniugi e dei conviventi tra principi normativi e regole della giurisprudenza*, Padova, 2013; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996; G. DOSI, *Il diritto contrattuale della famiglia. Le funzioni di consulenza e negoziazione dell'avvocato*, Torino, 2016; F.R. FANTETTI, *Autonomia dei coniugi e trasferimenti mobiliari ed immobiliari nei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 369 ss.; A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, 2009; G. OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, in *Familia*, 2006, p. 181; C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 207 ss.; G. TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e di divorzio*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1417 ss.; A. ZUCCHI, *Aspetti giuridici degli accordi* a latere *nella separazione consensuale dei coniugi*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 110 ss.

Il progressivo superamento della concezione istituzionale del matrimonio[3], a seguito di uno sviluppo di una idea di privatizzazione dei rapporti coniugali, porta a far sì che la volontà dei coniugi assuma sempre più posizione centrale[4].

L'autodeterminazione negoziale dei coniugi si esprime, da un lato, nella fase fisiologica del rapporto familiare, come in seno al regime patrimoniale della famiglia[5], alla determinazione del tenore di vita familiare (art. 143 c.c.), alla fissazione della residenza della famiglia (art. 144 c.c.), dall'altro, nella fase patologica, come la possibilità per i coniugi di realizzare la separazione consensuale (art. 158 c.c.), di avviare il divorzio su domanda congiunta (art. 4, comma 16, l. n. 898/1970), di risolvere le controversie della separazione e del divorzio con una convenzione di negoziazione assistita da almeno un avvocato per ciascuna parte (art. 6 d.l. n. 132/2014), di realizzare la separazione consensuale e il divorzio a seguito di un accordo definito davanti all'ufficiale dello stato civile (art. 12 d.l. n. 132/2014).

Gli accordi fra coniugi diretti a regolare la crisi del matrimonio possono differenziarsi, in primo luogo, sulla base del tempo in cui sono conclusi in relazione alla fase della crisi coniugale.

Così gli accordi "in sede" di separazione o di divorzio vengono conclusi dai coniugi entro il procedimento di separazione consensuale o nell'accordo di divorzio congiunto, al fine di disciplinare gli aspetti patrimoniali della crisi.

Gli accordi "in occasione" della separazione o del divorzio, invece, si caratterizzano per ciò che formano un rapporto negoziale autonomo che si giustappone all'accordo di separazione o di divorzio congiunto.

Gli accordi in sede di separazione e "in vista" del futuro divorzio richiamano tutti quei negozi posti in essere dai coniugi nel corso del procedimento giudiziale o consensuale di separazione, al fine di disciplinare preventivamente la dimensione patrimoniale dell'eventuale

[3] Cfr. la presentazione di M. SESTA, *Il diritto di famiglia tra le due guerre e la dottrina di Antonio Cicu*, in A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale (1914)*, rist., Sala Bolognese, 1978, p. 1 ss.

[4] Una ricostruzione storica dello sviluppo della concezione privatistica del diritto di famiglia è offerta da M. BIANCA, *Angelo Falzea e il diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 1062 ss. Interessanti, anche se datate, le considerazioni di N. LIPARI, *Il matrimonio*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma* a cura di A. Belvedere e C. Granelli, Padova, 1996, p. 17, ove fotografa questo processo di sviluppo come «radicale contrattualizzazione del matrimonio».

[5] Ai coniugi è consentito ai coniugi di modificare «in ogni tempo» il regime patrimoniale della famiglia e di costituire regimi patrimoniali atipici (art. 162 c.c.). Per alcuni, cfr., A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1988, p. 715; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 106.

e futuro scioglimento degli effetti civili del matrimonio.

Infine, gli accordi preventivi della crisi coniugale si caratterizzano per il fatto che vengono conclusi nel corso del matrimonio o persino prima (accordi prematrimoniali) allo scopo di definire i termini di una eventuale futura crisi coniugale[6].

Un altro criterio che può assumere valenza descrittiva fra gli accordi sulla crisi coniugale riguarda l'oggetto degli stessi. Infatti, questi accordi possono determinare l'assegno di mantenimento e l'assegno di divorzio, ma possono sussistere anche accordi concernenti i diritti reali, ad esempio trasferimenti di diritti reali immobiliari, con implicazioni problematiche in ordine alla relativa disciplina formale, pubblicitaria e fiscale.

2. *Gli accordi "in sede" e "in occasione" della separazione consensuale e nel divorzio*

Il tema degli accordi conclusi dai coniugi "in sede" o "in occasione" della separazione o del divorzio presuppone un'analisi della natura giuridica dell'accordo di separazione (art. 158 c.c.) o della domanda congiunta di divorzio (art. 4, comma 16, l. n. 898/1970).

Con riferimento alla separazione[7] il legislatore consente ai coniugi di pervenire alla separazione consensuale e ad accordi di natura patrimoniale[8], da considerarsi, in linea con il

[6] Per alcuni contributi: E. AL MUREDEN, *I* prenuptial agreements *negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 543 ss.; D.G. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005; G. GIOVANNINI, *Gli accordi prematrimoniali*, in *Crisi familiare e autonomia negoziale. Incontro di studio.* Pisa, 17 ottobre 2014, a cura di A. Petrucci e F. Procchi, Pisa, 2015, p. 9 ss.; T.V. RUSSO, *I contratti prematrimoniali*, in *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8- aprile 2017 – Corte d'Appello di Lecce*, a cura di F. Dell'Anna Misurale e F.G. Viterbo, Napoli, 2018, p. 193 ss.; G.F. BASINI, *i così detti "patti prematrimoniali. Note* de iure condendo, in *Fam. dir.*, 2019, p. 1153 ss.; R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del codice civile*, in *Contratti*, 2019, p. 601 ss.; G. OBERTO, *I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo*, in *Corriere giur.*, 2020, p. 794 ss.; U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 645 ss.

[7] Già A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, p. 94, richiama gli accordi di separazione, allorquando precisa che «la pratica mostra come nelle tavole della separazione vengano ospitate altre convenzioni con cui i coniugi regolano tutte le questioni patrimoniali tra loro esistenti, ovvero pongono in essere un mandato od una transazione, ed ancora convenzioni con cui uno dei coniugi, ad esempio, stipula a favore dei figli una donazione riservando all'altro, a titolo alimentare, l'usufrutto. Da ciò appare evidente come non si possa parlare di singole clausole rientranti nell'unità organica di un unico negozio, bensì di molteplici negozi, strutturalmente autonomi, per quanto coordinati da particolari legami».

[8] In sede storica, l'istituto ha subito le diffidenze dei legislatori, soprattutto preunitari, ostili verso la volontà dei coniugi. Tuttavia, il codice civile del 1865, contrariamente al codice napoleonico, ha riconosciuto l'istituto, statuendo che «la separazione pel solo consenso dei coniugi non può aver luogo senza l'omologazione del tribunale» (art. 158).

pensiero della dottrina, «come uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità nel diritto di famiglia»[9].

Il *conditor iuris* mitiga, nondimeno, il potere di autoregolamento negoziale dei coniugi allorquando prescrive che «la separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice» (art. 158 c.c.). Occorre di conseguenza sollevare l'interrogativo sul rapporto corrente fra accordo dei coniugi e decreto di omologa, di cui dottrina risalente ridimensionava il consenso considerandolo mero presupposto del provvedimento giudiziale, sulla scorta dell'idea fondata sul «prevalente interesse dello Stato sul diritto di famiglia»[10].

Superata la concezione pubblicistica della famiglia, la dottrina moderna[11] qualifica la separazione consensuale come fattispecie complessa[12] costituita dai due elementi essenziali, l'accordo dei coniugi e l'omologa del giudice. A ciò si aggiunga che il provvedimento giudiziale condiziona l'efficacia della separazione e non dell'accordo, cosicché quest'ultimo risulta efficace dal momento della valida conclusione, mentre la separazione fra i coniugi dal momento dell'omologa. In questo senso accordo e omologa disciplinano profili diversi in seno al procedimento di separazione coniugale.

Il ruolo primario assunto dall'accordo nel procedimento di separazione, non ha valenza perfezionativa se non previo controllo giudiziale; in tal senso la norma codicistica dell'art.

[9] Così, Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 710 ss., con nota di M. FERRARI, *Ancora in tema di accordi fuori dal verbale di separazione*; in *Fam. dir.*, 1994, p. 139 ss., con nota di V. CARBONE, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, ove adopera in proposito la formula «laboratorio della privatizzazione». Già prima Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 213 ss., con nota di M. SALA, *Accordi di separazione non omologati: un importante riconoscimento dell'autonomia negoziale dei coniugi*, che richiama i «valori di autodeterminazione e di negozialità che anche nel diritto di famiglia si vanno affacciando».

[10] A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, cit., p. 232. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 3 marzo 1936, n. 740, in *Giur. it.*, 1936, I, 1, c. 303 s., precisa che «il consenso dei coniugi non dà luogo ad un negozio giuridico, ma è soltanto un preliminare del procedimento di volontaria giurisdizione»; Cass., 4 maggio 1942, n. 1542, in *Giur. it.*, 1943, 1, I, c. 43 s.

[11] M. ROMANO e M. SGROI, *Gli accordi, economici ed esistenziali, preventivi della crisi coniugale*, in G. CASSANO e G. OBERTO (a cura di), *La famiglia in crisi*, Padova, 2016, p. 152; G. CECCHERINI e L. GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata*, cit., p. 186; P. ZATTI, *La separazione personale*, Torino, 1989, p. 34; U. BRECCIA, *Separazione personale dei coniugi*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1999, p. 372.

[12] Secondo Cass., 4 settembre 2004, n. 17902, in *Fam. dir.*, 2005, p. 508 ss., con nota di I. PAGNI, *Vizi del consenso e annullabilità della separazione consensuale omologata: lo sfuggente rapporto tra autonomia negoziale e controllo giudiziale*, «il procedimento per la separazione consensuale omologata (s.c.o.), "nel quale concorrono elementi di diritto privato e pubblico", costituisce una fattispecie complessa, per cui il regolamento basato sull'accordo (di natura privatistica) tra i coniugi acquista efficacia giuridica solo attraverso il provvedimento di omologazione (di natura pubblicistica) (p. 509).

158 c.c. è tesa a verificare che l'accordo coniugale non sia in contrasto con gli interessi dei figli, con ciò confermando in capo al giudice un vero e proprio controllo di merito[13]. All'opposto, il controllo giurisdizionale dei patti concernenti i soli coniugi è un mero controllo di legittimità, diretto a verificare che l'accordo non sia in contrasto con norme imperative e principi giuridici inderogabili[14].

Per quanto concerne la natura giuridica dell'accordo di separazione, la dottrina non ha dubbi sulla sua natura negoziale, in quanto la separazione consegue alla volontà dei coniugi[15]. Allo stesso tempo siffatto accordo non ha carattere contrattuale, pur se trovano applicazione le relative norme in via analogica, come per esempio le disposizioni sui vizi del consenso[16], sulla capacità e così via[17]. Hanno carattere chiaramente contrattuale le pattuizioni eventuali dell'accordo di separazione, le quali operano in via autonoma mediante un separato negozio giuridico; si pensi alle convenzioni con cui i coniugi fissano il mantenimento oppure ai negozi di trasferimento o costituzione di diritti reali[18]. In queste fattispecie contrattuali trovano diretta applicazione le regole in materia di contratto[19].

---

[13] G. CECCHERINI e L. GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata*, cit., p. 193.

[14] G. DORIA, *Autonomia privata e "causa"* familiare, cit., p. 120 s.

[15] L'accordo di separazione è ricondotto alla categoria dei negozi giuridici familiari (in argomento v. F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 381 ss.). Il pensiero giurisprudenziale è conforme: per alcune più recenti, Cass., 19 agosto 2015, n. 16909, in *Pluris on line*; Cass., 26 gennaio 2018, n. 2036, in *Fam. dir.*, 2019, p. 167 ss., con nota di R. FORCINITI, *Il contenuto eventuale degli accordi patrimoniali in sede di separazione consensuale*.

[16] Per un caso di presunta violenza di cui all'art. 1435 c.c., cfr. la recentissima Cass., 4 agosto 2021, n. 22270, in *Quotidiano giuridico*, 23.8.2021, con nota redazionale *Non è viziato da violenza l'accordo di separazione concluso dal marito commercialista*.

[17] Precisamente, Cass., 3 dicembre 2015, n. 24621, in *Fam. dir.*, 2016, p. 748, avverte come «l'accordo delle parti in sede di separazione o di divorzio (e magari quale oggetto di precisazioni comuni in un procedimento originariamente contenzioso) ha natura sicuramente negoziale, e talora dà vita ad un vero e proprio contratto. Ma, anche se esso non si configurasse come contratto, all'accordo stesso sarebbero sicuramente applicabili alcuni principi generali dell'ordinamento come quelli attinenti alla nullità dell'atto o alla capacità delle parti, ma pure alcuni più specifici (ad es. relativi ai vizi di volontà)».

[18] Questi accordi non integrano convenzioni matrimoniali e quindi la loro disciplina peculiare, in quanto non operano nella fase fisiologica del rapporto coniugale. In argomento, per alcuni, A. ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni della separazione, accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, cit., p. 96; M. IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Anelli e M. Sesta, Milano, Milano, 2012, p. 30.

[19] A. CARRATTA, *La cassazione e gli accordi fra i coniugi in pendenza del giudizio di separazione*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 752. V., altresì, M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 105 ss.; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, *Ammissibilità e fattispecie*, Milano, 1999, p. 387 ss.; ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. dir.*, 2003, pp. 389 ss. e 495 ss.; L. BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 290 ss.

Importante rilevanza pratica assume il problema del contenuto degli accordi di separazione dei coniugi, bipartito dagli studiosi in necessario ed eventuale[20], in relazione all'omologa giudiziale.

Se gli accordi non omologati concernono anche la prole, così come previsto dalla norma dell'art. 158, comma 2, c.c., la giurisprudenza segue un approccio restrittivo diretto ad escludere la loro efficacia in mancanza di omologa[21]. I patti non omologati che coinvolgono anche gli interessi dei figli non hanno efficacia, anche se più vantaggiosi[22].

A fronte di questa rigida posizione, la giurisprudenza ha mostrato delle ragionevoli aperture allorquando ha sottolineato che «è vero che il controllo del tribunale, in sede di omologazione *ex* art. 158 c.c., si appunta particolarmente sulla materia dell'affidamento e del mantenimento della prole, ma tale constatazione non può rovesciarsi nella proposizione reciproca secondo cui quella materia, in quanto tale, richiederebbe in ogni caso un momento di controllo giudiziario preventivo, anche quando il relativo negozio intervenga dopo l'omologazione»[23]. In questo senso l'efficacia degli accordi non omologati che coinvolgono anche gli interessi dei figli può venire meno soltanto a seguito di successiva verifica giudiziale che accerti la violazione dei limiti posti dall'art. 160 c.c.[24].

Per quanto riguarda i patti relativi ai rapporti fra i coniugi, in passato la giurisprudenza, in guisa restrittiva, ammetteva gli accordi fra coniugi in seno alla separazione personale soltanto se riprodotti nell'accordo sottoposto all'omologa, ciò al fine di tutelare adeguatamente la posizione giuridica del coniuge più debole o dei figli[25].

---

[20] Avverte C. LUMIA, *La separazione consensuale*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, tomo II, *Separazione - Divorzio* a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello, Milano, 2002, p. 1002, che nella pratica di frequente v'è «la stipulazione tra i coniugi di intese *a latere*, anteriori o contemporanee alla separazione ma non trasfuse nel relativo verbale, oppure successive, con le quali i coniugi regolano i loro rapporti in modo diverso od ulteriore rispetto a quello sottoposto al controllo del giudice».

[21] Cass., 13 febbraio 1985, n. 1208, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 658 ss.

[22] Cass., 5 gennaio 1984, n. 14, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1691 s.; Cass., 13 febbraio 1985, n. 1208, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 118, secondo cui «gli accordi con i quali, successivamente alla omologazione della separazione consensuale, i coniugi modificano, anche se migliorandole, le condizioni relative al mantenimento del nucleo familiare, includente figli minori, sono inefficaci se non sono omologati dal tribunale».

[23] Così, Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2984 s.

[24] G. DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*, in *Dir. fam.*, 1994, p. 571 s.

[25] Così, Cass., 5 gennaio 1984, n. 14, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1691 ss., secondo cui «nel procedimento di separazione consensuale, il regolamento concordato tra i coniugi, pur trovando la sua fonte nell'accordo delle parti, acquista efficacia giuridica soltanto in seguito al provvedimento di omologazione. Pertanto, la clausola

Successivamente, la S. Corte ha fondato l'accordo dei coniugi sul principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., discriminando le convenzioni modificative dell'accordo omologato da quelle anteriori o contemporanee. Per le prime, i giudici superiori ammettono la modificabilità convenzionale dell'accordo omologato, purché nel «rispetto delle norme inderogabili che disciplinano la famiglia»[26]. Di conseguenza, l'opposizione del coniuge non può limitarsi alla circostanza che il patto modificativo non sia stato omologato, dovendo invece dimostrare che l'accordo contestato sia in contrasto con la norma dell'art. 160 c.c.[27].

I patti anteriori o coevi al decreto di omologazione della separazione consensuale non trasfusi nell'accordo formale, per la giurisprudenza, «sono operanti soltanto se si collocano, rispetto a quest'ultimo, in posizione di "non interferenza" - perché riguardano un aspetto che non è disciplinato nell'accordo formale e che è sicuramente compatibile con esso, in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri, ovvero perché hanno un carattere meramente specificativo - oppure in posizione di conclamata e incontestabile maggiore o uguale rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo di cui all'art. 158 c.c.»[28].

Nel contempo la dottrina[29] distingue negli accordi dei coniugi, fra contenuto necessario e contenuto eventuale: il primo concernente il patto di non coabitazione, le regole adottate nell'interesse dei figli, le pattuizioni in ordine all'assegnazione della casa familiare nonché l'assegno di mantenimento; al contrario, tutte le altre determinazioni, ad esempio il trasferimento di diritti reali immobiliari o altri impegni di natura obbligatoria, sarebbero da collocare

---

con cui i coniugi, al di fuori del procedimento di separazione, determinano l'obbligo delle contribuzioni patrimoniali nei loro rapporti o verso i figli, ove non sia riprodotta nel verbale omologato dal tribunale, ai sensi degli artt. 158 c.c. e 711 c.p.c., è inefficace, a prescindere dalla inclusione o meno nel ricorso per separazione, se le parti non l'abbiano espressamente richiamato, dovendo ritenersi assorbita dalle clausole incluse invece nel verbale»; Cass., 11 luglio 1985, n. 4124, in *Pluris on line*.

[26] Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, cit., c. 2984 s.

[27] U. BRECCIA, *Separazione personale dei coniugi*, cit., p. 377;

[28] Cass., 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Pluris on line*; Cass., 24 ottobre 2007, n. 22329, in *Pluris on line*; Cass., 12 gennaio 2016, n. 298, in *Pluris on line*.

[29] A. FALZEA, *La separazione personale*, cit., p. 101; M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, 1995, p. 9 ss. V. altresì C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *Famiglia e successioni*, Milano, 1981, p. 158; M. MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi*. I) *Disciplina sostanziale*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, p. 28. Per la giurisprudenza: Cass., 25 settembre 1978, n. 4277, in *Foro it.*, 1979, I, c. 718 ss., con nota di A. JANNARELLI, *Sull'efficacia nei confronti del figlio di pattuizione intervenuta in sede di separazione consensuale*; Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Fam. dir.*, 1997, p. 417 s., con nota di R. CARAVAGLIOS, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*, ove dispone che «detto accordo ha un contenuto essenziale - il consenso reciproco a vivere separati - ed un contenuto eventuale, costituito dalle pattuizioni necessarie ed opportune, in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata, a seconda della situazione familiare (affidamento dei figli; assegni di mantenimento; statuizioni economiche connesse)».

nel contenuto eventuale. La conseguenza immediata è che soltanto l'accordo nei suoi elementi essenziali è sottoposto all'omologa del giudice. La parte eventuale, invece, può essere dai coniugi versata all'interno dell'accordo di separazione (accordi "in sede" di separazione), oppure restare fuori accordo (accordi "in occasione" della separazione)[30].

La legge sul divorzio prevede che i coniugi separati possano esercitare «domanda congiunta […] di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio che indichi anche compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, […] proposta con ricorso al tribunale in camera di consiglio» (art. 4, comma 16)[31].

Il procedimento instaurato, a differenza del procedimento di separazione consensuale, ha natura contenziosa e il provvedimento finale ha carattere decisorio, come conferma la lettera della norma appena richiamata, secondo la quale «il tribunale, sentiti i coniugi, verificata l'esistenza dei presupposti di legge e valutata la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli, decide con sentenza»[32].

Una delle questioni più rilevanti concerne la natura negoziale dell'accordo di divorzio congiunto rispetto al quale il giudice non può entrare nel merito delle pattuizioni con cui le parti hanno determinato i profili patrimoniali[33]. Le intese concernenti gli interessi dei figli vanno sottoposte al controllo di merito del giudice e, in caso di esito negativo, trova applicazione la procedura ordinaria.

---

30 Per un'esemplificazione di pattuizioni in sede e in occasione della separazione v. A. BUSANI, *I contratti nella famiglia. Regolamentazione patrimoniale precedente, durante e dopo il matrimonio, l'unione civile e la convivenza*, Milano, 2020, p. 211 ss.

31 Sulla domanda congiunta di divorzio, in particolare, v. A. FINOCCHIARO, *La domanda congiunta di divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 503 ss.; A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 125 ss.

32 C. DI IASI, *Procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, tomo II, *Separazione - Divorzio*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello, Milano, 2002, p. 1389 ss.

33 In questo senso, Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 163 ss., con nota di A. ASTONE, *La sentenza di divorzio su domanda congiunta e l'impugnazione da parte di uno dei coniugi*, secondo cui «in caso di separazione consensuale o divorzio congiunto (o su conclusioni conformi), la sentenza incide sul vincolo matrimoniale ma, sull'accordo tra i coniugi, realizza un controllo solo esterno, in funzione di tutela dei diritti indisponibili del soggetto più debole e dei figli, attesa la natura negoziale dell'accordo da affermarsi in ragione dell'ormai avvenuto superamento della concezione che ritiene la preminenza dell'interesse, superiore e trascendente, della famiglia rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati, dei singoli componenti. Ne consegue che i coniugi possono concordare, con il limite del rispetto dei diritti indisponibili, non solo gli aspetti patrimoniali, ma anche quelli personali della vita familiare, quali, in particolare, l'affidamento dei figli e le modalità di visita dei genitori».

3. *Gli accordi sull'assegno di mantenimento nella separazione e nel divorzio*

È oggetto di discussione la questione se siano ammissibili, in sede di separazione o divorzio, accordi fra coniugi sull'assegno di mantenimento o sull'assegno divorzile. Unico sostegno a livello legale si può rintracciare nella legge sul divorzio, quando sancisce che «su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale» (art. 5, comma 8).

Il problema della legittimazione dei coniugi a disciplinare, in sede di separazione e di divorzio, aspetti di carattere patrimoniale, fra cui la determinazione degli assegni, ha ricevuto, in un primo tempo, una risposta negativa negli interpreti[34], in quanto, da una parte, i diritti patrimoniali in oggetto sarebbero inderogabili per legge (art. 160 c.c.), in quanto da ritenere fondati sul dovere reciproco di contribuzione (art. 143 c.c.) e, dall'altra, il carattere inderogabile degli assegni scaturirebbero direttamente dalla funzione assistenziale e alimentare degli stessi[35].

Con il d.l. n. 132/2014 sulle procedure semplificate in materia di separazione e di divorzio, i coniugi possono determinare le condizioni economiche della separazione e del divorzio in sede di negoziazione assistita con controllo meramente formale del pubblico ministero (art. 6), ovvero in sede di procedura dinanzi all'ufficiale dello stato civile senza alcun tipo di controllo esterno (art. 12).

Con riferimento alla disciplina generale, la dottrina più moderna supera l'argomento ostativo dell'art. 160 c.c., in quanto l'indisponibilità riguarda i doveri di contribuzione dei coniugi per i bisogni della famiglia entro la fase fisiologica del rapporto, mentre gli assegni di

[34] G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 699 ss.; U. AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1966, p. 228 s.; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Separazione personale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 1396.

[35] Con riferimento all'assegno di separazione cfr. Cass., 14 novembre 1992 n. 12235, in *Pluris on line*, secondo cui «al fine della revisione delle clausole della separazione personale dei coniugi, il presupposto della sopravvenienza, dopo la separazione stessa, di nuove circostanze, deve sussistere anche nel caso di separazione consensuale omologata, e pure quando si reclami l'assegno di mantenimento non previsto nelle clausole di essa, senza possibilità di distinguere a seconda che tale mancata previsione discenda dal riconoscimento dell'insussistenza all'epoca dei requisiti per il mantenimento, ovvero da rinuncia allo stesso». Per quanto riguarda l'assegno divorzile, cfr. Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1239 ss., secondo la quale «l'accordo con il quale i coniugi fissano, in costanza di matrimonio, il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio deve considerarsi invalido sia nella parte riguardante i figli, sia nella parte (che qui unicamente rileva) concernente l'assegno spettante ai sensi dell'art. 5, in tutte le sue componenti, in forza della radicale indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio».

mantenimento e divorzile concernono la fase patologica, caratterizzata dal venir meno dei doveri appena menzionati[36]. In più, i diritti al mantenimento e all'assegno divorzile hanno bisogno dell'impulso della parte legittimata[37] e non possono essere assegnati *ex officio* dal giudice, salvo a tutela degli interessi dei figli non autosufficienti. Allo stesso tempo, la legge sul divorzio ammette esplicitamente che l'ammontare dell'assegno divorzile può essere soddisfatto in unica soluzione e con esclusione di ogni successiva pretesa di carattere economico, esito consolidato dal preventivo controllo di equità esercitato dal giudice[38].

Gli assegni possiedono una doppia composizione, costituita dai profili "assistenziale-alimentare", diretta a superare lo stato di bisogno del coniuge e a garantirgli il soddisfacimento dei bisogni essenziali, e "compensativo-perequativo" finalizzata invece a riconoscere in capo al coniuge un compenso legato alla sua contribuzione durante il matrimonio. Questo doppio profilo economico è fondato sia per l'assegno di separazione, in sintonia con la lettera dell'art. 156 c.c., sia per l'assegno divorzile, in aderenza agli orientamenti della giurisprudenza. Di conseguenza, mentre la voce alimentare sarebbe indisponibile, l'altra di tipo compensativo, può essere regolata negozialmente, sulla scorta dell'orientamento della Corte di vertice[39].

Un ulteriore problema riguarda la verifica della rilevanza di eventuali e sopravvenuti mutamenti delle condizioni patrimoniali delle parti incidenti sugli accordi relativi agli assegni

[36] G. OBERTO, *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, cit., p. 501, ove precisa che «non vi è dubbio che la norma in esame, riferita ai diritti e ai doveri "previsti dalla legge per effetto del matrimonio", non possa essere in alcun modo invocata nel campo del divorzio, che del matrimonio rappresenta se ci si passa l'espressione l'esatto rovescio»; v. altresì M. MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi*. I) *Disciplina sostanziale*, cit., p. 28.

[37] Per Cass., 23 luglio 1987, n. 6424, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 459 ss., «i rapporti patrimoniali, tra coniugi separati, hanno rilevanza solo per le parti, non essendovi coinvolto alcun pubblico interesse, per cui essi sono pienamente disponibili e rientrano nella loro autonomia privata; ne segue, per l'effetto, che il giudice non può *ex officio*, provvedere sugli stessi, attribuendo alla moglie un assegno di mantenimento in assenza di esplicita domanda». Quest'orientamento libertario è stato accolto anche dalla giurisprudenza più recente, come il famoso arresto delle Sezioni Unite in materia di assegno di divorzio: Cass., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1197 ss., con nota di S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*; in Giur. it., 2018, p. 1852 ss., con nota di C. RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*; in *Foro it.*, 2018, I, c. 3605 ss., con nota di F. MACARIO, *Una decisione anomala e restauratrice delle Sezioni unite nell'attribuzione (e determinazione) dell'assegno di divorzio*; in *Nuova giur. civ comm.*, 2018, p. 1601, con nota di C. BENANTI, *La "nuova" funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio*.

[38] A tutela della parte più debole, A. BUSANI, *I contratti nella famiglia*, cit., p. 220 s., osserva come in seno a questi accordi patrimoniali sia applicabile, in presenza di determinati presupposti, il rimedio della rescissione per lesione (art. 1448 c.c.).

[39] Cfr. Cass., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1197 ss.

di mantenimento e divorzile, anche con riferimento alla possibilità per le parti, in piena autonomia, di determinare una loro irrilevanza. Una deroga è prevista dalla stessa legge nell'ipotesi della corresponsione *una tantum* (art. 5, comma 8, l. n. 898/1970).

Una deroga convenzionale sarebbe ammissibile soltanto limitatamente al profilo compensativo-perequativo dell'assegno, mentre sarebbe escluso per la parte assistenziale-alimentare, consentendo al coniuge più debole di chiedere la rinegoziazione, ovvero, in caso di rifiuto, la revisione giudiziale dell'assegno[40].

L'accordo, che preclude l'applicabilità degli artt. 156, comma 7 c.c., e 9, comma l, l. 898/1970, è in ogni caso soggetto ai rimedi civilistici previsti dalla disciplina generale dei contratti, in particolare nelle ipotesi di fatti sopravvenuti, che rendano l'accordo manifestamente sproporzionato, e nella fattispecie può trovare applicazione la norma contenuta nell'art. 1467 c.c. concernente la risoluzione per eccessiva onerosità[41].

4. *La determinazione convenzionale dell'assegno di mantenimento*

L'assegno di mantenimento in sede di separazione può essere regolato dall'autonomia negoziale dei coniugi sotto i profili del *quantum* e delle modalità di erogazione. Ciò può accadere sia in sede di separazione consensuale, sia all'interno del procedimento di separazione giudiziale, dove l'accordo sull'assegno avrebbe natura transattiva diretta a porre fine alla controversia[42].

Anche l'assegno divorzile può essere convenuto dai coniugi in seno alla domanda di divorzio congiunto o, nel divorzio giudiziale, mediante accordo con finalità transattiva.

Gli accordi menzionati possono determinare l'entità della corresponsione, con riserva di chiedere in qualunque momento la revisione dell'assegno per sopravvenienza di circostanze, così come previsto dalla legge per l'assegno determinato giudizialmente (artt. 156, comma 7, c.c. e 9 l. n. 898/1970). I coniugi possono, per la parte compensativa-perequativa, concordare in maniera definitiva l'importo, escludendo qualsiasi revisione sopravvenuta, mentre per la dimensione assistenziale ogni coniuge non perde il diritto a chiedere la relativa

[40] A. GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 241.
[41] A. GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, cit., p. 256.
[42] M. ROSSI, *Gli effetti di natura patrimoniale della separazione riguardo ai coniugi*, in *La famiglia in crisi* a cura di G. Cassano e G. Oberto, Padova, 2016, p. 315.

revisione[43].

Per quanto concerne il problema dell'ammissibilità di una rinuncia agli assegni di mantenimento e divorzile, va precisato che per le prestazioni già maturate il titolare può liberamente rinunciare ai relativi diritti già entrati a far parte del suo patrimonio. Per le prestazioni future, la rinuncia può limitarsi alla componente compensativa dell'assegno, mentre avrebbe carattere irrinunciabile la voce assistenziale-alimentare.

5. *La corresponsione* una tantum

La legge sul divorzio prevede, per il relativo assegno, che «su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale. In tal caso, non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico» (art. 5, comma 8).

La determinazione autonoma delle parti in un'unica prestazione dell'assegno divorzile preclude alle parti qualsiasi futura richiesta patrimoniale per circostanze sopravvenute[44], rendendo inapplicabile la norma dell'art. 9 l. n. 898/1970 che prevede la revisione giudiziale delle condizioni economiche.

Una conferma della soluzione proposta si ha con la norma contenuta nell'art. 9 *bis*, ove si dispone che, nell'ipotesi di morte dell'*ex* coniuge obbligato all'assegno, il coniuge in stato di bisogno può chiedere un assegno periodico agli eredi soltanto se non è stato soddisfatto

[43] Ai coniugi resta sempre la possibilità di rivedere autonomamente l'importo dell'assegno, evitando la revisione giudiziale.

[44] Cfr. Cass., 27 luglio 1998, n. 7365, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 1428 s., secondo cui «la corresponsione in unica soluzione dell'assegno divorzile esclude la sopravvivenza, in capo al coniuge beneficiario, di qualsiasi ulteriore diritto, di contenuto patrimoniale e non, nei confronti dell'altro coniuge, attesa la cessazione (per effetto del divorzio) di qualsiasi rapporto tra gli ex coniugi, con la conseguenza che nessun ulteriore prestazione, oltre quella già ricevuta, può essere legittimamente invocata (nella specie, per l'asserito peggioramento delle condizioni di salute, impeditive della prosecuzione della attività lavorativa di decoratrice floreale) dal coniuge assegnatario, giusto disposto dell'art. 5, comma 8, della n. 898 del 1970, senza che, di questa norma, possa legittimamente revocarsi in dubbio la costituzionalità in relazione agli art. 2, 3, 29 e 38 della Carta fondamentale»; Cass., 5 gennaio 2001, n. 126, in *Fam. dir.*, 2001, p. 128 ss., con nota di V. CARBONE, *È sufficiente una valutazione implicita sulla congruità dell'assegno di divorzio in unica soluzione?*, ove dispone che «la corresponsione in unica soluzione dell'assegno divorzile esclude la sopravvivenza, in capo al coniuge beneficiario, di qualsiasi ulteriore diritto, di contenuto patrimoniale e non, nei confronti dell'altro coniuge, attesa la cessazione, per effetto del divorzio, di qualsiasi rapporto tra gli ex coniugi, con la conseguenza che nessuna ulteriore prestazione può essere legittimamente invocata dal coniuge assegnatario, in base al disposto dell'art. 5, comma 8, della legge n. 898 del 1970, neanche per la sopravvenienza di quei giustificati motivi cui l'art. 9 della stessa legge subordina l'ammissibilità della istanza di revisione dell'assegno corrisposto periodicamente».

in unica soluzione. Allo stesso modo, il coniuge obbligato non può chiedere la ripetizione della prestazione nel caso in cui il beneficiario passi a nuove nozze.

Il carattere definitivo della prestazione *una tantum* trova la sua giustificazione immediata nel controllo di equità effettuato dal giudice al fine di preservare la componente assistenziale dell'accordo e, quindi, ad una adeguata tutela degli interessi del coniuge più debole. In questo modo il coniuge beneficiario, che successivamente cade in stato di bisogno, non potrebbe più esigere alcuna pretesa economica onde far fronte al suo stato[45].

L'adempimento, in unica soluzione esclude, secondo la S. Corte, anche il diritto del coniuge superstite alla pensione di reversibilità (art. 9, comma 2, l. n. 898/1970), il quale ha diritto soltanto se al momento della morte dell'obbligato sia titolare dell'assegno ai sensi dell'art. 5, ad esclusione dell'assegno *una tantum*[46].

Va tuttavia precisato che le successive domande non concernono anche le questioni patrimoniali in ordine alla prole, la quale è titolare di «un interesse distinto e preminente rispetto a quello dei genitori a vedersi assicurato, sino al raggiungimento della propria indipendenza economica, un contributo al suo mantenimento, da parte di entrambi i genitori, che sia idoneo al soddisfacimento delle proprie esigenze di vita sicché la corresponsione dell'assegno divorzile in unica soluzione e anche in vista delle esigenze di mantenimento del minore non pregiudica la possibilità di richiedere, l. n. 898 del 1970, *ex* art. 9, la modifica

[45] L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 1993, p. 38 ss. In giurisprudenza, Cass., 8 marzo 2012, n. 3635, in *Fam. dir.*, 2012, p. 620 ss., secondo la quale «la corresponsione dell'assegno divorzile in unica soluzione su accordo tra le parti, soggetto a verifica giudiziale, esclude la sopravvivenza, in capo al coniuge beneficiario, di qualsiasi ulteriore diritto, a contenuto patrimoniale o meno, nei confronti dell'altro coniuge, attesa la cessazione, per effetto del divorzio e della suddetta erogazione "una tantum", di qualsiasi rapporto fra gli stessi, con la conseguenza che nessuna ulteriore prestazione può essere richiesta, neppure per il peggioramento delle condizioni economiche dell'assegnatario o, comunque, per la sopravvenienza dei giustificati motivi cui è subordinata l'ammissibilità della domanda di revisione del medesimo assegno periodico».

[46] Di recente, Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22434, in *Giur. it.*, 2019, p. 2095 ss., con nota di A.M. SERAFIN, *Assegno di divorzio* una tantum *e pensione di reversibilità al vaglio delle Sezioni Unite*, dispone che «ai fini del riconoscimento della pensione di reversibilità in favore del coniuge nei cui confronti è stato dichiarato lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, la titolarità dell'assegno di cui all'art. 5 della l. n. 898 del 1970, deve intendersi come titolarità attuale e concretamente fruibile dell'assegno periodico divorzile al momento della morte dell'ex coniuge e non già come titolarità astratta del diritto all'assegno divorzile già definitivamente soddisfatto con la corresponsione in unica soluzione. In quest'ultimo caso, infatti, difetta il requisito funzionale del trattamento di reversibilità, che è dato dal medesimo presupposto solidaristico dell'assegno periodico di divorzio, finalizzato alla continuazione del sostegno economico in favore dell'ex coniuge, mentre nel caso in cui sia stato corrisposto l'assegno "una tantum" non esiste una situazione di contribuzione economica che viene a mancare». V., altresì, Cass., 3 luglio 2012, n. 11088, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 705 ss.; Cass., 18 luglio 2002, n. 10458, in *Fam. dir.*, 2002, p. 647 ss.

delle condizioni economiche del divorzio qualora esse per fatti intervenuti, […] successivamente alla sentenza di divorzio, si dimostrino inidonee a soddisfare le esigenze di mantenimento del minore»[47].

Per quanto riguarda l'oggetto della prestazione *una tantum*, esso può consistere nella corresponsione di una somma di danaro o anche in un trasferimento di beni diversi, quale il trasferimento della proprietà o la costituzione di un diritto reale su beni immobili. Non è incompatibile con siffatto strumento satisfattorio la rateizzazione dell'adempimento, la quale non modifica la struttura dei termini dell'accordo. Per questo, la morte del soggetto obbligato non estingue il dovere di pagare le restanti rate, che entrano nel debito ereditario[48].

La pattuizione dell'assegno *una tantum* è lo strumento con il quale si realizza l'esercizio dell'autonomia negoziale dei coniugi nella fase patologica del rapporto matrimoniale, in cui il controllo sull'equità del contenuto, da parte del giudice, non incide sulla sua validità o sull'efficacia, ma sulla sua immutabilità futura. L'accordo privo del controllo giudiziale può essere oggetto di revisione così come previsto dall'art. 9 l. n. 898/1970.

L'accordo che viene realizzato con la prestazione convenuta (ad es.: pagamento di una somma di danaro, trasferimento della proprietà o di altro diritto reale) assume natura di *datio in solutum* (art. 1197 c.c.), mentre se il contenuto contiene l'assunzione di una obbligazione (ad es.: obbligo di trasferire la proprietà o altro diritto reale, pagamento rateale di una somma di danaro), la convenzione integra una novazione di cui all'art. 1230 c.c.[49].

L'accordo ha carattere aleatorio, poiché al momento della stipulazione del contratto le parti non hanno la possibilità di prevedere gli sviluppi patrimoniali successivi delle parti contraenti[50].

---

47 Cass., 13 giugno 2014, n. 13424, in *Pluris online*.

48 Cass., 5 settembre 2003, n. 12939, in *Riv. not.*, 2004, p. 467 ss., con nota di G. FESTA FERRANTE, *Brevi note in tema di corresponsione dell'assegno di divorzio in un'unica soluzione e successive vicende legate ai coniugi*.

49 G. DOSI, *Il diritto contrattuale della famiglia. Le funzioni di consulenza e negoziazione dell'avvocato*, cit., p. 134 s.

50 Una parte della giurisprudenza di merito riconosce natura transattiva a questi accordi in quanto diretti, mediante reciproche concessioni, alla cessazione della *res litigiosa*. Cfr. App. Napoli, 3 aprile 2006, in *Pluris online*, secondo cui l'art. 5 l. div. attribuisce «ai coniugi la facoltà di sostituire all'assegno periodico di divorzio l'attribuzione di una somma forfetaria, o di un bene, o di una altra utilità, così regolando in modo definitivo ed esaustivo i rapporti patrimoniali. Difatti, sulla scorta del disposto richiamato, l'impegno al trasferimento costituisce un negozio di natura transattiva ed aleatoria, rispetto al quale è irrilevante la diversa situazione dei coniugi e che comporta l'applicazione non più delle regole dettate in tema di divorzio bensì quelle disciplinanti i rapporti contrattuali»; App. Torino, 15 gennaio 1998, in *Pluris online*, ove statuisce che «la corresponsione d'una somma "una tantum" invece dell'assegno divorzile mensile, pur pattuita con pagamento in più rate anziché in unica

Un ultimo problema riguarda l'assegno di mantenimento nella separazione, nel senso che ci si chiede se sia ammissibile la corresponsione *una tantum* in assenza di una norma *ad hoc*[51].

Una parte della letteratura in passato, riteneva che la conformazione dell'assegno di mantenimento sarebbe diretta a preservare il dovere di solidarietà coniugale nonché la partecipazione del coniuge allo sviluppo del profilo economico dell'altro. In questo senso l'assegno non può essere strutturato in forma di *una tantum*[52].

La dottrina moderna[53], all'opposto, nell'ottica di valorizzare l'autonomia negoziale dei coniugi, non scorge difficoltà a perseguire la soluzione positiva in quanto non in contrasto con interessi pubblici. Taluni studiosi[54] sono favorevoli a riconoscere l'applicabilità nella separazione della norma di cui all'art. 5, comma 8, l. n. 898/1970, riconoscendo in capo al giudice il controllo contenutistico di equità al fine di scongiurare successive pretese economiche da parte del coniuge[55].

Dubbi sorgono nel caso in cui, per circostanze sopravvenute, il coniuge beneficiario chieda un ulteriore sostegno economico, in quanto successivamente venga a trovarsi in stato di bisogno. In realtà, la solidarietà coniugale in sede di separazione riconosce, in capo al coniuge bisognoso il diritto a chiedere quel sostegno economico sufficiente a soddisfare i bisogni essenziali[56].

6. *I trasferimenti immobiliari in sede di separazione e divorzio*

In seno ai procedimenti di separazione e divorzio i coniugi possono regolare la crisi

soluzione, si distingue dal regime caratterizzato dal versamento mensile dell'assegno e pertanto non consente adeguamenti successivi, neppure ove siano richiesti quando non si sia ancora completato il versamento rateale della somma come sopra concordata giacché il versamento della somma "una tantum" si ricollega a una transazione novativa d'ogni precedente pretesa, e a transazione adempiuta il titolo azionabile dal creditore è esclusivamente detta transazione».

[51] In argomento, M. RABITTI, *La prestazione una tantum nella separazione dei coniugi*, in *Familia*, 2001, p. 589 ss.

[52] Cfr. A. LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 486 s.; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Separazione personale (dir. priv.)*, cit., p. 1399; F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Milano, 2003, p. 370.

[53] M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 67; M. MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, cit., p. 19.

[54] L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, cit., p. 38 ss.; M. MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, cit., p. 19.

[55] G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., p. 288 ss.

[56] A. BUSANI, *I contratti nella famiglia*, cit., p. 238 s.

coniugale anche mediante la predisposizione di trasferimenti patrimoniali, come il trasferimento della proprietà di beni mobili e immobili, la costituzione di diritti reali su beni o di una garanzia reale o, ancora, l'assunzione di obbligazioni[57].

Queste operazioni negoziali possono trovare collocazione nell'accordo di separazione sottoposto ad omologa o all'interno della domanda congiunta di divorzio o, ancora, essere concluse in via separata.

Sulle modalità dirette a realizzare gli spostamenti patrimoniali in sede di separazione e divorzio sono intervenute recentemente le Sezioni Unite[58] chiamate a risolvere una questione di massima di particolare importanza, sollevata nell'ordinanza di rimessione della Prima Sezione della Suprema Corte[59]. Esse, dopo aver illustrato le diverse posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, riconoscono «che l'orientamento, secondo il quale in sede di divorzio congiunto e di separazione consensuale siano ammissibili accordi tra le parti, che non si limitino all'assunzione di un mero obbligo preliminare, ma attuino in via diretta ed immediata il trasferimento della proprietà di beni o di altro diritto reale sugli stessi, meriti di essere condiviso e confermato»[60].

---

[57] Per la dottrina: A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., p. 199 ss.; G. DOSI, *Il diritto contrattuale della famiglia. Le funzioni di consulenza e negoziazione dell'avvocato*, cit., p. 151 ss.; G. OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, in *Familia*, 2006, p. 181 ss.; G. TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e di divorzio*, cit., p. 1417 ss. Per la giurisprudenza: cfr. Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Fam. dir.*, 1997, p. 417, con nota di R. CARAVAGLIOS, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*; in *Riv. not.*, 1998, p. 171, con nota di V. GAMMONE, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di trascrivibilità del verbale di separazione personale dei coniugi*; Cass., 15 novembre 2000, n. 14791, in *Riv. not.*, 2001, p. 1193, con nota di P. TURIS, *In tema di negozi giuridici a contenuto patrimoniale conclusi durante la separazione personale dei coniugi*: «sono validi gli accordi tra coniugi, assunti per la volontà di separarsi, nei quali si riconosca ad uno di essi o ad entrambi la proprietà esclusiva di un singolo bene, o con i quali si operi il trasferimento di un bene a favore di uno di essi al fine di assicurarne il mantenimento, anche nel caso in cui il bene oggetto dell'accordo ricada nel regime di comunione legale». Altresì, Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1237, con nota di M. COSTANZA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*; in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 233, con nota di A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*; in *Corr. giur.*, 1988, p. 144, con nota di V. MARICONDA, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari*; Cass., 23 settembre 2013, n. 21736, in *Vita not.*, 2014, p. 278, con nota di R. TRIOLA, *Famiglia, matrimonio, separazione personale dei coniugi; separazione consensuale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 333, con nota di L. MAIONE, *Accordi in funzione solutoria e obbligo di mantenimento dei figli.*

[58] Cass., Sez. Un., 29 luglio 2021, n. 21761, in *Pluris online.*

[59] Cass., 10 febbraio 2020, n. 3089, in *Pluris online.* I coniugi lamentavano l'illegittima lesione della propria autonomia contrattuale, evidenziando che l'accordo di separazione o divorzio ha indubbiamente natura negoziale, e quindi il giudice avrebbe dovuto rispettare la loro volontà diretta al trasferimento immobiliare contenuto nell'accordo. Inoltre le finalità di controllo di cui alla previsione normativa invocata dalla Corte (art. 29, comma 1 bis, l. n. 52/1985) possono essere soddisfatte anche mediante attestazioni di conformità ed autodichiarazioni. La Corte sulla base di una diversità di opinioni ritiene di rimettere la questione alle Sezioni Unite.

[60] Cass., Sez. Un., 29 luglio 2021, n. 21761, cit., § 3.4.

La vicenda alla base della rimessione alle Sezioni Unite concerne un'ipotesi in cui i coniugi, in sede di divorzio congiunto, avevano chiesto la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, stipulando un accordo nel quale, fra i punti regolati, vi era uno che prevedeva il trasferimento a favore della prole della quota del 50% della nuda proprietà del padre sull'immobile adibito a casa coniugale e il trasferimento del marito a favore della moglie dell'usufrutto sulla propria quota dell'immobile.

Nei due gradi di merito, i giudici riconoscono la cessazione degli effetti civili del matrimonio, ma l'accordo di trasferimento dei diritti reali in capo alla prole e alla moglie da parte del marito non vengono posti in essere in quanto qualificati meri impegni preliminari obbligatori di vendita e di acquisto.

Le Sezioni Unite affrontano il problema in maniera unitaria, con riferimento alla separazione consensuale dei coniugi e al divorzio congiuntamente richiesto, pur sottolineando i profili distintivi tra i due rimedi. Da una parte, il divorzio congiunto che non termina con l'omologa giudiziale, come nella separazione consensuale, bensì con una sentenza diretta «a verificare la sussistenza dei presupposti di legge – in particolare se la comunione tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita – ed a verificare "la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli"»[61]. Dall'altra, in seno alla separazione consensuale, il giudice può rifiutare l'omologazione se l'accordo dei coniugi riguardante l'affidamento e il mantenimento dei figli sia contrario agli interessi degli stessi. In sede di domanda congiunta di divorzio, invece, il relativo procedimento è di natura contenziosa, con una decisione adottata in forma di sentenza, in cui il tribunale verifica la sussistenza dei presupposti di legge nonché la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli.

Nella prospettiva della S. Corte i due rimedi, pur differenziati, mostrano il profilo comune della consensualità, ove la sentenza incide sul vincolo matrimoniale ma non sull'accordo negoziale dei coniugi. Da ciò discende che la decisione giudiziale realizza soltanto un controllo esterno sull'accordo, diretto a preservare i diritti indisponibili del coniuge più debole e dei figli, «attesa la natura negoziale dello stesso, da affermarsi in ragione dell'ormai avvenuto superamento della concezione che ritiene la preminenza di un interesse superiore

[61] Cass., Sez. Un., 29 luglio 2021, n. 21761, cit., § 3.4.2.1. È naturale che in mancanza il giudice apre la procedura contenziosa (art. 4, comma 16, l. n. 898/1970).

e trascendente della famiglia rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati, dei singoli componenti»[62]. L'accordo dei coniugi – secondo le Sezioni Unite – ha natura negoziale atipica, secondo il dettato dell'art. 1322, comma 2, c.c., per cui il controllo giudiziale si limita ai profili di liceità e meritevolezza. La prospettiva adottata trova poi rafforzamento nella «lettura costituzionalmente orientata» dell'autonomia negoziale dei coniugi, in ossequio alla quale è da ritenere maggiormente rispondente agli interessi dei coniugi garantire la celerità della soluzione in ordine alle questioni economiche.

I giudici supremi si fanno inoltre carico di sciogliere alcuni dubbi interpretativi sorti nel caso di specie, riguardanti in particolare questioni inerenti profili di legislazione edilizia. Questo profilo tecnico viene superato grazie ad una lettura delle disposizioni normative, dalla quale risulta che l'intervento del notaio non può dirsi esclusivo, e che gli elementi richiesti dalla legge ai fini della validità dell'atto di trasferimento di un'abitazione possono essere inseriti anche nel processo verbale redatto dall'ausiliare del giudice e trascrivibile ai sensi dell'art. 2657 c.c. Ne consegue che la validità dei trasferimenti immobiliari postula l'attestazione da parte del cancelliere che le parti abbiano prodotto gli atti e reso le dichiarazioni ex art. 29, comma 1 bis, l. n. 52/1985, mentre non v'è nullità dell'atto di trasferimento allorquando l'ausiliario non proceda alla verifica dell'intestatario catastale dei beni trasferiti e non accerti la sua conformità con i registri immobiliari.

I coniugi, in ossequio al principio di autonomia negoziale, possono anche prevedere, in sede di accordo di separazione o di domanda congiunta di divorzio, che un coniuge si obbliga a trasferire un bene immobile in capo all'altro con successivo contratto definitivo[63]. In caso di inadempimento dell'obbligato, il creditore può esercitare l'azione *ex* art. 2932 c.c.[64].

---

[62] Cass., Sez. Un., 29 luglio 2021, n. 21761, cit., § 3.4.4.1. Per Cass., 24 luglio 2018, n. 19540, in *Foro it.*, 2019, I, c. 269, «a differenza di quanto avviene nel procedimento di separazione consensuale, la domanda congiunta di divorzio dà luogo ad un procedimento che si conclude con una sentenza costitutiva, nell'ambito del quale l'accordo sotteso alla relativa domanda riveste natura meramente ricognitiva, con riferimento alla sussistenza dei presupposti necessari per lo scioglimento del vincolo coniugale *ex* art. 3 l. n. 898 del 1970, mentre ha valore negoziale per quanto concerne la prole ed i rapporti economici, consentendo al tribunale di intervenire su tali accordi nel caso in cui essi risultino contrari a norme inderogabili, con l'adozione di provvedimenti temporanei ed urgenti e la prosecuzione del giudizio nelle forme contenziose».

[63] A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., p. 286 ss.

[64] Per Cass., 2 dicembre 1991, n. 12897, in *Iusexplorer online*, «la pronuncia del giudice del divorzio, in ordine all'assegnazione della casa familiare, non è vincolata dall'accordo, con cui uno dei coniugi, in sede di separazione consensuale, si sia impegnato a costituire, in favore dell'altro coniuge, diritto d'usufrutto su detto immobile, salva restando la deducibilità di tale impegno in separato giudizio, promosso ai sensi dell'art. 2932 c.c.».

Ci si chiede se il trasferimento del bene immobile in adempimento di un precedente obbligo assunto dai coniugi inserito nell'accordo di separazione o nella domanda di divorzio congiunto possa realizzarsi anche con la sola presenza del coniuge obbligato. In una decisione datata la S. Corte qualifica l'impegno di un coniuge a trasferire un bene a favore dell'altro assunto in sede di separazione consensuale quale preliminare di contratto con obbligazioni a carico del solo proponente di cui all'art. 1333 c.c., con la conseguenza che il contratto definitivo può essere concluso dal solo soggetto obbligato mentre al destinatario dell'attribuzione resta il potere di rifiuto[65]. In dottrina[66] si giustifica l'unilateralità del trasferimento del diritto mediante lo strumento diverso dell'adempimento traslativo *solvendi causa*. Altra parte della dottrina[67] ritiene invece che, pur nella peculiarità della fattispecie, il contratto definitivo di trasferimento deve poggiare sul consenso di entrambi i coniugi.

Infine, si è posta la questione della causa che giustifica gli accordi traslativi conclusi in occasione o in sede di separazione e divorzio. Il problema è di rilevante interesse in quanto la mancanza della causa in seno all'operazione negoziale comporta la sua nullità, così come disposto dagli artt. 1325 e 1418, comma 2, c.c.

L'assenza, di frequente, della controprestazione nelle operazioni negoziali di trasferimento in sede di separazione e di divorzio ha richiamato la causa donativa[68]. Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza non hanno mancato di osservare che nelle relative pattuizioni è

---

[65] Così, Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 233 ss. con nota di A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti traslativi* solvendi causa, la quale dispone che «allorché taluno, in sede di separazione coniugale consensuale, assume l'obbligo di provvedere al mantenimento di una figlia minore, impegnandosi a tal fine a trasferirle un determinato bene immobile, pone in essere con il coniuge un contratto preliminare a favore di terzo. Quando poi in esecuzione di detto obbligo, dichiara per iscritto di trasferire alla figlia tale bene, avvia il processo formativo di un negozio che, privo della connotazione dell'atto di liberalità, esula dalla donazione ma configura una proposta di contratto unilaterale, gratuito e atipico, che, a norma dell'art. 1333 c.c., in mancanza del rifiuto del destinatario entro il termine adeguato alla natura dell'affare, e stabilito dagli usi, determina la conclusione del contratto stesso e, quindi, l'irrevocabilità della proposta».

[66] F. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2895 ss.; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 1991, p. 238, nota 242.

[67] G. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, Milano, 1991, p. 132; G. OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, cit., p. 181 ss.

[68] Cfr. Cass., 24 gennaio 1979, n. 526, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 935 s.; Cass., 12 giugno 1979, n. 3315, in *Foro it.*, 1981, I, 1702, con nota di L. DI LALLA, *Incertezze in tema di promessa di donazione*, ove dispone che «la convenzione, con la quale un soggetto si impegna a dividere il suo patrimonio immobiliare fra i discendenti secondo i rami, con contestuale costituzione in suo favore di una rendita vitalizia, del tutto inadeguata al valore dei beni promessi, va qualificata come contratto preliminare di donazione (modale), ed è nulla per l'incompatibilità tra l'obbligo giuridico di donare e lo spirito di liberalità».

assente lo spirito di liberalità nonché l'intento di arricchire l'altro coniuge[69]. Ne consegue che per siffatte operazioni negoziali non troverebbe applicazione la disciplina del contratto di donazione[70].

La giurisprudenza[71], a volte, richiama la funzione transattiva, caratterizzata dalle reciproche concessioni che consistono negli accordi di trasferimento e dal superamento della lite attuale o potenziale in seno alle procedure di separazione e divorzio. A fronte di tale orientamento, gli studiosi sottolineano come nella maggior parte delle ipotesi – nel caso di trasferimento immobiliare a favore dell'altro coniuge senza alcuna controprestazione – mancano le reciproche concessioni[72], o la stessa lite[73], anche potenziale, come mostrano le fattispecie di separazione consensuale e di divorzio congiunto. Allo stesso tempo va rimarcato come il richiamo della transazione ha la funzione di precludere qualsiasi successiva pretesa delle parti, ciò in opposizione evidente ai rimedi previsti dagli artt. 156, comma 7, c.c. e 9, comma 1, l. n. 898/1970 per la revisione successiva delle condizioni economiche giustificata da circostanze sopravvenute.

Un'altra tesi propende per un riconoscimento, con riferimento a siffatte operazioni

---

[69] In dottrina: G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., p. 203; G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del "ménage"*, Padova, 1999, p. 93 ss.; A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., p. 207 ss.; G. TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e di divorzio*, cit., p. 1417 ss.; L. MATTIANGELI, *Autonomia privata e negozi traslativi nella separazione personale dei coniugi*, in *Riv. not.*, 2000, p. 324 ss. Per la giurisprudenza: Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, cit.; Cass., 23 settembre 2013, n. 21736, cit.; Cass., 3 febbraio 2014, n. 2263, in *Rass. trib.*, 2014, p. 849, secondo cui «le convenzioni concluse dai coniugi in sede di separazione personale, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro relative a beni mobili o immobili, non sono né legate alla presenza di un corrispettivo né costituiscono propriamente donazioni, ma rispondono, di norma, al peculiare spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di "separazione consensuale"».

[70] In particolare, non trova applicazione la forma solenne prevista dagli artt. 782 c.c. e 48 1. not., né trovano applicazione le norme sulla revocazione per ingratitudine o per sopravvenienza di figli (art. 679 ss. c.c.), gli alimenti art. (437 c.c.), la collazione (art. 737 ss. c.c.), le azioni di riduzione e restituzione per lesione dei diritti riservati ai legittimari (art. 555 ss. c.c.).

[71] Per Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 882, con nota di D. BUZZELLI, *Contratto di transazione e rapporti di famiglia*, «anche nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi è ammissibile il ricorso alla transazione per porre fine o per prevenire l'insorgenza di una lite tra le parti, sia pure nel rispetto della indisponibilità di talune posizioni soggettive, ed è configurabile la distinzione tra contratto di transazione novativo e non novativo, realizzandosi il primo tutte le volte che le parti diano luogo ad un regolamento d'interessi incompatibile con quello preesistente, in forza di una previsione contrattuale di fatti o di presupposti di fatto estranei al rapporto originario»; Cass., 5 settembre 2003, n. 12939, in *Riv. not.*, 2004, p. 467, «l'accordo, recepito nella pronunzia di divorzio, prevedente l'obbligo, a carico di un coniuge, di trasferire all'altro la proprietà di un immobile a titolo di assegno *una tantum* di divorzio, entro e non oltre un certo termine dalla data di pubblicazione della sentenza di divorzio congiunto, costituisce un negozio di natura transattiva».

[72] N.A. CIMMINO, *Trasferimenti immobiliari nella separazione e divorzio*, Milano, 2015, p. 38.

[73] G. TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e di divorzio*, cit., p. 1419.

negoziali, della funzione solutoria[74] in quanto diretta ad adempiere gli obblighi di mantenimento di un coniuge verso l'altro; nella specie le figure giuridiche più acconce secondo questa prospettiva sono la novazione (art. 1230 c.c.), quando l'accordo ha carattere obbligatorio, e la *datio in solutum* (art. 1197 c.c.) nelle operazioni di natura traslativa[75]. La dottrina non manca di manifestare, in proposito, alcune perplessità[76], in quanto non sempre lo spostamento patrimoniale avviene a tacitazione dei diritti del coniuge, con la conseguenza che può continuare a sussistere il diritto all'assegno.

Gli orientamenti *ut supra* mostrano alcune debolezze tali da mettere in dubbio la loro fondatezza diretta a giustificare le pattuizioni stipulate durante la crisi coniugale. La stessa S. Corte[77] ha qualificato come contratti atipici tutti gli accordi traslativi posti dai coniugi aventi «l'intento comune di regolare le proprie posizioni personali e patrimoniali»[78]. Questa lettura ha trovato il consenso di parte della dottrina moderna, la quale per siffatti negozi ha coniato la causa tipica di regolamentare la crisi coniugale[79]. La causa tipica familiare troverebbe an-

---

[74] Secondo Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 808, con nota di D. SINESIO, *Separazione di fatto e accordi fra coniugi*, «il patto fra i coniugi, con cui si prevedano trasferimenti immobiliari a regolamentazione dei reciproci rapporti patrimoniali ed a tacitazione dell'obbligo di mantenimento, non integra donazione, in considerazione della suddetta funzione solutoria».

[75] Si pensi soprattutto a tutti i casi di assegno *una tantum* di separazione e di divorzio. Cfr. N.A. CIMMINO, *Trasferimenti immobiliari nella separazione e divorzio*, cit., p. 38.

[76] Cfr. G. CECCHERINI e L. GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata*, cit., pp. 301-302; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., p. 281.

[77] Per Cass., 11 maggio 1984, n. 2887, in *Pluris online*, «l'atto con cui un coniuge si obbliga a trasferire gratuitamente all'altro determinati beni, successivamente all'omologazione della loro separazione personale consensuale ed al dichiarato fine della integrativa regolamentazione del relativo regime patrimoniale, non configura una convenzione matrimoniale *ex* art. 162 c.c., postulante il normale svolgimento della convivenza coniugale ed avente riferimento ad una generalità di beni anche di futura acquisizione, né un contratto di donazione, avente come causa tipici ed esclusivi scopi di liberalità (e non l'esigenza di assetto dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi separati), bensì un diverso contratto atipico, con propri presupposti e finalità, soggetto per la forma alla comune disciplina e, quindi, se concernente immobili, validamente stipulabile con scrittura privata, senza necessità di atto pubblico (art. 1350 c.c.)»; inoltre secondo Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, 8, I, 1, c. 1320, «il contratto con cui, in pendenza del giudizio di separazione, il marito si impegna a trasferire dei beni immobili alla moglie e ai figli e quest'ultima rinuncia a costituirsi parte civile nel procedimento penale a carico del marito, non costituisce una donazione, ma un diverso contratto atipico con propri presupposti e finalità, volto a regolare i rapporti patrimoniali tra i coniugi». In senso conforme altresì Cass., 11 novembre 1992, n. 12110, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1220.

[78] P. CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Notariato*, 2005, p. 627 ss.

[79] G. OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, cit., p. 181 ss. In proposito G. TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e di divorzio*, cit., p. 1420, precisa come «la proficuità di quest'ultima ricostruzione consiste in definitiva nell'attribuzione alla crisi coniugale stessa di un ruolo causale ed alla ricerca di un confacente assetto agli interessi patrimoniali in gioco di un favorevole giudizio di meritevolezza».

coraggio diretto negli artt. 29 e 30 cost., quale base fondativa delle questioni relative ai rapporti familiari. Ciò non, tuttavia, esclude che i coniugi possano realizzare i propri interessi mediante la conclusione di un contratto tipico, come la vendita, la transazione, la divisione, che sarà governato dalla relativa disciplina di legge.

7. *Gli accordi fra coniugi in seno alle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio*

Nella convenzione di negoziazione assistita di cui all'art. 6 l. n. 162/2014 può essere inserita qualsiasi convenzione personale e patrimoniale con gli stessi limiti degli accordi stipulati dai coniugi in sede di separazione consensuale e di divorzio congiunto.

Così i coniugi possono concludere un accordo di vivere separati nonché stabilire convenzionalmente entità e modalità dell'assegno di mantenimento, godimento della casa familiare, i provvedimenti in favore della prole e altresì trasferimenti patrimoniali, come negozi traslativi di diritti reali[80]. L'ampia autonomia riconosciuta in favore dei coniugi si giustifica in quanto essi si avvalgono sempre della consulenza di un avvocato.

Il legislatore dispone, in proposito, l'equiparazione degli effetti della convenzione a quelli dei provvedimenti giudiziali, permettendo un'efficace pubblicità presso i registri dello stato civile[81], non anche ai fini della pubblicità immobiliare, in quanto non integra i requisiti previsti dall'art. 2657 c.c.[82].

Ci si interroga se, in sede di negoziazione assistita, sia possibile per i coniugi convenire

[80] G. DOSI, *Il diritto contrattuale della famiglia. Le funzioni di consulenza e negoziazione dell'avvocato*, cit., p. 188 s.

[81] A. BUSANI, *I contratti nella famiglia*, cit., p. 268 s. In giurisprudenza: App. Trieste, 6 giugno 2017, in *Pluris online*, ha deciso che «per poter trascrivere l'atto di trasferimento immobiliare (eventualmente) contenuto in un accordo di negoziazione assistita in materia di famiglia, *ex* art. 6 d.l. n. 132/2014, è necessaria l'ulteriore autenticazione delle sottoscrizioni da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, richiesta dal terzo comma del precedente art. 5»; Trib. Venezia, 21 novembre 2017, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 963 ss., riconosce che «la certificazione di autenticità delle sottoscrizioni dei coniugi resa dai rispettivi avvocati è funzionale alla trascrizione dello stesso nell'archivio dello Stato civile e all'annotazione a margine dell'atto di nascita e dell'atto di matrimonio, non invece alla trascrizione dell'accordo nei registri immobiliari. L'equiparazione tra l'accordo di negoziazione assistita e i provvedimenti giurisdizionali di separazione e divorzio prevista dall'art. 6, comma 3, primo periodo, del d.l. n. 132/2014 riguarda solamente i contenuti tipici dei provvedimenti citati; non riguarda, pertanto, quelle pattuizioni che esulano dal contenuto tipico, che certamente le patti possono prevedere *a latere* e inserire nei verbali d'udienza. Ove i coniugi, dunque, intendano aggiungere delle pattuizioni atipiche, sarà necessario rispettare le forme stabilite per tali negozi dalla normativa civilistica, sia *ad substantiam*, sia ai fini della trascrizione. Di conseguenza, non potrà che applicarsi quanto previsto dall'art. 5 d.l. n. 132/2014».

[82] In questo caso trova applicazione l'art. 5, comma 3, l. n. 162/2014, secondo il quale «se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti soggetti a trascrizione, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».

la corresponsione *una tantum* dell'assegno di mantenimento. La legge divorzile prevede un controllo di equità del giudice non a scopo di validità della pattuizione ma soltanto per riconoscerne natura definitiva. In questo senso, la dottrina[83] reputa ammissibile in via stragiudiziale la corresponsione *una tantum*, tuttavia, proprio per l'assenza del controllo di equità del giudice, il coniuge beneficiario che successivamente versi in situazione di bisogno, avrà la possibilità di chiedere quanto necessario per superare la situazione di indigenza. Ciò non accade nell'ipotesi di divorzio congiunto, in quanto la definitività è garantita dal controllo equitativo del giudice.

Diversamente accade in sede di procedimento di separazione e divorzio dinanzi all'ufficiale dello stato civile, in quanto la lettera della disposizione dell'art. 12 l. n. 162/2014 sembra chiara: l'accordo di separazione o di divorzio non può contenere patti di trasferimento immobiliare. Gli studiosi si sono interrogati se la previsione legislativa vieti ogni pattuizione dei coniugi di profilo economico. E in questo senso è stata una circolare del Ministero degli interni[84]. Una parte della dottrina[85] è stata critica di fronte a questa interpretazione molto ampia, e si è mostrata propensa ad adottare una lettura più restrittiva della previsione legale nell'ottica di sanzionare soltanto quei negozi traslativi che assumono un'efficacia irreversibile. Siffatto orientamento ha trovato accoglimento in altra circolare del Ministero degli interni[86], supportata da una pronuncia del Consiglio di Stato, che vieta esclusivamente gli accordi traslativi di diritti reali[87]. I giudici supremi hanno declamato che il divieto di cui all'art. 12 «mira

[83] Cfr. C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 824.

[84] Circolare del Ministero degli interni, 28 novembre 2014, n. 28. Sul punto cfr. M.N. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 515 ss.

[85] M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 295; M.A. LUPOI, *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 283 ss.; G. CASABURI, *Separazione e divorzio innanzi al sindaco: ricadute sostanziali e processuali*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 44 ss.; F. DANOVI, *Il D.L. n. 132/14: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 949 ss.

[86] Circolare del Ministero degli interni, 24 aprile 2015, n. 6.

[87] Cons. St., 26 ottobre 2016, n. 4478, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 541 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *Accordi innanzi al sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale*: «nell'ambito del procedimento semplificato di separazione e di divorzio innanzi all'ufficiale di stato civile, ai sensi dell'art. 12 del D.L. n. 132/14, convertito in L. n. 162/14, il divieto dei patti di trasferimento patrimoniale deve ritenersi limitato ai soli accordi traslativi della proprietà o di altro diritto reale su un bene determinato o di altri diritti, mediante la previsione di un assegno una tantum; pertanto sono legittimi i provvedimenti amministrativi interpretativi secondo cui le parti possono prevedere, nell'ambito dei loro accordi, il riconoscimento di un assegno di mantenimento o divorzile».

esclusivamente ad evitare che con gli accordi stipulati in seno a tale procedura, anche per i limitati poteri di verifica che l'ufficiale di stato civile può esercitare nell'ambito delle proprie competenze, possano realizzarsi una volta per tutte trasferimenti di beni (o di altri diritti) che, per la loro particolare rilevanza socio-economica, incidono irreversibilmente sul patrimonio dei coniugi e, in quanto tali, richiedono un controllo non solo formale […] ma anche sostanziale sulla "equità" di tali condizioni, inteso a scongiurare una definitiva compromissione del coniuge debole»[88].

Sono in ogni caso ammissibili convenzioni sugli assegni periodici e le loro modalità di corresponsione, soggetti tuttavia al principio *rebus sic stantibus* che permette alle parti la successiva revisione delle condizioni.

Abstract

Il contributo affronta il delicato problema degli spazi dell'autonomia privata entro il settore del diritto di famiglia e soprattutto della crisi coniugale. Le normative in tema di separazione e di divorzio e, soprattutto, gli interventi legislativi successivi offrono ai coniugi un'ampia possibilità di gestire la crisi coniugale attraverso strumenti negoziali. Resta ancora un atteggiamento di diffidenza della giurisprudenza con riguardo ai patti diretti a regolare l'assegno divorzile a favore del coniuge.

Abstract

The contribution deals with the delicate problem of spaces for private autonomy in the area of family law and above all of the marital crisis. The regulations on separation and divorce and, above all, subsequent legislative interventions offer spouses a wide range of opportunities to manage the marital crisis through negotiation tools. There is still an attitude of distrust of the jurisprudence with regard to the agreements aimed at regulating the divorce allowance in favor of the spouse.

Camerino, ottobre 2021.

[88] Cons. St., 26 ottobre 2016, n. 4478, cit., p. 546.

MARIA JOSÉ CERVILLA GARZÓN[*]

Analisi dei provvedimenti giudiziari che stabiliscono gli effetti del matrimonio poligamico sul diritto alle prestazioni sociali e dell'incidenza su di essi della dottrina spagnola[**]

Sommario. 1. Introduzione: il diritto alla libertà di religione e la portata del rispetto del cosiddetto 'ordine pubblico'. - 2. La recente giurisprudenza dei tribunali spagnoli in relazione al riconoscimento del diritto alle prestazioni della previdenza sociale in caso di matrimonio poligamico. - 2.1. Il diritto alla pensione di reversibilità del coniuge: la posizione della Corte Suprema. - 2.1.1. Le argomentazioni della Corte a favore. - 2.1.2. La dichiarazione del criterio contrario: l'opinione divergente alla sentenza del 24 gennaio 2018. - 2.1.3. Un caso specifico: il diritto alla pensione in caso di divorzio di uno dei coniugi. - 2.2. Il diritto alla pensione di reversibilità dei figli. - 3. Criteri dottrinali pertinenti in relazione agli effetti del matrimonio poligamico sul diritto alla pensione di reversibilità del coniuge. - 4. In conclusione.

1. *Introduzione: il diritto alla libertà di religione e la portata del rispetto del cosiddetto 'ordine pubblico'*

Il matrimonio poligamico, inteso come quello in cui è ammessa una pluralità di coniugi[1], rappresenta una delle istituzioni più discusse e discutibili tra quelle che appartengono alla cosiddetta 'identità islamica', intesa quale l'insieme di pratiche dirette e indirette sulle quali si basa tale religione, come stabilito dalla *Sharia* o legge islamica originaria. Più precisamente, la citazione del Corano su cui si basa la pratica della poligamia è la seguente: «Se temete di non essere equi con gli orfani, allora, sposate le donne che vi piacciono: due o tre

[*] *Profesora Titular di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale dell'Università di Cadice.*

[**] *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.* Studio realizzato nell'ambito del Progetto di Ricerca I+D+i DER2016-74971-P «Giurisprudenza e dottrina: l'incidenza della dottrina spagnola nelle risoluzioni giudiziali dell'ordinamento civile, penale e del lavoro».

[1] In tal senso, E. LÓPEZ TERRADA e A. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, *Los efectos del matrimonio poligámico en España: la pensión de viudedad*, in AA.VV., *Protección a la familia y Seguridad Social: hacia un nuevo modelo de protección socio-laboral*, Laborum, 2018, p. 297.

o quattro. E se temete di non essere giusti con loro, una sola, o le ancelle in vostro possesso; questo sarà più adatto a non farvi deviare»[2]. Sta di fatto che la poligamia non è solo discussa, ma anche proibita in tutti i Paesi dell'Unione europea[3].

Benché tale pratica sembri essere in declino[4], ancor di più dopo essere stata ulteriormente limitata dalla riforma della *Mudawana* in Paesi come il Marocco[5], l'emergere dei fenomeni migratori, o meglio, la significativa ripercussione dell'immigrazione da Paesi islamici verso l'Europa[6], impongono di stabilire norme di convivenza tra le culture occidentali e musulmane che rendano praticabile l'esercizio del diritto alla libertà di religione. Con questo vogliamo dire che, in seguito alla diffusione generalizzata dell'immigrazione, i casi di poligamia possono arrivare, e di fatto arrivano, nei Paesi dell'Unione europea[7], ragion per cui è necessario stabilire gli specifici effetti giuridici che sarà lecito concedere per tale situazione, tenuto conto che il matrimonio si celebrerà, in origine, in un Paese in cui la poligamia è legale.

Il diritto alla libertà di religione è sancito come diritto fondamentale dall'art. 16.1 della Costituzione Spagnola, che viene sviluppato dalla Legge Organica 7 del 5 luglio 1980, sulla

---

[2] Sūra 4, versetto 3.

[3] In Spagna rappresenta un reato ai sensi dell'art. 217 del Codice Penale. In Italia, è un reato ai sensi dell'art. 556 del Codice Penale.

[4] Lo sostengono, tra gli altri, P. JUÁREZ PÉREZ, *Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 23, 2012, p. 4, A. AZNAR DOMINGO e A. VALENZUELA MARTÍN, *El matrimonio musulmán y su eficacia en España*, in *Actualidad Civil*, n. 7-8, 2018, p. 8 e M.D. ORTIZ VIDAL, *El matrimonio poligámico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad*, in *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n. 424, luglio 2018, p. 69.

[5] Approvata con Legge 70-03 (Codice della famiglia). In merito al suo contenuto, M.D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN, *El derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el derecho español*, Grupo Difusión, 2010. I principali limiti sono: l'uomo che voglia sposarsi con un'altra donna deve presentare una richiesta di autorizzazione presso il Tribunale, indicare le motivazioni eccezionali che la giustificano e accompagnarla con una dichiarazione relativa alla situazione finanziaria; il matrimonio potrà essere celebrato solo se la futura moglie è stata avvisata dal giudice del fatto che il futuro marito è già sposato con un'altra donna e dopo aver ottenuto il suo consenso; il giudice non autorizzerà la poligamia qualora abbia il timore che in questo modo si possa creare un trattamento iniquo tra le mogli, nel senso che il mantenimento, l'alloggio, la convivenza, ecc. devono essere uguali per tutte. Attualmente sono 47 i Paesi che riconoscono la poligamia. Di questi 47 Paesi, 27 hanno una popolazione a maggioranza musulmana, e sono: Afghanistan, Algeria, Bahrein, Bangladesh, Burkina Faso, Egitto, Emirati Arabi Uniti, Indonesia, Iraq, Iran, Kuwait, Libano, Libia, Malesia, Mali, Marocco, Mauritania, Niger, Oman, Pakistan, Qatar, Senegal, Sierra Leone, Somalia, Sudan, Siria e Yemen. Non tutti sono Stati musulmani. Per esempio, il Senegal, il Mali, l'Indonesia e il Bangladesh sono Stati laici, anche se la maggioranza della popolazione professa la religione islamica.

[6] V. i dati del rapporto «Europe's growing muslim population» dell'Istituto «Pew Research Center», in M.J. CERVILLA GARZÓN, *Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema español de Seguridad Social*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1, 2019, p. 241 ss.

[7] Colpisce il caso dell'Italia, Paese nel quale, secondo quanto riportato dalla stampa spagnola, nell'anno 2016 c'erano più di 20.000 matrimoni poligamici che la legge non può perseguire (fonte: https://www.abc.es/sociedad/abci-italia-20000-matrimonios-poligamos-pero-no-puede-castigar-201608162044_noticia.html).

libertà religiosa. Secondo quanto contenuto in quest'ultima, in Spagna il diritto di esercitare le pratiche proprie di tutte le confessioni religiose viene pienamente riconosciuto, senza che le convinzioni religiose possano costituire un motivo di disuguaglianza o discriminazione[8]. Nel diritto alla libertà di religione viene inclusa la professione di fede scelta liberamente e la pratica degli atti di culto, ricevere l'assistenza spirituale della propria confessione, celebrare le proprie festività e i propri riti matrimoniali[9]. Ma, ai fini di analizzare l'argomento che abbiamo sollevato, in questa norma viene integrato, come limite fondamentale di tale diritto, la tutela del cosiddetto 'ordine pubblico' nei seguenti termini: «Ha come unico limite la tutela del diritto degli altri all'esercizio delle libertà pubbliche e dei diritti fondamentali, così come la salvaguardia della sicurezza, della salute e della moralità pubblica, elementi costitutivi dell'ordine pubblico protetto dalla legge nell'ambito di una società democratica».

A livello dell'Unione europea, nell'art. 10.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è sancito, altresì, il riconoscimento del diritto alla libertà di religione: «Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti». E, allo stesso modo, l'art. 17 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea stabilisce che «l'Unione rispetta e non pregiudica lo status di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale». D'altro canto, già nell'ambito del diritto derivato, la Direttiva 2000/78/CE, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, obbliga tutti gli Stati membri a evitare qualsiasi tipo di discriminazione, diretta o indiretta, relativa a disposizioni, criteri o pratiche che possano causare svantaggi particolari a persone di religione o convinzioni personali[10].

[8] Art. 1.1.
[9] Art. 2.1 a) e b).
[10] Art. 2.2 b).

La posizione dell'Unione europea in materia di libertà di religione potrebbe apparire alquanto asettica o poco interventista[11], nel senso di non voler intervenire di fronte a possibili limitazioni poste alla stessa da parte degli Stati membri, visto che è possibile concedere liberamente, alle diverse comunità religiose, status diversi. Bisogna tener conto, tuttavia, dell'interpretazione che la Corte di Giustizia dell'Unione europea formula riguardo al concetto di 'religione protetta', al fine di verificare che, in effetti, possono esistere delle limitazioni in termini analoghi a quelli previsti dall'ordinamento giuridico spagnolo.

Per come interpreta la Corte di Giustizia dell'Unione europea il concetto di 'religione protetta', essa include sia il cosiddetto 'forum internum', ovvero il fatto stesso di avere convinzioni, che il 'forum externum', ovvero la manifestazione pubblica della fede religiosa[12]. Però ciò non toglie, a giudizio della Corte, che possano essere stabilite delle disposizioni, dei criteri o delle pratiche che comportino uno svantaggio in funzione della religione professata, nel caso in cui siano giustificate, oggettivamente, da una 'finalità legittima'[13]. Proprio tale finalità è quella che può avere una relazione diretta con le limitazioni stabilite dalla Legge Organica 7/1980 in Spagna, nel senso che l'esercizio del diritto alla libertà di religione non può andare contro l'ordine pubblico, e verrà considerato legittimo limitare qualsiasi pratica religiosa che produca tale effetto. Analogamente, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[14], che riconosce all'art. 9 il diritto alla libertà di coscienza e di religione di tutte le persone, inclusa «la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti», può tuttavia essere oggetto di restrizioni qualora sia necessario per la «protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica».

In definitiva, la legislazione dell'Unione europea non impedisce che il diritto alla libertà di religione e, pertanto, il diritto a esercitare le pratiche proprie di tutte le confessioni religiose, possa essere limitato dagli Stati membri per ragioni di 'ordine pubblico'. In tal senso si intende

[11] A. M. RODRÍGUEZ ARAUJO, *Iglesia y organizaciones no confesionales en la Unión Europea: el art. 17 del TFUE*, Eunsa, Madrid, 2012, p. 226.
[12] Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 14 marzo 2017nel caso Asma Bougnaoui e l'Associazione per la tutela dei diritti dell'uomo (ADDH) contro Micropole SA.
[13] Art. 2.2 b) i).
[14] Elaborata dal Consiglio d'Europa a Roma il 4 novembre 1950.

il contenuto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che all'art. 9 afferma che la libertà di «'manifestare' la propria religione può essere oggetto di restrizioni nell'interesse della protezione dell'ordine e della morale pubblica».

Determinante, adesso, è puntualizzare in che cosa consiste 'l'ordine pubblico' come possibile limitazione del diritto alla libertà di religione e, pertanto, degli effetti giuridici che la poligamia può avere. Tutto ciò tenendo presente che il Codice Civile spagnolo non lo definisce.

La dottrina lo considera come l'insieme delle convinzioni basilari della società, che si radica nell'organizzazione e nell'ordinamento giuridico[15], o come l'insieme dei valori fondamentali e delle convinzioni principali e irrinunciabili di una società sulla quale questa fonda il proprio ordinamento giuridico[16]. Tali definizioni rimangono su un piano piuttosto astratto, mentre la Corte Suprema ha precisato ulteriormente la portata del termine, fornendo un collegamento con il rispetto dei diritti e delle libertà riconosciute dalla nostra Costituzione. In base alla dottrina iniziale, in virtù della quale era «l'insieme dei principi giuridici, pubblici e privati, politici, economici, morali e anche religiosi, che sono assolutamente obbligatori per la salvaguardia dell'ordine sociale in un Paese e in un'epoca determinata»[17], la stessa evolve fino a considerare che i diritti fondamentali riconosciuti siano di ordine pubblico[18]. La Corte Costituzionale sostiene che «il rispetto dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche garantite dalla Costituzione rappresenta un elemento fondamentale dell'ordine pubblico»[19].

Pertanto, qualunque pratica religiosa che violi i diritti costituzionali, ad esempio il principio di pari opportunità e non discriminazione, può essere considerata contraria all'ordine pubblico e privata di qualsiasi effetto giuridico. L'asserzione secondo cui la poligamia è

---

15 J.A. RODRÍGUEZ GARCÍA, *Poligamia: libertad religiosa y discriminación de la mujer*, in AA.VV., *Derecho de familia y libertad de conciencia en los Países de la Unión Europea y el Derecho comunitario*, Università dei Paesi Baschi, 2001, p. 752.

16 I. ZURITA MARTÍN, *La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español*, in *Actualidad Civil*, n. 1, 2012, p. 6, e J. SOUTO PRIETO, *La poligamia y sus efectos en el ordenamiento jurídico español*, in AA.VV., *Derecho social y Administración Pública*, Giunta della Galizia, 2013, p. 141.

17 Sentenza della Corte Suprema del 5 aprile 1966. Analogamente, A. ACEDO PENCO, *El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia*, in *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n. 14-15, 1997, p. 382.

18 Sentenze della Corte Suprema del 2 novembre 1990 e del 9 luglio 1992.

19 Sentenza del Tribunale Costituzionale 19 del 5 marzo 1985.

contraria all'ordine pubblico trova fondamento nella contrapposizione con la morale pubblica, la dignità della donna e soprattutto, con il principio di pari opportunità e di non discriminazione sanciti dalla Costituzione Spagnola nell'art. 14[20]. È evidente che questo succede dal momento che solo l'uomo ha la possibilità di avere diverse mogli, e non viceversa. Inoltre, ai fini di quanto stabilito dalla Corte Suprema, non solo implica la diseguaglianza e la sottomissione della donna all'uomo, ma 'ripugna' all'ordine pubblico spagnolo[21].

Anche nel contesto internazionale la poligamia è ritenuta contraria all'ordine pubblico. Solo per citare un esempio, appare eloquente il contenuto della Risoluzione del Parlamento europeo «sull'immigrazione femminile: ruolo e condizione delle donne immigrate nell'Unione europea»[22], che invita, espressamente, gli Stati membri a garantire che tutte le azioni violente commesse contro donne e bambini, in particolare i matrimoni forzati, la poligamia, i cosiddetti delitti d'onore e le mutilazioni genitali femminili, siano punite con sanzioni efficaci e dissuasive, e a sensibilizzare maggiormente le autorità di polizia e giudiziarie su tali questioni[23]. Vengono messi, in questo modo, sullo stesso piano la poligamia e altri reati considerati particolarmente gravi, per quanto riguarda situazioni che meritano un particolare rifiuto, il che evidenzia che, se esiste un ordine pubblico a livello comunitario, senza dubbio è contrario a tale situazione. Inoltre, si esorta la Commissione a considerare la possibilità di un bando dei matrimoni poligamici, e si nota con preoccupazione che i matrimoni poligamici sono stati riconosciuti come legali in alcuni Stati membri[24]. A livello di Direttive comunitarie, in merito al possibile esercizio del diritto al ricongiungimento familiare in caso di matrimoni poligamici, la Direttiva 2003/86/CE, del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, stabilisce che «in caso di matrimonio poligamico, se il

[20] Sono diversi gli autori che fanno riferimento a queste tre circostanze considerandole determinanti. Tra gli altri, v. J.A. LEONES SALIDO, *Pensión de viudedad del cónyuge y modelos de familia*, in *Diario La Ley*, n. 7453, 2010, p. 7, M. LEMA TOME, *El matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España*, in *Migraciones Internacionales*, n. 2, luglio-dicembre 2003, p. 163, A. FERNÁNDEZ-CORONADO, *Matrimonio islamico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85, gennaio-aprile 2009, p. 132, e M.D. ORTIZ VIDAL, *El matrimonio poligámico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad*, cit., p. 71.

[21] Su tutte, la Sentenza della Corte Suprema del 19 giugno 2008, ric. 6358/2002, relativa al diniego di cittadinanza spagnola a un contraente di matrimonio poligamico, per mancanza di sufficiente integrazione nella società spagnola.

[22] 2006/2010 (INI).

[23] Paragrafo 35.

[24] Paragrafo 36.

soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge»[25].

Ma, a maggior ragione, rispetto a tale divieto può giocare un ruolo il cosiddetto 'ordine pubblico internazionale', quando sono norme straniere quelle che hanno consentito l'origine di tali pratiche (come succede nel caso della poligamia). L'art. 12.3 del Codice Civile stabilisce che «in nessun caso, qualora risulti contraria all'ordine pubblico, potrà essere applicata la legge straniera». Pertanto, tale articolo impedisce l'applicazione di una legge straniera inerente, come nel caso del matrimonio in sede di applicazione del diritto comune della persona dei contraenti al momento di contrarlo e non quello del luogo di residenza abituale, se viola i principi essenziali e i diritti costituzionali dell'ordinamento giuridico del foro. In conclusione, la poligamia, sulla base di entrambi i criteri, solleva una chiara questione giuridica tale da non produrre effetti nel nostro ordinamento giuridico in nessun campo.

La suddetta inefficacia può essere evitata solamente nel caso in cui venga applicato, al caso concreto, 'l'ordine pubblico attenuato', ovvero, il fatto di attribuire effetti giuridici 'periferici' a leggi straniere che, di per sé, minacciano l'ordine pubblico stabilito, considerando che tali effetti non producono un danno rilevante alla società, non danneggiano nessuno in particolare e contribuiscono alla costruzione di una giustizia formale. Tale eccezione non esiste solamente in Spagna, ma anche in diversi Paesi dell'Unione europea, e con essa i tribunali intendono che il concetto di ordine pubblico non è rigido, ma che può essere reso maggiormente flessibile in base alle circostanze concomitanti al caso concreto e nel momento in cui si producono i presupposti sopra citati. Avvalendosi di tali argomenti, Paesi come la Francia o il Belgio hanno riconosciuto alcuni diritti ai coniugi in caso di matrimonio poligamico[26].

[25] Art. 4.4.

[26] I. ZURITA MARTÍN, *La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 9, con citazione delle sentenze della *Cour de cassation* del 6 luglio 1988, caso Baaziz, del 28 gennaio 1958 e del 30 gennaio 1980, e della *Cour de appel* di Lieja, del 23 aprile 1970, nelle quali si stabilisce il diritto a percepire le pensioni, il diritto agli alimenti, il diritto a percepire dei risarcimenti in caso di morte accidentale del coniuge o i diritti di successione.

2. *La recente giurisprudenza dei tribunali spagnoli in relazione al riconoscimento del diritto alle prestazioni della previdenza sociale in caso di matrimonio poligamico*

Nell'ordinamento giuridico spagnolo, il divieto della poligamia ha, in primo luogo, un'origine costituzionale, infatti abbiamo già commentato il fatto che si tratta di una circostanza che viola l'art. 14 nel momento in cui accresce una palese condizione di disparità di trattamento tra uomini e donne. Trovano altresì applicazione gli artt. 9.2, nel quale si esortano i poteri pubblici a rendere reale ed efficace l'uguaglianza tra gli individui, l'art. 10.1 che stabilisce, come fondamento dell'ordine politico, la dignità della persona, e l'art. 32.1, nel quale è contenuto il diritto di uomini e donne di contrarre matrimonio con piena uguaglianza davanti alla legge. Ancor più in concreto, la normativa di grado inferiore vieta, chiaramente, la poligamia. Così, il Codice Civile spagnolo stabilisce che non possono contrarre matrimonio coloro i quali siano legati dal vincolo matrimoniale (art. 46 2º)[27], se così fosse, il matrimonio sarebbe considerato nullo (art. 73 2º). D'altro canto, la Legge 4 dell'11 gennaio 2000, sui diritti e le libertà degli stranieri in Spagna e la loro integrazione sociale, vieta il ricongiungimento di più di un coniuge sul territorio spagnolo, malgrado il suo diritto della persona consenta tale forma di matrimonio (art. 17.1 a). E, come massimo enunciato del rifiuto che la questione causa all'ordinamento giuridico spagnolo, si configura come reato nel Codice Penale che «Chiunque contragga un secondo o un successivo matrimonio, nella consapevolezza che ne esiste uno precedente» (art. 217).

In virtù di quanto esposto nei precedenti paragrafi, l'applicazione dell'eccezione di 'ordine pubblico attenuato' sarebbe ciò che potrebbe portare i tribunali a concedere degli effetti, sul piano del riconoscimento delle prestazioni della previdenza sociale, al matrimonio poligamico. Perché, anche nel caso in cui esista una norma giuridica che lo prevede (come nel presente caso), la sua applicazione verrà sempre mediata attraverso 'l'ordine pubblico' che regge il nostro intero ordinamento, e che impedisce che si sviluppino gli effetti previsti dal diritto straniero. Non esiste, dunque, nessun impedimento per concludere che un matrimonio poligamico non dovrebbe avere effetti in termini di riconoscimento delle prestazioni sociali.

[27] Sulla stessa linea, l'art. 252 del Regolamento della Legge dello Stato Civile stabilisce che «Non è possibile iscrivere il matrimonio canonico o civile contratto qualora uno qualsiasi dei coniugi risulti già legittimamente sposato».

Vediamo, qui di seguito, la posizione dei tribunali, in tal senso, e anticipiamo che, in effetti, 'l'ordine pubblico attenuato' ha dispiegato tutti i suoi effetti in relazione al riconoscimento del diritto alla pensione di reversibilità del coniuge.

2.1. *Il diritto alla pensione di reversibilità del coniuge: la posizione della Corte Suprema*

Per quel che riguarda il numero di possibili soggetti beneficiari della pensione di reversibilità del coniuge, il panorama normativo in Spagna è il seguente:

- La legge generale sulla previdenza sociale fa riferimento, al singolare, al fatto che chi ha diritto alla pensione è «il coniuge superstite»[28]. Possiamo affermare, dunque, che la normativa spagnola non prevede la possibilità che possano essere corrisposte diverse pensioni a differenti beneficiari, con la sola eccezione della ripartizione della pensione prevista per i casi di separazione, nullità o divorzio, dato che non contempla l'esistenza di più coniugi[29]. Perciò, se applicassimo solamente tale norma, il rigetto del diritto alla pensione di reversibilità a beneficio di tutti i coniugi superstiti, in caso di poligamia, in pratica, non sarebbe in discussione.

- La convenzione bilaterale Spagna-Marocco sulla previdenza sociale[30] prevede, all'art. 23, le seguenti disposizioni: «La pensione di reversibilità dovuta a un lavoratore marocchino sarà corrisposta, ove applicabile, in parti uguali e in via definitiva tra coloro che risultano essere, ai sensi della legislazione marocchina, i beneficiari di tali prestazioni». La vigente convenzione, tuttavia, non contempla nel proprio campo di applicazione quei lavoratori che fanno parte dei regimi speciali di previdenza sociale per i dipendenti pubblici[31]. Ciò significa che dovrebbe essere presa in considerazione, come normativa direttamente applicabile per stabilire il riconoscimento del diritto alla pensione per i dipendenti pubblici, solo il contenuto della legge sui pensionati statali. In maniera analoga, la convenzione sulla previdenza sociale tra il Regno Unito e la Tunisia prevede, all'art. 24 intitolato «pensione di reversibilità condivisa», che «In caso esista più di una vedova avente diritto, la pensione ai superstiti verrà redistribuita tra loro in parti uguali». L'evidente contrasto di queste disposizioni con il

[28] Art. 219.1.
[29] Art. 220.
[30] Sottoscritta a Madrid l'8 novembre 1979 e ratificata il 5 luglio 1982.
[31] All'art. 2.1 A) 2) si estende il proprio ambito al settore agricolo, marittimo, dell'estrazione del carbone, ai dipendenti delle ferrovie, ai lavoratori domestici, agli autonomi, ai rappresentanti di commercio, agli studenti, agli artisti, agli scrittori di libri e ai toreri.

contenuto generale della legge generale sulla previdenza sociale, nonché il fatto che, trattandosi di convenzioni bilaterali, la loro applicazione sia prioritaria, ma presumibilmente contraria all'ordine pubblico spagnolo, è esattamente ciò che ha causato una forte controversia in materia di giurisprudenza e dottrina, di fronte alle richieste di pensione di reversibilità per tutte le vedove sposate in regime di poligamia.

Al giorno d'oggi possiamo affermare che la Corte Suprema possiede già una dottrina consolidata in favore del riconoscimento al diritto alla pensione di reversibilità per tutti i coniugi superstiti in caso di matrimonio poligamico, espressa attraverso le sentenze del 24 gennaio 2018 e del 17 dicembre 2019[32], che hanno suscitato non poche discussioni sulla loro ammissibilità giuridica.

Prima di tali sentenze non esisteva un criterio unanime nei provvedimenti giudiziari che erano stati emessi in merito. Nella stessa sentenza del 24 gennaio 2018 vengono sintetizzate le diverse ipotesi interpretative che venivano applicate dai tribunali, come segue:

a) Un gruppo di sentenze prevedeva che solamente uno dei due coniugi poteva percepire la pensione[33]. Il fondamento giuridico prevalente è che i matrimoni successivi al primo sono nulli perché contrari all'ordine pubblico spagnolo, il che tende a dimostrare che, da una parte, la legislazione spagnola non permette di riunire più di un coniuge[34] e, d'altra parte, che le risoluzioni della Direzione Generale dei registri e del notariato vietano l'iscrizione al registro dello Stato Civile di tali matrimoni[35]. Viene anche utilizzato, come argomento, il contenuto dell'Accordo di cooperazione tra il Governo spagnolo e la Commissione islamica di Spagna[36], poiché tale accordo non permette l'applicazione della giurisprudenza islamica nel caso in cui sia contraria alla Costituzione Spagnola, e vi si differenzia chiaramente, tra la coscienza del credente musulmano e la condizione di cittadino dello Stato, che obbliga all'osservanza di requisiti civili.

[32] Ric. 98/2017 e 679/2017, entrambi della Sala del contenzioso amministrativo.
[33] Sentenze delle Corti Supreme di Giustizia di Catalogna, 30 giugno 2003, ric. 2864/2002 (per un cittadino del Gambia), 27 febbraio 2018, ric. 6942/2017 (per un cittadino del Gambia), 27 settembre 2017, ric. 4088/2017 (per un cittadino del Senegal), e 25 aprile 2016, ric. 768/2016 (per un cittadino del Gambia), Comunità Valenziana, 6 giugno 2005, ric. 1558/2005 (per un cittadino del Messico),
[34] Legge Organica 4 dell'11 gennaio 2000, sui diritti e le libertà degli stranieri in Spagna e la loro integrazione sociale, art. 17.1 a).
[35] Su tutte, le Risoluzioni del 14 maggio 2001, 3 dicembre 1996 e 8 marzo 1995.
[36] Approvato dalla Legge 26 del 10 novembre 1992.

b) Un altro gruppo di sentenze, stabiliva che tutti i coniugi avrebbero potuto essere beneficiari, con un importo calcolato in proporzione al periodo di convivenza[37]. In tali sentenze i tribunali sostengono che i vincoli matrimoniali contratti sono validi secondo quanto previsto nell'art. 49.2 del Codice Civile, modalità applicabile al riconoscimento del matrimonio celebrato tra stranieri e presso autorità straniere fuori dal territorio spagnolo, secondo il diritto delle persone[38]. D'altra parte ci si rivolge, logicamente, ai fini di salvaguardare l'eccezione prevista dall'art. 12.3 del Codice Civile, all'applicazione dell'ordine pubblico attenuato, benché ciò preveda necessariamente l'applicazione di norme del diritto interno qualsiasi siano gli elementi internazionali concomitanti[39]. Per quel che concerne il criterio di ripartizione della pensione di reversibilità del coniuge nel periodo di convivenza, i tribunali rilevano che è necessario applicare per analogia l'attuale art. 200 della legge generale sulla previdenza sociale[40], in assenza di previsioni in materia.

c) Infine, un altro criterio adottato era che tutti i coniugi fossero beneficiari in parti uguali, indipendentemente dalla data di matrimonio[41]. Tali sentenze presentano un'argomentazione giuridica debole, basata solamente sulla validità dei matrimoni contratti ai sensi dell'art. 49.2 del Codice Civile, ma senza riflettere sulla possibile violazione dell'ordine pubblico spagnolo. Tuttavia, la critica più rilevante che si può muovere, è che non precisano come applicare tale criterio a cittadini di Paesi che non sia lo stesso Regno del Marocco e che, dunque, non rientrano nel campo di applicazione della Convenzione Spagna-Marocco sulla previdenza sociale, origine di tutta questa problematica, se si considera che la legge generale sulla previdenza sociale contempla una ripartizione proporzionale in caso di situazioni di crisi coniugale da cui derivano diversi benefici.

---

[37] Sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia della Galizia, 2 aprile 2002, ric. 4795/1998 (per un cittadino del Senegal), e Opinione Divergente alla sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Catalogna, 30 giugno 2003, ric. 2864/2002 (per un cittadino del Gambia).

[38] Ritengono che nella legislazione spagnola non esista un trattamento specifico di tali matrimoni e che, dunque, questa lacuna normativa deve essere coperta con l'integrazione analogica di tale disposizione.

[39] Con citazione della Sentenza della Corte Suprema del 22 novembre 2017, nella quale si sostiene che tale definizione ammette 'inflessioni'.

[40] È il criterio della ripartizione che viene utilizzato in caso di distribuzione dell'importo della pensione se si sono prodotte situazioni di separazione, nullità o divorzio, e si mantiene il diritto alla pensione per il coniuge e i coniugi superstiti.

[41] Tribunale per la legislazione in materia sociale di La Coruña, 13 luglio 1998 (per un cittadino del Senegal) e sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia dell'Andalusia, di giovedì 30 gennaio 2003, ric. 934/2002 (per un cittadino del Marocco), e 18 giugno 2015, ric. 591/2015 (per un cittadino del Marocco).

Le due risoluzioni della Corte Suprema risolvono una fattispecie pressoché identica: dei soldati del Reggimento del Genio del Governo del Sahara Occidentale che fanno parte, in quanto tali, dell'esercito spagnolo e che versano i contributi per il regime speciale di previdenza sociale dei dipendenti pubblici, che hanno contratto matrimonio con due donne, generano una pensione di anzianità sulla base di tale regime di previdenza sociale e le cui mogli, dopo il decesso, presentano richiesta per la relativa pensione di reversibilità del coniuge ai sensi della legge sui pensionati statali[42], che all'art. 38 stabilisce chi avrà diritto alla pensione di reversibilità ovvero: «Il coniuge superstite del dante causa che trasmette i diritti passivi». Sono identiche anche le argomentazioni a favore utilizzate in entrambe le sentenze, dal momento che quella del 2019 è, in sostanza, una copia dei criteri formulati per quella del 2018. La differenza maggiore risiede nell'opinione divergente inclusa nella sentenza del 24 gennaio 2018, contraria al riconoscimento del matrimonio poligamico, che però non viene replicata nella sentenza successiva, per cui sembra che il tribunale decide di eliminare la difformità riguardo al tema. E in questo momento lascia, senza dubbio, campo libero a critiche.

La sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid, Sala del contenzioso amministrativo, di martedì 18 ottobre 2016, che è quella che viene impugnata e che causa il ricorso alla Corte Suprema in Cassazione per la dottrina, argomenta la mancata concessione del diritto alla pensione di reversibilità in base a tre considerazioni chiave. Prima di tutto, che la condizione di bigamia è vietata dal Codice Penale. In secondo luogo, che la legge sui pensionati statali, all'art. 38, prevede solamente la condizione di monogamia per il riconoscimento del diritto alla pensione, dal momento che i possibili beneficiari vengono enunciati al singolare. Infine, riprende la dottrina della Corte Suprema in cui si rifiuta la nazionalità spagnola in caso di poligamia, e si esplicita la contrapposizione tra la poligamia e l'ordine pubblico spagnolo e si stabilisce che ciò implica una condizione di diseguaglianza tra donne e uomini e la sottomissione delle prime ai secondi.

L'ordinanza della Corte Suprema del 21 marzo 2017, stabilisce che il ricorso in Cassazione viene presentato nell'interesse della legge, e definisce perfettamente le principali questioni giuridiche che questo tema solleva e che deve risolvere:

[42] Il cui Testo Consolidato viene approvato tramite Regio Decreto Legislativo 670 del 30 aprile 1987.

- Se l'accertamento di una condizione di poligamia impedisce, per ragioni di 'ordine pubblico', il riconoscimento del diritto alla pensione di reversibilità nel regime dei pensionati statali.

- Se l'art. 23 della Convenzione sulla previdenza sociale tra Spagna e Marocco è applicabile al fine di ampliare la condizione di beneficiarie della pensione di reversibilità, nel regime dei pensionati statali, a tutte le mogli sposate nella condizione di poligamia.

- In caso affermativo, quale dev'essere il criterio per calcolare l'importo della pensione, se dividerla in parti uguali o in proporzione al tempo di convivenza di ciascuna moglie.

2.1.1. *Le argomentazioni della Corte a favore*

La Corte Suprema motiva la legittimità del riconoscimento della pensione di reversibilità a tutte le vedove in base a due argomentazioni principali: l'estensione del concetto di 'ordine pubblico' e il significato determinante del contenuto dell'art. 23 della Convenzione bilaterale Spagna-Marocco sulla previdenza sociale[43].

Prima di tutto, la Corte sostiene che 'l'ordine pubblico' può essere definito come «l'insieme dei principi e delle istituzioni fondamentali nell'organizzazione sociale di un Paese e che ne ispirano l'ordinamento giuridico». E, concordemente con la stessa giurisprudenza della Corte, analizzata nei paragrafi precedenti, secondo cui tali principi derivano dai diritti e dalle libertà riconosciute dalla Costituzione Spagnola, sostiene che l'art. 12.3 del Codice Civile, nel momento in cui accoglie l'eccezione di ordine pubblico, lo fa sulla base del sistema di valori costituzionali e di quelli sanciti nei Trattati Internazionali. Tuttavia, a giudizio della Corte Suprema, il fatto che l'art. 23 della Convenzione Spagna-Marocco sulla previdenza sociale preveda la possibilità di riconoscere il diritto alla pensione nel caso di coesistenza di diverse vedove presuppone già che tale possibilità non sia contraria all'ordine pubblico. Pertanto, ritiene che l'eccezione dell'art. 12.3 del Codice Civile, non sia applicabile alla luce delle circostanze della suddetta Convenzione nel nostro ordinamento giuridico.

[43] Lo stesso criterio viene mantenuto in successive sentenze dei Tribunali Superiori di Giustizia, su tutte, le sentenze di Madrid, dell'8 e del 15 marzo 2018 (ric. 781/2016 e 885/2015).

In definitiva, la poligamia non viene ritenuta contraria 'all'ordine pubblico' essendo, tale possibilità, prevista in una Convenzione bilaterale internazionale firmata dallo Stato spagnolo.

Inoltre, a suo avviso, nemmeno il fatto che la stessa Corte abbia negato il riconoscimento della cittadinanza spagnola in caso di poligamia, è un ostacolo a considerarla come contraria a tale principio, poiché ritiene che se così fosse, verrebbero soddisfatte fattispecie completamente diverse[44].

A nostro avviso, l'argomentazione dei provvedimenti giudiziari che negano il diritto alla pensione per tutte le vedove per ragioni di ordine pubblico può essere confutata in modo efficace, perfino quando la poligamia è contraria, senza alcun dubbio, all'ordine pubblico perché discriminatoria. Per farlo possiamo utilizzare lo stesso argomento, ovvero, che il fatto che le donne non possano percepire la pensione di reversibilità e, in questo modo, rimangano abbandonate, rappresenta a sua volta una situazione di disparità di trattamento. Nel caso della poligamia ciò avviene, soprattutto, in occasione del ricongiungimento familiare, poiché è l'uomo colui che può decidere a quale delle coniugi causare tale danno, e ciò implica una grave violazione al principio di pari opportunità e non discriminazione costituzionalmente riconosciuto e che, di conseguenza, forma parte dell'ordine pubblico spagnolo secondo la nozione prevista dalla Corte Suprema.

La protezione di tutte le vedove, può di conseguenza, non essere considerata tanto un supporto all'istituto della poligamia ma piuttosto una difesa del diritto alla non discriminazione della donna da un altro punto di vista. Tale protezione, inoltre, non comporta l'alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema della previdenza sociale, poiché non ne altera le spese. E infatti, l'unica cosa che non ha una soluzione legale è quella dell'importo modesto che la pensione di reversibilità raggiungerà una volta avvenuta la ripartizione. E non ce l'ha perché il principio di sufficienza delle pensioni incide sull'importo della pensione calcolata che, in base a quanto previsto dalla legge generale sulla previdenza sociale, è unico e non può essere equiparato a quello della pensione di reversibilità per figli orfani che invece prevede diversi beneficiari. Non sembra accettabile, in nessun caso, l'applicazione delle regole della

[44] In merito, E. LA SPINA, *Másallá del (ir)refutable nexo poligamia-desintegración social en la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 48, 2014.

pensione per i figli orfani a quella per il coniuge, dal momento che la situazione che la determinerebbe costituisce reato.

In secondo luogo, in relazione all'efficacia dell'art. 23 della Convenzione Spagna-Marocco sulla previdenza sociale nella fattispecie concreta che viene posta, la Corte Suprema ritiene, come ipotesi iniziale, che la sua rimessione generica «ai sensi della legislazione marocchina» presuppone l'ammissione della probabile esistenza di diversi beneficiari della pensione di reversibilità, in applicazione della legislazione del paese in cui sono stati celebrati validamente i matrimoni ai sensi del diritto della persona del dante causa.

D'altro lato, e in relazione alla questione più complessa sollevata, ovvero l'esclusione dell'applicazione della Convenzione per i lavoratori integrati nei regimi speciali per funzionari nel sistema spagnolo della previdenza sociale, il suo criterio è che tale norma non è direttamente applicabile. Quindi, l'efficacia dell'art. 23 viene stabilita nei seguenti termini che, vista la sua rilevanza, riportiamo letteralmente: «Lo utilizziamo come criterio di interpretazione valido perché si tratta di una disposizione contenuta in una norma di grado superiore del nostro ordinamento giuridico e perché in gioco vi è il principio di pari opportunità sancito dalla nostra Costituzione e dalla Legge Internazionale sui diritti umani sottoscritta dalla Spagna». Pertanto, sostiene che, in via interpretativa e persino quando non sia una norma applicabile direttamente al caso giudicato, la condizione di beneficiarie della pensione di reversibilità del coniuge può essere estesa alla seconda moglie e a quelle successive in caso di matrimonio poligamico valido ai sensi del diritto delle persone.

A nostro avviso, se la Convenzione Spagna-Marocco sulla previdenza sociale si applica alle condizioni di poligamia, sia per i Paesi come per i regimi di previdenza sociale coinvolti, tenendo conto del contenuto dell'art. 96 della Costituzione Spagnola, questa è una norma applicabile direttamente e, di conseguenza, si deve procedere al riconoscimento della pensione, rimosso l'ostacolo dell'ordine pubblico. Però quando, o il diritto della persona non proviene dal Marocco, oppure la pensione viene riconosciuta da un regime non incluso nella Convenzione (come succede nel caso sollevato dinanzi alla Corte Suprema), la soluzione adottata dalla Corte Suprema, animata dalle migliori intenzioni con il fine di non creare una condizione iniqua tra le vedove a seconda del loro Paese di origine, continua a integrare una

tecnica giuridica dubbiosa. E ciò accade perché il ricorso adottato in via interpretativa dovrebbe basarsi su una norma giuridica concreta, integrata nell'ordinamento giuridico spagnolo, la cui interpretazione viene messa in discussione. E ciò non è possibile poiché non esiste una norma tale da presentare una redazione poco chiara, visto che l'art. 219.1 della legge generale sulla previdenza sociale risulta perfettamente comprensibile, anche quando non applicabile a situazioni come quella analizzata.

Pertanto, la sentenza della Corte Suprema ha sollevato la necessità imprescindibile di trovare una soluzione legislativa a tale questione, senza causare disparità di trattamento in base al Paese di origine dei beneficiari e proteggendo sia il diritto della persona di ciascuno, sia il diritto alla dignità e all'uguaglianza.

Nel concedere tale efficacia giuridica all'art. 23 della Convenzione tra Spagna e Marocco, ovviamente si attribuisce anche legittimità al criterio ivi contenuto in relazione alla ripartizione dell'importo della pensione di reversibilità tra le diverse beneficiarie. Abbiamo già visto come i provvedimenti giudiziari precedenti variavano dalla ripartizione proporzionale al tempo di convivenza o in parti uguali. A giudizio della Corte la ripartizione dev'essere esattamente come previsto dalla suddetta norma, ovvero, in parti uguali tra tutte le beneficiarie, tenuto conto che non risulta nessuna rottura del vincolo matrimoniale prima del decesso del dante causa nei casi a giudizio. Non condividiamo tale criterio che suffraga la dottrina della Corte Suprema. A nostro avviso, dovrebbe essere senz'altro modificato o, in ogni caso, esserne limitata l'applicazione alle circostanze nelle quali ha effetto e non in qualsiasi caso (che poi è ciò che cerca di garantire con la sua dottrina la Corte Suprema). E questo perché non si capisce la differenza di trattamento in relazione alla soluzione offerta dal nostro ordinamento giuridico per le situazioni di crisi coniugale ai sensi dell'art. 220 della legge generale sulla previdenza sociale. La ripartizione proporzionale si giustifica perché, in funzione del tempo durante il quale si è avuta la convivenza, la necessità di mantenere dei benefici economici aumenta in relazione alla durata della stessa. Ed è uguale sia che il vincolo matrimoniale si sia rotto sia che continui ad essere vigente.

2.1.2. *La dichiarazione del criterio contrario: l'opinione divergente alla sentenza del 24 gennaio 2018*

Una risoluzione così discutibile, più dal punto di vista giuridico che da quello della giustizia materiale su cui si regge il merito della stessa, include anche un'opinione divergente, sottoscritta da due magistrati[45], dalla quale emerge un parere totalmente discrepante.

Il merito del contenuto dell'opinione divergente evidenzia una netta condanna della poligamia e una palese considerazione sul fatto che tale pratica è contraria all'ordine pubblico trattandosi di una forma di matrimonio che è fondata sulla base costitutiva di un reato. Si fa riferimento, a tal fine, all'orientamento della giurisprudenza che, in precedenza, aveva negato il diritto alla pensione alle seconde e alle successive vedove.

D'altro lato, nell'opinione divergente si fa riferimento a un'importante questione, che si ricollega a quanto commentato nei precedenti paragrafi, relativa al forte impatto dell'immigrazione che è in corso dai Paesi islamici. Quindi, si afferma che milioni di persone che attualmente vivono legalmente in Spagna provengono da Paesi di religione musulmana, e che la situazione sociale, al momento di sottoscrivere la Convenzione, era molto diversa. Per questa ragione, viene indicata la necessità di consentirne l'integrazione. Detto questo, a giudizio dei magistrati firmatari questo limita la nostra cultura e il nostro sistema di valori, che trovano riscontro nell'ordine pubblico costituzionale a tutela della dignità della donna. Sia detto per inciso che non possiamo non sottolineare che probabilmente i magistrati dimenticano che è proprio in base a tale dignità che la condizione delle vedove, che potrebbero rimanere prive di tutela, preoccupa.

I magistrati firmatari affermano che attraverso tale pronunciamento «si stanno a poco a poco aprendo dei varchi che indeboliscono i nostri segni di identità». Ed è vero che la poligamia non è esattamente una condizione compatibile con la difesa dei diritti della donna, che invece contraddistingue l'attuale ordine pubblico, però non lo è nemmeno il fatto di promuovere la loro vulnerabilità economica, soprattutto nel momento in cui rimane nelle mani dell'uomo.

Tale visione della poligamia come contraria all'ordine pubblico è ciò che induce i magistrati firmatari a ritenere che la Convenzione Spagna-Marocco sulla previdenza sociale non deve essere 'espansiva', ma deve essere interpretata in modo 'restrittivo'. Perciò, la sua

[45] Sollevata da José Luis Requero Ibañez, condivisa da Jorge Rodríguez Zapata Pérez.

applicazione non deve soddisfare fattispecie non protette dal suo ambito di applicazione, come le pensioni che provengono dalla legge sui pensionati statali. È ovvio che ciò comporta che le norme in essa stabilite non possono essere applicate ai rapporti tra la Spagna e altri Paesi e di conseguenza, che in quei casi il matrimonio poligamico non deve dar luogo al diritto di più di una pensione di reversibilità.

Infine, vogliamo sottolineare la 'premonizione' che fanno i magistrati, nel momento in cui manifestano la loro preoccupazione perché «una volta fatto questo passo, il successivo sarà ampliare ad altre fattispecie ancor più inaccettabili». Vale a dire che è stata soddisfatta la loro aspettativa di 'vis espansiva' di tale criterio, così come messo in luce da sentenze successive quali la sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Catalogna, del 13 marzo 2018[46]. In quel caso, la Corte replica il suo contenuto e le proprie argomentazioni, ma per una fattispecie per cui il contenuto della Convenzione tra Spagna e Marocco sulla previdenza sociale non è direttamente applicabile poiché il matrimonio poligamico è stato celebrato in Gambia.

In questo modo appare evidente quanto fosse particolarmente rilevante il contenuto della sentenza del 24 gennaio 2018 della Corte Suprema, visto che viene utilizzata come criterio per tutte le situazioni relative al matrimonio poligamico, indipendentemente dal Paese che lo consente. E paradossalmente in base al contenuto di una Convenzione internazionale che non era direttamente applicabile, né nel suo caso, né in altri casi in cui il diritto della persona dei contraenti corrisponda a Paesi che non siano il Marocco, così come accade nella presente sentenza. Tale situazione, senza dubbio priva di qualsiasi logica giuridica, porta a esigere una soluzione che venga direttamente dallo stesso ordinamento giuridico spagnolo e che eviti l'enorme impatto di una Convenzione bilaterale. E tutto ciò considerando che, con la sentenza del 2019, la Corte Suprema ribadisce ulteriormente il proprio criterio, poiché non include nessuna opinione divergente in dissenso.

2.1.3. *Un caso specifico: il diritto alla pensione in caso di divorzio di uno dei coniugi*

Può accadere che, dopo un matrimonio poligamico, abbia luogo il divorzio con uno dei coniugi e, in caso di decesso del soggetto dante causa, l'ex coniuge voglia fare richiesta di pensione di reversibilità. Di fatto, già in più di un'occasione è stata avanzata tale richiesta

[46] Sezione in materia sociale, ric. 368/2018.

dinanzi ai Tribunali Superiori di Giustizia spagnoli, i quali hanno sempre risolto con una posizione coincidente nel senso che hanno sempre riconosciuto il diritto sia ai coniugi che agli ex coniugi. Non esiste un pronunciamento della Corte Suprema perché sembra che esista un livello di consenso molto grande, per questi casi, in merito alla posizione giuridica da adottare.

In relazione al concetto di 'ordine pubblico' analizzato in precedenza, in questi casi bisogna considerare che il divorzio nella legge islamica può essere stato originato da una condizione assolutamente contraria ai principi e valori che disciplinano gli ordinamenti giuridici europei, come per esempio il cosiddetto 'ripudio'[47]. In tali circostanze, la considerazione della donna assume un ruolo estremamente umiliante e lesivo della dignità, poiché la rottura del vincolo coniugale avviene su iniziativa del marito senza che le mogli possano disporre di altrettante agevolazioni per poter rompere unilateralmente il loro matrimonio visto che la cessione di tale diritto dipende dal marito[48]. In questo modo, quest'ultimo è libero di privare dei propri diritti in materia di prestazioni sociali l'ex coniuge, una situazione che evidenzia una palese condizione di disparità di trattamento tra uomini e donne. Soprattutto in base a tali considerazioni, i Tribunali Superiori di Giustizia, nelle rispettive sentenze del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid del 29 luglio 2002[49] e del Tribunale Superiore di Giustizia di Catalogna, del 23 aprile 2018[50], risolvono le fattispecie nelle quali, appunto, i mariti hanno divorziato dalle richiedenti la pensione in base alla figura del 'ripudio'.

Tuttavia la questione sulla quale si focalizzano le sentenze summenzionate, riguarda il calcolo della ripartizione della pensione per le beneficiarie in questi casi, tenuto conto che è

[47] Art. 78 e ss. del Codice di famiglia del Marocco. Per un'analisi del suo regime giuridico, su tutti A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, K. BERJAQUI e M. TAGMANT, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado*, Volume I, FIIAPP, 2009, p. 136 ss.

[48] Art. 89 del Codice di famiglia. Prima dell'approvazione della nuova *Mudawana* la condizione della donna era ancor più umiliante poiché non le era permesso richiedere la risoluzione unilaterale del matrimonio, mentre il marito poteva scogliere il matrimonio senza causa e senza nemmeno avviare un'azione legale. V. M.D. ORTIZ VIDAL, *El repudio en el código de familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2, 2014, p. 11 ss. Come spiega M.D. CERVILLA GARZÓN, *La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 10, marzo 2018, p. 146 ss., per la legge islamica il ripudio è la forma più autentica per porre fine al matrimonio, attualmente è diventata più garantista poiché la sua legittimità è condizionata da un'autorizzazione precedente dell'autorità giudiziaria, ma presenta ancora una mera apparenza di uguaglianza.

[49] Ric. 3180/2002.

[50] Ric. 1147/2018.

necessario combinare due circostanze: la ripartizione in parti uguali prevista dalle Convenzioni bilaterali sulla previdenza sociale del Marocco e della Tunisia e la recente giurisprudenza della Corte Suprema, nonché la ripartizione proporzionale al tempo di convivenza prevista, in caso di crisi coniugale, dalla legge generale sulla previdenza sociale[51].

I tribunali scelgono come criterio di applicare, di concerto, le disposizioni normative, in modo che il 50% previsto riconosciuto a ciascuna moglie viene ridotto in proporzione al tempo di convivenza intercorso fino alla data di scioglimento del vincolo matrimoniale per quella che risulta divorziata al momento del decesso. Questo perché a loro giudizio l'art. 23 non prevede un rinvio in blocco alla legge islamica e di conseguenza risulta applicabile la legislazione spagnola per quanto attiene al meccanismo di ripartizione della pensione nei casi di crisi coniugale.

I tribunali tuttavia dimenticano che in questo modo si determina un'incongruenza giuridica, dovuta alla complessità stessa dell'art. 23 della Convenzione e che rafforza la nostra ipotesi che sia necessario modificarla. Il motivo è che la rigida applicazione di tale norma obbligherebbe a non riconoscere alcun diritto alla pensione per la moglie divorziata, perché così è previsto nella legislazione marocchina a cui la norma stessa rimanda[52]. E tali provvedimenti omettono la questione, estrapolando dal suo contenuto ciò che è favorevole alle mogli, ma non ciò che le danneggia. Non stiamo dicendo che il risultato non sia giusto, è evidente infatti che, se il divorzio ha efficacia legale in Spagna, l'ex coniuge deve avere diritto alla pensione. È chiaro però che esiste la necessità di non obbligare i tribunali a modificare il senso delle norme giuridiche applicabili per non creare danni ingiustificati, per mancanza di una regolamentazione giuridica coerente. Di fatto, lo stesso Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid segnala nella risoluzione di essere cosciente delle difficoltà che tale interpretazione implica, ma ritiene che con essa si ottiene come risultato l'assoluta mancanza di protezione del coniuge divorziato.

[51] Art. 220.
[52] Dice letteralmente: «Tra coloro che risultino, ai sensi della legislazione marocchina, essere le beneficiarie».

2.2. *Il diritto alla pensione di reversibilità dei figli*

Nell'analizzare il diritto alle pensioni di reversibilità di tutti i figli che il dante causa ha avuto con tutte le mogli superstiti, qualora abbia contratto matrimonio poligamico, riaffiora automaticamente l'applicazione di un principio adottato ripetutamente dai tribunali spagnoli, ovvero quello di superiore interesse del minore[53]. Tuttavia, indipendentemente dall'applicazione di tale principio, la normativa contenuta nella legge generale sulla previdenza sociale relativa ai possibili beneficiari della pensione di reversibilità dei figli orfani può essere applicata a tutti i figli del soggetto dante causa. Quindi, l'art. 224.1 della legge generale sulla previdenza sociale prevede che «avranno diritto alla pensione di reversibilità per i figli orfani, secondo il principio di uguaglianza, ciascuno dei figli del dante causa, qualsiasi sia la natura della parentela». E la condizione che siano beneficiari 'secondo il principio di uguaglianza' presuppone che, per il sistema di previdenza sociale spagnola, la natura della relazione tra il dante causa e la madre dei minori sia completamente irrilevante. Inoltre, anche nel caso di figli che provengono dalla stipulazione di un contratto di maternità surrogata fuori dal territorio spagnolo, che attualmente il nostro ordinamento giuridico considera nullo[54], la Corte Suprema riconosce il diritto alle prestazioni previdenziali come la maternità[55].

È possibile trarre la conclusione, dai pochi provvedimenti giudiziari che si sono pronunciati rispetto a tale questione, che il diritto alla pensione di reversibilità per tutti i figli orfani nati dallo stesso dante causa, anche quando sono stati concepiti in regime di poligamia, è indiscutibile[56]. Inoltre, i tribunali estendono il diritto a tale pensione al caso molto più

[53] Il Parlamento europeo, rispondendo alle domande sulle azioni intraprese nel quadro dell'Unione europea sulla poligamia e sulla situazione delle donne e dei bambini interessati (E-3321/10, risposte in forma scritta realizzate da Marielle de Sarnez), ha dichiarato, in relazione alla situazione dei bambini, la necessità di tenere sempre presente il loro superiore interesse, anche quando l'adozione di norme sul regime matrimoniale non rientra nella sua competenza.

[54] Legge 14 del 26 maggio 2006, relativa alle tecniche di riproduzione umana assistita, art. 10: «1. Si dichiara la nullità assoluta del contratto nel quale viene stipulata la gravidanza, dietro compenso o no, a carico di una donna che rinuncia alla maternità a favore del contraente o di un terzo».

[55] Malgrado l'opposizione della Corte Suprema all'iscrizione dei minori presso l'anagrafe: v. le risoluzioni del 25 ottobre 2016, ric. 3818/2015 e del 13 marzo 2018, ric. 2059/2016. Al riguardo, su tutti I. ALZAGA RÚIZ, *Maternidad subrogada y prestaciones sociales*, in *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 134, 2018.

[56] Il Tribunale per la legislazione in materia sociale di La Coruña, nella sentenza del 13 luglio 1998, sancisce in modo esplicito che «dimostrata la parentela dei richiedenti con il defunto, soddisfano i requisiti richiesti ai sensi dell'art. 175 LGSS». Si può addirittura dedurre che è il criterio seguito dall'Istituto nazionale della previdenza sociale. Quindi, la sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Catalogna del 25 aprile 2016, indica che per gli antecedenti di fatto, alla richiesta della pensione di reversibilità per il coniuge e per i figli, della richiedente,

complesso, per via della difficoltà di stabilire la natura della parentela tra il dante causa e i minori, ovvero il loro affidamento secondo i postulati della 'Kafala' islamica, un istituto sconosciuto nel diritto di famiglia spagnolo[57].

Nemmeno nelle convenzioni in materia di previdenza sociale siglate con il Marocco o con la Tunisia esistono ostacoli per l'estensione del diritto, poiché, per quel che riguarda la pensione di reversibilità del coniuge, rilevano solamente alcuni dettagli, nei termini già analizzati. In altri Paesi, come per esempio nel caso dell'Italia nella convenzione di sicurezza sociale stipulata con Tunisi[58], si è voluto limitare, in modo esplicito, il numero di minori che possano avere diritto alla pensione. Di conseguenza, tale convenzione contiene un limite discutibile del diritto a quattro minori[59].

3. *Criteri dottrinali pertinenti in relazione agli effetti del matrimonio poligamico sul diritto alla pensione di reversibilità del coniuge*

Per quel che riguarda la posizione della Corte Suprema rispetto al diritto alla pensione di reversibilità del coniuge quando sussistono tutti i matrimoni, alla data del decesso del soggetto dante causa, la sua giurisprudenza, così come succede con i principi giuridici, ha mantenuto una posizione contraddittoria tra la difesa del diritto alla pensione per tutti i coniugi e il diniego di qualsiasi effetto alle condizioni di poligamia. Possiamo comunque affermare che prima della pubblicazione delle sentenze della Corte Suprema che abbiamo commentato in precedenza, la posizione prevalente fosse quella adottata dalla stessa nei suoi provvedimenti, ovvero, la difesa del diritto alla pensione di tutti i coniugi e l'applicazione del già analizzato 'ordine pubblico internazionale attenuato'. In tal senso, facciamo notare che, alla fine, la dottrina ha potuto esercitare un certo grado di influenza sul criterio adottato dalla Corte Suprema.

---

la Risoluzione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale ha respinto solamente la pensione di reversibilità del coniuge.

[57] Non è assimilabile direttamente all'adozione, all'affidamento o alla tutela, anche se presenta finalità simili: l'educazione e la protezione dei minori in situazione di abbandono. Sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid del 31 gennaio 2008, ric. 2423/2007. V. M.P. DIAGO DIAGO, *La kafala islamica en España*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1, 2010, p. 142 ss.

[58] Ratificata con Legge del 7 ottobre 1986, recepita il 7 dicembre 1984.

[59] Art. 24.1: «Le disposizioni del presente articolo, relative al diritto alle prestazioni ai sensi della legislazione italiana a beneficio dei familiari residenti in Tunisia, comportano il versamento degli assegni familiari veri e propri, destinati alla moglie e ad un massimo di 4 figli, ad esclusione di qualsiasi maggiorazione».

Rispetto alle posizioni mantenute dalla dottrina in merito al tema analizzato, possiamo distinguere tra diversi problemi giuridici per i quali è stato stabilito il proprio criterio. Di conseguenza, in termini generali si è discusso se si deve riconoscere o no il diritto alla pensione per tutti i coniugi, se si deve dare un'interpretazione più ampia del contenuto delle convenzioni bilaterali sulla previdenza sociale, sottoscritte tra la Spagna e il Marocco o la Tunisia, oppure no, se il meccanismo di ripartizione deve essere in parti uguali tra tutti i coniugi o no, se bisogna ottemperare all'applicazione del principio di sufficienza delle pensioni e, per ultimo, sulla necessità di riservare per tale questione un trattamento normativo.

Prima di tutto, in merito alla valutazione globale sull'opportunità o meno di riconoscere efficacia giuridica alla poligamia rispetto al diritto alla pensione di reversibilità del coniuge, la dottrina prevalente ha adottato un criterio favorevole e ha stabilito che, da un lato, l'ordine pubblico internazionale non dovrebbe essere applicato in modo così rigido, dall'altro, che la tutela e la salvaguardia dei diritti della parte più debole devono prevalere, come nel caso del coniuge che altrimenti si vedrebbe privato dei diritti economici.

La difesa del principio di non discriminazione e di protezione per tutti i coniugi è stata formulata, tra gli altri, da López Mosterio[60] che sostiene che la concessione della pensione a uno solo dei coniugi, anche se a quello dei due che risiede in Spagna mentre l'altro soggiorna all'estero, «risulta chiaramente discriminatoria nei confronti degli altri coniugi legali». L'opinione di Lema Tomé[61] è che se il nostro ordinamento giuridico protegge la coscienza e le sue manifestazioni, «deve utilizzarla per tutelare i diritti della parte più debole, in questo caso di due donne, ed evitare di incorrere nella mancanza di protezione di una di loro». Su questa stessa linea, Fernández-Coronado[62] difende l'applicazione del principio di uguaglianza e sostiene che «in questo modo si cerca di evitare di ledere il diritto di pari opportunità e non discriminazione di una delle parti, che si verificherebbe come conseguenza di un ingiusto risultato nel diritto spagnolo, senza che ciò comporti, nel modo più assoluto, un cambiamento nella valutazione illegale della sua natura».

Per quel che riguarda l'interpretazione dell'applicazione del concetto di 'ordine pubblico', diversi autori si sono espressi nel senso di intercedere per una necessaria attenuazione

[60] *La poligamia y algunas prestaciones de la Seguridad Social*, in *Aranzadi Social*, n. 19, 2001, p. 3.
[61] Cit., p. 168.
[62] Cit., p. 146.

dello stesso e per l'attuazione 'dell'ordine pubblico attenuato'. Così, Souto Prieto[63] afferma che il matrimonio poligamico non potrà mai essere iscritto nel registro civile, ma che verrà applicato tale concetto per produrre altri effetti secondari, tra i quali il riconoscimento del diritto alla pensione di reversibilità del coniuge. Questo perché «non viene danneggiata la struttura sociale e nemmeno l'INSS (Istituto Nazionale della Sicurezza Sociale) o altri soggetti, mentre viene tutelata la dignità della seconda moglie». Si sono espressi in termini analoghi Beltran de Heredia[64] e Soto Moya[65].

Dopo che la Corte Suprema ha pubblicato la sentenza del 24 gennaio 2018, anche altri autori hanno deciso di sostenerne il principio, per cui la seconda sentenza del 2019, priva di un'opinione divergente, potrebbe avere il supporto di tale corrente dottrinale che ne consolida le argomentazioni. Così, Valverde Martinez Carrascosa e González[66] difendono, con vari argomenti, il principio che non costituisce alcun danno significativo alla struttura fondante né alla coesione della società spagnola la tendenza innegabile ad applicare la legge del foro alla formazione del matrimonio[67] e la constatazione che fare ricorso all'applicazione dell'ordine pubblico internazionale è un principio giusto, equo, imparziale e conforme al diritto. Anche Ortiz Vidal elogia il contenuto della sentenza, sulla base del fatto che, da una parte, ritiene che il riconoscimento del valore giuridico della poligamia non comporta, in nessun caso, il sostegno né l'incentivazione di tale istituto nel nostro Paese[68]. D'altro lato, la Corte Suprema in proposito ha suggerito un'interpretazione estensiva dei concetti di 'matrimonio legittimo' e 'coniuge legittimo', una prospettiva di apertura che l'autrice plaude perché, parole sue, permette di «dare una risposta alle necessità sociali che esige la società occidentale del XXI secolo», anche se ciò dovesse obbligare a 'prender le distanze' dalla lettera della normativa applicabile[69].

[63] Cit., p. 150 ss.
[64] *La pensión de viudedad y la ley 40/2007: anatomia de un divorcio*, in *Actualidad Laboral*, n. 19, 2012, p. 6.
[65] *Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad de varios cónyuges coetáneos del causante*, in *Bitácora Millennium*, n. 3, 2016, p. 13.
[66] *Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2, 2018.
[67] Entrambi a p. 726.
[68] Cit., p. 77.
[69] P. 86.

Contro la validità dei matrimoni poligamici, sotto tutti gli aspetti, si sono pronunciati De No Vazquez[70] e De La Flor Fernández[71], la quale sostiene che «la poligamia non può essere diversamente considerata nell'ambito della sicurezza sociale». Concorda con lo stesso ragionamento Díaz Aznarte[72], che afferma che la stessa condotta non può essere considerata un reato dal Codice Penale e, contemporaneamente, avere effetti per la previdenza sociale. A titolo aggiuntivo, sostiene che così si ledono i diritti fondamentali e che consentire nel XXI secolo che la poligamia produca effetti giuridici è inaccettabile. E Perez Vaquero[73] precisa che l'ordine sociale «non può continuare ad agire come un verso libero rispetto alle altre giurisdizioni»[74], senza che si possa ricorrere all'art. 41 della Costituzione Spagnola in merito alla necessaria tutela della famiglia, visto che si tratta di un principio basilare della politica sociale ed economica dello Stato.

In secondo luogo, in merito alla necessità di attribuire o meno un'interpretazione estensiva (o analogica) alla convenzione sulla previdenza sociale tra Spagna e Marocco, così come intesa e applicata dalla Corte Suprema nelle sue sentenze, in modo che non si applichi solamente a fattispecie che possono ricondursi a tale convenzione, ma che ispiri anche l'interpretazione delle norme interne della previdenza sociale spagnola, autori come Juarez Perez[75] condividevano tale criterio, sostenendo che tale formula risulta adeguata per produrre giustizia materiale. La soluzione della sentenza del 24 gennaio 2018 viene applaudita anche da Valverde Martínez e Carrascosa González[76], con argomentazioni simili. Al contrario, altri autori hanno sollevato dubbi, giuridicamente parlando, circa la praticabilità di tale soluzione, come nel caso di López Terrada e Martínez Pozuelo[77].

Infine, il discutibile sistema di ripartizione delle pensioni tra i diversi coniugi utilizzato dalla Corte Suprema, invece, è stato contestato dalla dottrina, che fondamentalmente ha

[70] *Poligamia y pensión de viudedad*, in *Actualidad Laboral*, n. 13, 2004, p. 22.
[71] *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Siviglia, 2002, p. 161.
[72] *Protección social de la población inmigrante y poligamia, ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad?*, *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, 2001, p. 769.
[73] *Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad, en España y en la Unión Europea*, in *Aranzadi Doctrinal*, n. 1, 2015, p. 7.
[74] Nella stessa ottica in *Las pensiones de la poligamia*, in *Derecho y Cambio Social*, n. 19, 2009, p. 1, si afferma che è sorprendente che alla poligamia siano stati attribuiti effetti giuridici.
[75] *Jurisdicción española y poligamia islamica: un matrimonio forzado?*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 23, 2012, p. 41.
[76] Cit., p. 729.
[77] *Los efectos del matrimonio poligámico en España: la pensión de viudedad*, cit., p. 309.

voluto mettere in risalto l'incomprensibile diversità di trattamento con il regime giuridico stabilito dalle norme spagnole per le situazioni relative alle crisi coniugali. Ragionano in tal senso Díaz Aznarte[78] e Molina Hermosilla[79]: infatti, come sostiene quest'ultima, si riesce a «ottenere una maggiore protezione economica, nel caso di concorso di richiedenti, per chi è rimasto per più anni in tale situazione». Souto Prieto[80], tuttavia, sostiene la teoria successiva della Corte Suprema, asserendo che un trattamento diversificato tra i diversi coniugi non si capirebbe. In generale, in merito alla questione, la dottrina non palesa in modo così chiaro la propria posizione a favore del principio della Corte Suprema, come succede per l'ammissione generale del pagamento delle molteplici pensioni di reversibilità.

La relazione tra la questione esaminata e il principio di sufficienza delle pensioni è un tema che non viene esaminato, nelle sue sentenze, dalla Corte Suprema. Tuttavia, la dottrina invece ha utilizzato tale argomento, in alcuni casi (Díaz Aznarte[81]), con lo scopo di stabilire che il criterio adottato dalla Corte potrebbe violare tale principio.

Infine, in ripetute occasioni la dottrina ha fatto emergere la necessità di proporre un trattamento normativo della questione, per evitare l'incertezza del diritto e per evitare che sia necessario applicare delle interpretazioni della stessa legge generale sulla previdenza sociale tanto forzate. Tra gli altri, possiamo citare Lema Tomé[82] e Juárez Pérez[83].

Per quanto attiene al criterio dei Tribunali Superiori di Giustizia in merito al diritto alla pensione di reversibilità, nel momento in cui si è verificata la rottura di alcuni dei vincoli del matrimonio prima della data di morte del soggetto dante causa, la dottrina, in diverse occasioni, non si è espressa e, allo stesso modo, possiamo osservare delle posizioni contraddittorie. Possiamo, pertanto, concludere che l'incidenza della dottrina non è così evidente. A sostegno del rendere efficace la figura del 'ripudio', per evitare la mancanza di protezione dei coniugi coinvolti, Cervilla Garzón[84] sostiene che, anche se il ripudio in quanto tale è lesivo del principio di uguaglianza e non discriminazione, ci sono tre circostanze che giocano a

[78] Cit., p. 767.
[79] *Poligamia del trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supérstites*, in *Aranzadi Social*, n. 298, 2001, p. 4.
[80] Cit., p. 154.
[81] Cit., p. 769.
[82] Cit., p. 167.
[83] Cit., p. 41.
[84] Cit., p. 153 ss.

favore del riconoscimento della sua efficacia da parte dell'ordine pubblico spagnolo. La prima è il fatto che esista, durante il suo iter, un controllo giudiziario, visto che la sua validità dipende da una preventiva autorizzazione giudiziaria. La seconda è l'obbligo della citazione giudiziaria alla moglie per garantirne i diritti economici. La terza, ovvero quella, che a nostro giudizio, risulta veramente determinante, è il fatto che deve essere la moglie ad assumere l'iniziativa di iniziare il procedimento di riconoscimento del divorzio in Spagna (*exequatur*), poiché mette in evidenza la sua volontà che la rottura del vincolo matrimoniale abbia efficacia[85]. Nella direzione opposta, Martín Jiménez[86] afferma che non esiste un'argomentazione definitiva e convincente per rifiutare l'applicazione della legge straniera, prevista dalla Convenzione sulla previdenza sociale tra Spagna e Marocco, ai casi di poligamia, poiché si rifiuta l'applicazione della norma che nega i diritti alla sposa divorziata. A suo giudizio, il nesso della soluzione nell'interpretazione integrativa, congiunta e sistematica delle norme applicabili, non è valido.

4. *In conclusione*

La poligamia non sta producendo effetti negativi nel riconoscimento del diritto alla pensione di reversibilità del sistema spagnolo della previdenza sociale, almeno non sulla base dell'esistenza di una norma giuridica interna, ma piuttosto alla discutibile applicazione della Convenzione Spagna-Marocco sulla previdenza sociale in via interpretativa e alla consolidata giurisprudenza della Corte Suprema. Una situazione giuridica così anomala richiede un intervento da parte del legislatore in modo da unificare il criterio da seguire in merito al Paese nel quale si contrae il matrimonio, in relazione al regime di previdenza sociale che deve riconoscere la pensione e in relazione al criterio di ripartizione da seguire nelle situazioni di crisi coniugale. Una normazione che, riteniamo, deve garantire la tutela del principio di uguaglianza e non discriminazione.

La posizione della dottrina in materia, prima della pubblicazione delle sentenze della Corte Suprema, è stata contraddittoria, al pari delle risoluzioni dei tribunali ordinari. Tuttavia diversi autori sono stati, sostanzialmente, d'accordo nelle loro argomentazioni con l'Alta

[85] In questo senso l'Ordinanza della Corte Suprema del 21 aprile 1998 ne riconosce l'efficacia, *exequatur* n. 1360/1997.
[86] *Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia*, in *Aranzadi Social*, n. 7119, 2002, p. 2.

Corte in merito alla difesa del mantenimento del diritto alla pensione di reversibilità per tutti i coniugi. Addirittura possiamo dire che la maggioranza abbia sostenuto il criterio della Corte, espresso nella prima sentenza del 24 gennaio 2018. Sembra, quindi, che, anche senza una posizione dottrinale completamente unanime, dottrina e giurisprudenza si siano date la mano per concedere l'efficacia giuridica a una situazione contraria all'ordine pubblico, nell'interesse della tutela economica delle donne sposate in regime di poligamia.

Anche rispetto alle pensioni di reversibilità ai figli orfani non vengono rilevati effetti negativi, ma, in questo caso, non viene rilevato un principio legale discutibile, né occorre ricorrere all'applicazione di una convenzione bilaterale, visto che, oltretutto, in base alla tutela del superiore interesse del minore si tratta di un principio giuridicamente necessario. Anche la dottrina, inoltre, ha sostenuto tale criterio.

Abstract

In questo studio viene svolta un'analisi sul possibile effetto che la conclusione di un matrimonio poligamico può avere sul diritto alle prestazioni di previdenza sociale in Spagna, considerando che la sua ammissibilità è compatibile con l'identità islamica, ma contraria a principi costituzionali essenziali come il diritto alla non discriminazione. E questo tenendo conto dell'insieme delle prestazioni coperte dal sistema spagnolo e con particolare attenzione ai criteri dei tribunali in relazione alle pensioni più controverse, quali sono quelle di reversibilità del coniuge e le pensioni di reversibilità di tutti i figli, mettendo in evidenza l'impatto dei criteri dottrinali sul loro contenuto.

Abstract

In this study we carry out an analysis on the possible effect that the conclusion of a polygamous marriage can have on the right to social security benefits in Spain, considering that its admission is part of the Islamic identity but is contrary to essential constitutional principles such as the law non-discrimination. And this taking in to account all the benefits covered by the Spanish system and with particular attention to the criteria of the courts in

relation to the most controversial pensions, such as those widowhood and orphan allowances, warning of the impact of doctrinal criteria on their content.

Cadice, gennaio 2021.

SANDRA WINKLER[*]

L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto di famiglia[**]

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Vita di coppia e mondo digitale. - 3. Diritti dei minori e mondo digitale. – 4. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

L'era digitale sta comportando profonde trasformazioni della società e conseguentemente anche significativi cambiamenti nel diritto[1]. In particolare, nel presente contributo si tenterà di riflettere in quale maniera l'impatto delle nuove tecnologie influisca sul diritto della famiglia. Richiamando i principali istituti giuridici disciplinati dal diritto di famiglia si tenterà di osservare in quale modo le nuove tecnologie abbiano influenzato le dinamiche familiari. Trattasi di riflessioni di carattere generale, che stante il comune quadro dei principi fondamentali garantiti alla persona nello spazio europeo, possono serenamente sovrapporsi alle realtà di differenti ordinamenti giuridici europei, sicché i rinvii normativi saranno circoscritti ai condivisi principi e valori sovranazionali.

Così come è accaduto per molti altri settori, era del tutto prevedibile che le nuove tecnologie avrebbero influito in maniera sì pregnante anche sulle dinamiche familiari. Infatti, lo sviluppo tecnologico, e nello specifico quello dei nuovi media, sta comportando grandi cambiamenti nella quotidianità della vita familiare e nei rapporti familiari di cui tale vita si

[*] *Professoressa Associata di Diritto di famiglia presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Rijeka.*
[**] *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.* Il presente saggio è stato finanziato dall'Università di Rijeka nell'ambito del progetto UNIRI-DRUSTV-18-252 "Aspetti giuridici della trasformazione digitale della società".
[1] Un importante punto di partenza nell'approccio a tali tematiche è offerto da *Il diritto dell'era digitale*, a cura di G. Pascuzzi, Il Mulino, Bologna, 2016.

compone[2]. Dopo un anno di vita trascorso nell'emergenza sanitaria è quasi superfluo rimarcare come tutto ciò sia ancora più presente nella realtà della pandemia. Dall'inizio dell'emergenza causata dal Covid-19 un'improvvisa accelerazione dell'utilizzo degli strumenti digitali ha portato ad un'intensificazione quasi inverosimile della realtà virtuale che di questi tempi più che affiancarsi, si sostituisce alla realtà fisica.

Per quel che qui interessa, non v'è ambito del diritto di famiglia che si possa dire dispensato da tali cambiamenti. Precisamente, si fa riferimento alle relazioni di coppia, ai rapporti tra genitori e figli, alla protezione dei diritti dei minori, ma anche all'ambito dei rapporti patrimoniali o del diritto al mantenimento.

Posto che le nuove tecnologie impattano i rapporti familiari in modi davvero molto diversi tra loro, lo scopo primario di questo scritto è proprio quello di indagare sulle conseguenze che ne derivino nell'ambito giusfamiliare. Tutto ciò si presenta come una chiave di lettura prodromica al tentativo di fondo di rispondere al quesito più importante e cioè se da un punto di vista giuridico le regole esistenti continuino ad essere valide ed in che modo vadano interpretate alla luce delle nuove tecnologie che influenzano i rapporti nella famiglia. Detto altrimenti: l'incedere delle nuove tecnologie implica l'emanazione di nuove regole? L'avvento dell'era digitale porta al ripensamento dei diritti? In buona sostanza: le nuove tecnologie conducono alla nascita di nuovi e diversi diritti?

Posto che gli istituti giuridici del diritto di famiglia sono messi alla prova dell'era digitale, prima ancora di individuare quali siano le conseguenze cui tali cambiamenti conducono nei singoli ordinamenti giuridici, è necessario riconoscere su di un piano astratto in che modo stia avvenendo questa interazione tra tecnologia e diritto di famiglia e quali ne siano i *pro et contra*, ammesso che sia possibile pervenire ad una distinzione così netta tra gli effetti positivi e quelli negativi.

Occorre partire da alcuni esempi che saranno d'aiuto nel riconoscere anzitutto di quali situazioni concrete si tratti.

[2] L'argomento oggetto di trattazione esige anche ricerche di carattere interdisciplinare al fine di meglio comprendere le dinamiche sottese a tali cambiamenti. Si rinvia pertanto a P. AROLDI, *famiglie connesse. Social network e relazioni familiari online*, Media Education - Studi, ricerche, buone pratiche, Vol. 6, n. 1, anno 2015, pp. 1-17. Disponibile online su: *http://riviste.erickson.it/med*

2. *Vita di coppia e mondo digitale*

In primo luogo effetti tecnologici tanto positivi, quanto negativi riguardano le dinamiche delle coppie. Infatti, se ne può osservare l'impatto nelle diverse fasi del rapporto. Nella fase iniziale del rapporto pare interessante fare riferimento ai servizi di c.d. *online dating*. Trattasi di siti e/o applicazioni *online* che permettono di realizzare incontri virtuali[3]. Incontri che potrebbero risultare nel coinvolgimento affettivo dei soggetti, il quale coinvolgimento tuttavia potrebbe essere il risultato anche di false aspettative fondate su un errore di fondo e di fatto circa le caratteristiche del soggetto che fruisce dei servizi offerti dal sito di incontri. La fruizione di tali servizi è aumentata molto in tempi di covid-19 stante la forte limitazione degli spostamenti e di conseguenza la rilevante diminuzione di incontri fisici che potenzialmente potrebbero far nascere una relazione amorosa. Ancora, potrebbe trattarsi che gli utenti del servizio non siano di stato libero e che nell'assenza di percezione dell'incontro reale si lascino andare nella vita virtuale a rapporti e promesse che poi non intendano mantenere. Tutto ciò potrebbe portare a promesse e/o rotture che potrebbero pregiudicare anche altri rapporti familiari[4].

Benché il discorso ivi intrapreso richieda la consapevolezza della necessità di procedere ad un'indagine multidisciplinare, non disponendo delle competenze necessarie, ci si limiterà ad invitare chi legge a riflettere sul fatto che nelle scienze psicologiche si studia a fondo la diversa natura dei rapporti affettivi personali nati da una conoscenza "dal vivo" rispetto a quelli sorti in un primissimo momento attraverso l'uso mediato della tecnologia. Usando dei termini senz'altro approssimativi rispetto agli studiosi di tale materia, in buona sostanza va osservato come la proiezione che si ha dell'individuo con il quale si intraprende una relazione mediante una comunicazione *computer-mediated* diviene sì potente che la persona reale di cui ci si è costruiti tale proiezione non può reggere il confronto[5].

[3] Nel dettaglio su siti di incontri, fidanzamenti, matrimonio ed Internet si veda S. NARDI, *La famiglia e gli affetti nell'era digitale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

[4] Sul punto si veda A. MORACE PINELLI, *L'infedeltà virtuale*, in *https://www.rivistafamilia.it/2019/05/27/linfedelta-virtuale*.

[5] Sul punto si invita a leggere attentamente C. EICHENBERG, J. HUSS, C. KÜSEL, *From Online Dating to Online Divorce: An Overview of Couple and Family Relationships Shaped Through Digital Media*, Contemp. Fam. Ther., Springer, 2017, 39, p. 249 ss.

Proseguendo, si può poi spostare l'attenzione sul ruolo che la tecnologia riveste durante l'esistenza del rapporto di coppia. Tale ruolo può essere considerato duplice: da un lato esso è positivo in quanto può aiutare nell'organizzazione della vita quotidiana della famiglia e ciò in particolare quando vi sia una distanza fisica tra i *partner*. La nuova tecnologia aiuta non soltanto (né banalmente) in quanto la coppia può comunicare *online*; bensì perché permette la gestione dei loro mutui interessi, ad esempio quelli di natura patrimoniale, allorquando i soggetti non si trovino fisicamente nello stesso luogo. Basti pensare al riguardo di quanto si siano sviluppati ed evoluti gli strumenti negoziali nel mondo digitale[6].

Nondimeno le nuove tecnologie possono avere anche un impatto negativo sul rapporto di coppia[7]. Si tenga conto degli infelici dati statistici che dimostrano il crescente numero di divorzi le cui cause sono riconducibili anche alla realtà digitale[8]. Qui non ci si riferisce soltanto alla c.d. *cyber infidelity*[9] - dove peraltro il discorso si potrebbe riallacciare all'utilizzo dei siti per incontri; bensì alla *social media jealousy*[10], e cioè all'eccessivo uso dei *social media*, che contribuiscono notevolmente ad incrinare un rapporto di coppia[11].

Sempre all'interno del rapporto di coppia, spostandosi al momento patologico della relazione, non sono rari i casi in cui v'è la possibilità di procedere alla mediazione in modalità *online*. Infatti, v'è la netta percezione che la mediazione tra coniugi condotta in modalità virtuale sortisca maggiori risultati rispetto a quella cui si procede in presenza. Mediare su temi così impegnativi quali quelli che sorgono nella crisi coniugale in modalità *online* permette infatti di mantenere il *focus* sugli aspetti essenziali, evitando la preminenza degli aspetti emozionali della vicenda – spesso conflittuali[12]. In letteratura si rinviene spesso la convinzione che la mediazione *online* sia giunta per rimanere[13]. L'opinione di chi scrive abbraccia tale idea,

[6] L. RUGGERI, *Informatica e contratto*, in M. Bessone, *Casi e questioni di diritto privato*, XXI *Il contratto in generale*, R. Alessi, G. Grisi (a cura di), Giuffrè, Milano, 2002, p. 1945 ss.
[7] Recentemente sul tema, Cass., Sez. I, ord., 16 aprile 2018, n. 9384.
[8] Con riferimento ai dati statistici riguardanti l'Italia si rinvia a *https://www.istat.it/storage/rapporto-annuale/2019/Rapportoannuale2019.pdf*
[9] C. EICHENBERG, J. HUSS, C. KÜSEL, *From Online Dating to Online Divorce*, cit. pp. 254 e ss.
[10] Sul punto, si veda, A. MORACE PINELLI, *L'infedeltà virtuale*, cit.
[11] Si veda S. NARDI, *La famiglia e gli affetti nell'era digitale*, cit., p. 89 ss.
[12] Ancora C. EICHENBERG, J. HUSS, C. KÜSEL, *From Online Dating to Online Divorce,* cit., p. 255.
[13] Ampiamente sul punto, cfr. *Digital Family Justice*, *From Alternative Dispute Resolution to Online Dispute Resolution?*, M. Maclean, B., Dijksterhuis (eds.), Hart, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, 2019.

benché nei rapporti di famiglia occorra procedere con molta cautela nell'introdurre procedure improntate all'utilizzo delle nuove tecnologie che andrebbero a sostituire il confronto personale delle parti.

Vero è che il matrimonio nel momento in cui viene contratto richiede precisi e rigorosi requisiti di forma che normalmente nella pressoché unanimità dei sistemi giuridici culminano nella cerimonia solenne officiata dinnanzi ad un ufficiale dello stato civile, mentre per quanto riguarda la sua fine tale rapporto nel momento del suo scioglimento richiede una forma ben più articolata che vede l'intervento dell'autorità giudiziaria. In tale senso vi sono opinioni che sulla spinta dell'affermazione di una sempre crescente autonomia delle parti nel regolare i propri rapporti patrimoniali tendono al declassamento, o *rectius* alla semplificazione della procedura volta a terminare il rapporto[14]. Tuttavia, da qui a soluzioni che prevedano la possibilità di divorziare *online* il passo è piuttosto breve, benché particolarmente rischioso. Il riconoscimento di ampi margini di autonomia alle parti va distinto dalla possibilità di compiere scelte arbitrarie ed avventate che una semplice procedura telematica potrebbe facilmente consentire. Ciò potrebbe comportare un incremento del numero dei divorzi – numero già considerevole nella realtà odierna[15] – con l'evidente conseguenza di una possibile svalutazione dei valori della famiglia vista la possibile frustrazione di una delle componenti del rapporto in oggetto e cioè la sua durevolezza. Durevolezza, del resto, già messa a dura prova dalle moderne tendenze individualistiche anche nei rapporti del diritto di famiglia[16]. Certo è che argomenti basati sull'oggettivizzazione del divorzio non più fondato su ragioni di *culpa* di uno od entrambi i coniugi, uniti al *trend* della contrattualizzazione dei rapporti familiari, spingono verso una direzione che porta all'abbandono dell'intervento del giudice quale elemento di vaglio delle ragioni sottese alla rottura del rapporto. Anzi, la tendenza è quella di riconoscere

[14] Particolarmente interessanti risultano le ricerche condotte nell'ambito di un progetto di ricerca dell'Università di Tilburg. Sul punto, M. CONLEY TAYLER, M. MCPHERSON, *Online Dispute Resolution and Family Disputes*, in *Journal of Family Studies*, vol. 12, 2006, Issue 2, p. 165 ss.

[15] In una panoramica europea i dati, pur subendo variazioni, non sono incoraggianti. Si consulti *https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics#Fewer_marriages.2C_more_divorces*.

[16] F. SWENNEN, *Private Ordering in Family Law: A Global Perspective*, in AA. VV., *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, F. Swennen (a cura di), *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer Cham Heidelberg New York Dordrecht London, 2015.

ampi margini all'autonomia dei coniugi nella scelta di sciogliere il proprio vincolo matrimoniale. Benché vi sia in chi scriva la piena certezza della validità e dell'importanza dell'oggettivizzazione delle cause di scioglimento del rapporto, altrettanto ferma è l'opinione che da qui a divorziare con un *clic* v'è una grande differenza. Chi scrive reputa che ciò influisca negativamente sulla tutela della famiglia quale primaria forma di convivenza di persone legate da un rapporto affettivo. Il divorzio "con un clic" darebbe la possibilità di accedere con troppa facilità ad uno strumento volto a terminare un rapporto che porta con sé numerose conseguenze giuridiche sia sul piano dei diritti personali e dei rapporti con i figli, sia sul piano dei diritti patrimoniali.

In tempi di pandemia occorre fare una premessa ulteriore: nello scrivere in questa sede di divorzio *online* non si vuole fare riferimento alla procedura che allo stato (pandemico) attuale in molti sistemi giuridici in una sua parte è stata trasposta in modalità *online*. Si fa, al contrario, riferimento ad una vera e proprio procedura di *online dispute resolution*[17].

Ancora, v'è una ferma convinzione che la modalità virtuale di risoluzione di un rapporto familiare importante come quello matrimoniale comporti il rischio di determinare una visione distorta della realtà quale emerge nel contesto virtuale. In realtà ci si pone questo quesito sin dall'inizio: è possibile (e probabile) che la realtà virtuale e quella fisica divergano, o meglio che diverga la percezione di esse, portando a differenti conseguenze e per l'effetto all'esigenza di diverse protezioni giuridiche?

Senza pretese di addentrarsi in una materia che di per sé richiederebbe una trattazione molto dettagliata, va detto che correlato all'aspetto del divorzio, v'è anche il diritto al mantenimento dell'*ex* coniuge. V'è in tale settore un incedere costante degli algoritmi, i quali rivestono un ruolo sempre più centrale nella quantificazione del diritto al mantenimento[18]. Il

[17] Vi sono infatti diverse realtà giuridiche spesso di altri continenti, che vedono con favore l'idea di risolvere *online* le dispute familiari (*Online Dispute Resolution*). Si pensa in primo ordine al sistema giuridico australiano, a quello statunitense, ma anche quello britannico; tutti accomunati dal fatto di essere sistemi di *common law*. Si rinvia a M.A. GRAMATIKOV, L. KLAMING, *Getting divorced online: Procedural and outcome justice in online divorce mediation*, in *Journal of Law and Family Studies*, vol. 13, 2011, Issue 2, p. 1 ss.; M. CONLEY TAYLER, M. MCPHERSON, *Online Dispute Resolution and Family Disputes*, cit., p. 170 ss.

[18] Si veda per una trattazione esaustiva dell'argomento legato alla sostituzione del giudice con l'algoritmo nelle controversie economiche familiari, *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti, Giappichelli, Torino, 2020.

punto è se e come l'algoritmo vada a sostituire il ruolo del giudice nella determinazione dell'assegno di mantenimento[19].

Muovendo ad altri rapporti familiari diversi dalla relazione di coppia, l'impatto delle nuove tecnologie è forte anche nei rapporti intergenerazionali, come soprattutto nell'ambito dei diritti dei minori[20]. Si evince a chiare lettere dalle fonti del diritto primario dell'UE quanto sia importante garantire i diritti dei gruppi vulnerabili e soprattutto la loro inclusione sociale. In tale senso la solidarietà multigenerazionale riveste un ruolo molto importante, specie in tempi di pandemia da covid-19 quando risulta di tutta evidenza quanto la partecipazione nelle dinamiche familiari dei membri più anziani della famiglia passi attraverso la loro "familiarità"' con i nuovi mezzi di comunicazione[21].

3. *Diritti dei minori e mondo digitale*

Un ruolo di assoluta centralità viene riservato ad una precisa categoria di soggetti vulnerabili: i bambini. Infatti, la particolare area dei diritti dei minori, allorquando correlata al contesto virtuale, deve necessariamente essere considerata con attenzione e sensibilità[22]. Disparate sono le riflessioni che sorgono sotto il profilo giuridico rapportando i minori al

---

[19] Per un'analisi sull'impiego dell'intelligenza artificiale si v. M. FRANZONI, *Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale*, in *Juscivile*, 2021, 1, p. 1 ss. (testo integrale: *http://www.juscivile.it/contributi/2021/1_2021/01_Franzoni.pdf*). Ancora si rinvia a F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1/2020, p. 416 ss. (testo integrale: *https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2020_Donati.pdf*).

[20] Sull'importanza della solidarietà multigenerazionale tra i molti si rimanda a Aa. Vv., *Les solidarites entre generations – Solidarities between Generations*, H. Fulchiron (ed.), Bruylant, Bruxelles, 2013. Ancora con specifico riferimento al diritto croato si v. I. MAJSTOROVIĆ, *The protection of elderly family members and the role of the state: a family law perspective*, in *The Future of Family property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (eds.), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011, p. 163 ss.

[21] Versione consolidata del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, GUUE, 2016/C 202/01, 7 giugno 2016, con particolare richiamo dell'art. 3.

[22] Risale al 2 marzo del 2021 un esaustivo documento delle Nazioni unite sul punto. Si invita a leggete con attenzione *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*. Precisamente lo scopo del commento è di spiegare in che modo gli Stati debbano implementare la Convenzione dei diritti del fanciullo tenuto conto del contesto digitale prestando particolare attenzione alla tutela dei diritti dei minori. Nello specifico con riferimento all'Italia, si veda il documento elaborato nel 2017 dal Gruppo di lavoro sulla tutela dei minorenni nel mondo della comunicazione, attivato nell'ambito della Consulta delle associazioni e delle organizzazioni, istituita e presieduta dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, *La tutela dei minorenni nel mondo della comunicazione*. Un simile documento è rinvenibile in molti diversi ordinamenti europei, sia concesso rimandare all'equivalente *Ombudsman* operante in Croazia: http://dijete.hr/. Numerose sono le modalità di interazione della persona con la tecnologia: si veda in letteratura J. ALBA-CANALS, J. MARTÍNEZ OTERO, D. AMRAM, R. G. PENSA, K. KAESLING, O. SANS-COPE, *Children's Rights in Online Environments with Social Robots: The*

mondo digitale. Da un lato, si può trattare dell'aspetto relativo alla protezione dei minori *online*, come pure riflettere sui pericoli e rischi posti dal *cyber-bullying* e dalla violenza in rete[23]. Dall'altro lato, si può disaminare il ruolo che le nuove tecnologie rivestono nell'esercizio di certi diritti dei minori. Si pensi in particolare, richiamando il diritto dei minori ad intrattenere rapporti personali stabili con i genitori laddove non viva stabilmente con entrambi, al ruolo che i nuovi media hanno nella realizzazione dei diritti di visita. Tema, d'altronde, più che mai attuale in tempi di pandemia: assicurare tale diritto ai minori significa garantire il rispetto della loro vita privata e familiare. Il rispetto della vita familiare, sancito alla stregua di diritto fondamentale della persona tanto dall'art. 8 della CEDU, quanto dall'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, concretamente si realizza garantendo l'unità della famiglia e/o qualora ciò non sia possibile la stabilità e continuità del rapporto con entrambi i genitori[24]. Ancora, è d'uopo richiamare altresì la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e nello specifico l'art. 9 che eleva il diritto del minore a vivere con entrambi i genitori o, nel caso ciò non sia possibile, ad intrattenere rapporti stabili con entrambi i genitori a diritto primario di ogni bambino[25]. Non meno importante a tale riguardo è il richiamo all'art. 24 della Carta fondamentale dei diritti UE che in un evidente esempio di *cross-fertilisation* delle fonti sovranazionali rinvenendo ispirazione appunto nella Convenzione di New York, sancisce tale diritto come uno dei più importanti di cui ogni bambino deve potere godere nello spazio europeo[26]. L'emergenza sanitaria mondiale di questi mesi ha portato a

use case study of CORP: A Collaborative Online Robotics Platform, in *Proceedings of Child-Robot Interaction Child's Fundamental Rights Workshop in conjunction with the ACM International Conference of Human-Robot Interaction (HRI2021) – (HRI '21)*, 2021, ACM, New York, NY, USA, 5 pages.

[23] Grande attenzione viene dedicata a tali temi da molte organizzazioni internazionali. Si richiama all'uopo il Consiglio d'Europa: *https://www.coe.int/en/web/children/the-digital-environment*.

[24] Convenzione europea dei diritti dell'uomo *https://www.echr.coe.int/documents/convention_ita.pdf*; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, GUUE, 2016/C 202/389, 7 giugno 2016. Per un approfondimento sul processo di europeizzazione del diritto di famiglia si rimanda a S. WINKLER, *Il diritto di famiglia*, in *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, G.A. Benacchio, F. Casucci (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2017, p. 293 ss. Si veda anche A. PERA, *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi e simili o plurimi e diversi*, Giappichelli, Torino, 2012.

[25] L'art. 9 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo al primo comma così recita: «gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo».

[26] L'art. 24 della Carta di Nizza è espressamente dedicato ai minori. Nello specifico si pone in evidenzia il terzo comma che recita: "il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse".

constatare che tra i diritti ora più compressi nel diritto di famiglia vi sia quello alla bigenitorialità. Tale limitazione viene perlomeno parzialmente arginata dall'uso dei nuovi media che in qualche modo hanno posto le premesse per potere esercitare tale diritto in una dimensione virtuale[27]. Le nuove tecnologie in tale contesto potrebbero venire utilizzate ben di più; ma se si pensa al delicato momento storico e lo si combina con le molte situazioni di conflitto che esistono tra *ex* coniugi o *ex* partner con figli minori non si può fare a meno di domandarsi se vi sia un abuso della situazione straordinaria vissuta nel presente. Sorge lecito domandarsi se un limitato ricorso ai nuovi media per intrattenere il rapporto con l'altro genitore nell'impossibilità di realizzare con costui un contatto fisico non sia il risultato di tattiche manipolative che purtroppo troppo spesso sono presenti nella gestione dei rapporti tra genitore (non affidatario) e figli in seguito alla frustrazione del progetto di vita familiare comune. Probabilmente tale problema emergerà con maggiore evidenza nel *post* pandemia, benché già ora se ne scorgano dei primi segnali nella giurisprudenza[28].

Tuttavia, i diritti dei minori che vanno richiamati ove abbinati al mondo digitale sono anche molti altri: il diritto del minore all'ascolto; il diritto all'istruzione, il diritto ad esprimere la propria opinione come anche altri che rappresentano espressione dei diritti della personalità del minore. Personalità che nella fase di evoluzione dell'autodeterminazione del fanciullo è ancora in fase di sviluppo e di cambiamento. L'impatto che il mondo digitale ha sui diritti dei minori è oggetto di grande attenzione sul piano internazionale. Infatti, sono di recente emanazione le linee guida *(Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment)* promosse dal Consiglio d'Europa, che negli ultimi decenni dimostra grande sensibilità quanto alla promozione e tutela dei diritti dei minori[29].

Benché i minori siano molto più abili ed a proprio agio nella dimensione virtuale di quanto non lo siano i loro genitori, essi hanno comunque bisogno di essere supportati in un

[27] Nello specifico con riferimento all'Italia, copiosa giurisprudenza si rinviene sul punto nei tempi dell'emergenza Covid-19. Cfr. *Diritto delle successioni e della famiglia. Rassegna di giurisprudenza, Famiglia*, gennaio/aprile 2020, a cura di L. Ballerini, pp. 1-13.

[28] Si veda al riguardo G.O. CESARO, *Covid-19 e diritti fondamentali nell'ambito della famiglia e dei minori: tra limitazioni ordinarie e straordinarie*, in *Familiarista.it*, 12 maggio 2020; C. SILVESTRI, *Chiaroscuri della frequentazione genitori-figli nell'emergenza coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 24 aprile 2020. In particolare si v. Trib. Napoli, 26 marzo 2020, massima riportata in *Diritto delle successioni e della famiglia*, cit., p. 9.

[29] Si consulti *https://www.coe.int/en/web/children/the-digital-environment*. Al riguardo, Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e Convenzione sulle relazioni personali riguardanti i fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 15 maggio 2003.

utilizzo ragionato, consapevole e sicuro delle nuove tecnologie e della rete[30]. Di qui la centralità del ruolo della famiglia nello sviluppo, nella determinazione e nella sicurezza del minore[31]. Infatti, in letteratura si tratta molto in tempi recenti di questi temi ed in particolare della tutela della *privacy* del cybernauta minorenne[32]. Ma qui interessa in particolare porsi un altro interrogativo che riguarda il diritto di stare in rete di per sé: il diritto di accedere ad *internet* è di per sé un diritto fondamentale[33]?

Facendo un passo a ritroso, già si osservava che numerosi sono i diritti garantiti ai bambini e soprattutto che sono loro diritti proprio perché sono bambini. Da un generale richiamo degli articoli più importanti della già richiamata Convenzione di New York sui diritti dei fanciulli è agevole rendersi conto dell'importanza ed ampiezza dei diritti e delle libertà fondamentali garantiti ai bambini[34]. Senza pretese di offrire un catalogo esaustivo si pensi: al diritto del minore alla vita ed alla salute; al diritto del minore di vivere con i suoi genitori; al diritto ad essere informato ed esprimere liberamente la propria opinione; al diritto all'istruzione; al diritto a conoscere le proprie origini; al diritto allo sviluppo psicofisico ed emotivo ed al diritto al gioco ed allo svago. Contestualizzandoli nella realtà odierna nel mondo digitale che abbraccia i bambini in tutte le espressioni della loro quotidianità, si perviene alla conclusione che ogni bambino deve potere esercitare tali propri diritti tanto *online* che *offline*.

Da questo assunto sorgono diverse domande. Già si accennava alla prima da ricondursi al mondo digitale in sé e ha portata più ampia del solo ambito di tutela dei diritti dei minori:

[30] Per una trattazione completa sul punto si rimanda a E. ANDREOLA, *Minori e incapaci in Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 46 ss., come anche p. 170 ss. L'autrice spiega in maniera chiara la posizione dei soggetti deboli della rete. Nel riferirsi ai minori spiega chiaramente la distinzione tra i "nativi digitali" e gli "immigrati digitali".

[31] Per un'analisi dettagliata del rapporto tra adulti e minori nelle società postmoderne si rinvia a AA. VV., *Adults and Children in Postmodern Societies, A comparative Law and Multidisciplinary Handbook*, J. Sosson, G. Willems, G. Motte (eds.), Intersentia, Cambridge, Antwerp, Chicago, 2019. Ancora si veda E. LIEVENS, *Protecting Children in the Digital Era, The Use of Alternative Regulatory Instruments*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2010.

[32] Ancora S. NARDI, *La famiglia e gli affetti nell'era digitale*, cit., p. 39 ss.; come anche v. E. ANDREOLA, *Minori e incapaci in Internet,* cit., p. 98 ss.

[33] Si rinvia a S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2012, p. 384 ss.

[34] Si richiama in questo contesto specifico l'art. 17 della Convenzione di New York del 1989 che stabilisce che «gli Stati parti riconoscono l'importanza della funzione esercitata dai mass media e vigilano affinché il fanciullo possa accedere a una informazione e a materiali provenienti da fonti nazionali e internazionali varie, soprattutto se finalizzati a promuovere il suo benessere sociale, spirituale e morale nonché la sua salute fisica e mentale. A tal fine, gli Stati parti: (…) 5. favoriscono l'elaborazione di principi direttivi appropriati destinati a proteggere il fanciullo dalle informazioni e dai materiali che nuocciono al suo benessere in considerazione delle disposizioni degli artt. 13 e 18».

il diritto di accesso ad *internet* va inteso come un diritto fondamentale della persona? Sul punto si discute e connesso a ciò v'è anche l'interrogativo se l'impossibilità di accedere ad *internet* comporti di fatto una forma di esclusione sociale[35]. In particolare ci si riferisce al fenomeno del *digital divide*, il quale può condurre ad una forma di segregazione sociale e di fatto rappresenta un'espressione delle forme della c.d. nuova povertà[36]. Ancora una volta non sorprende che in tempi di pandemia si parli molto di *digital divide*. Si pensi ad esempio all'istruzione, alle *lezioni online* o meglio, usando un termine ricorrente in molti paesi europei, alla didattica a distanza. Sarebbe bello immaginare che tutti i minori abbiamo le stesse possibilità e che l'emergenza di fatto abbia "solo" imposto un passaggio dal vecchio normale *offline* al nuovo normale *online*[37]. Purtroppo l'accesso e l'utilizzo delle nuove tecnologie che dovrebbero servire come strumento idoneo all'adeguamento a nuove forme di esercizio di diritti fondamentali, quali nel caso dell'esempio qui portato il diritto fondamentale all'istruzione, appare essere di per sé un diritto, o meglio allo stato dell'arte un privilegio non godibile dalla totalità delle persone, *rectius* qui dei bambini[38]. A ragione si considera che l'inclusione informatica dovrebbe essere un diritto fondamentale delle persone, altrimenti le diverse capacità economiche delle famiglie porterebbero ad una disparità di fruizione dei servizi educativi mediante strumenti tecnologici, il che rischia di creare discriminazioni tra i minori ed un isolamento dai rapporti *online*, che genera appunto un divario digitale (*digital divide*)[39]. Ciò porterebbe in buona sostanza a conseguenze discriminatorie e per l'effetto ad un'eventuale violazione dell'art. 14 della CEDU. Riflettendo su questo divario digitale occorre sottolineare come esso non si limiti alla sola impossibilità di connettersi alla rete. Tale concetto, invece, va più a fondo e si riferisce alla conseguente impossibilità di acquisire informazioni e nozioni necessarie per essere in grado di divenire parte di tale mondo dell'informazione. Il problema fondamentale si individua nel fatto che il *digital divide* crea profonde differenze nel grado delle informazioni acquisite a seconda che un soggetto disponga o no della possibilità di accesso

35 P. AROLDI, *Famiglie connesse*, cit., p. 10.
36 Si legga il rapporto dell'UNICEF del 2017, *Figli dell'era digitale*, disponibile su: https://www.unicef.it/media/rapporto-unicef-2017-figli-era-digitale.
37 Purtroppo però dati ufficiali fanno emergere un'altra realtà: https://data.unicef.org/resources/remote-learning-reachability-factsheet.
38 Si conceda il rinvio a dati recenti pubblicati su sito delle Nazioni unite e manifestanti detto problema: *https://news.un.org/en/story/2020/12/1078872*.
39 Si veda *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*, cit., p. 17 ss.

ad *internet* ed ancora più in generale disponga degli strumenti informatici necessari per il raggiungimento di tale fine. Da un recentissimo rapporto pubblicato dall'Unicef emerge come addirittura i due terzi della popolazione di bambini del mondo in età scolastica non abbia accesso ad *internet*[40].

Diverse possono essere le conseguenze di questo divario, molte delle quali possono, richiamando un altro diritto fondamentale del minore, influire negativamente sul suo sviluppo psicofisico ed emotivo, come anche sul suo diritto ad essere informato[41]. Infatti, tale divario porta a livelli di competenze digitali diversi da soggetto a soggetto che ineluttabilmente si riflettono nelle diverse forme di manifestazione della persona e comportano diversi gradi di sviluppo della facoltà cognitive. Inoltre, dovrebbe preoccupare molto seriamente il fatto che il *digital divide* ostacoli il soggetto (minore) nell'uso cosciente e responsabile della *rete*.

Di qui il secondo interrogativo che ci si porge ovvero in che misura un soggetto vulnerabile, un bambino, è in grado di distinguere la realtà fisica da quella virtuale? Se il diritto di accesso ad *internet* è elevato a diritto fondamentale della persona, la rete diviene in sé uno strumento che il soggetto usa anche per l'espressione della propria personalità. Pertanto, sul piano soggettivo, diritti della personalità quali ad esempio l'onore, la reputazione, la riservatezza e l'identità acquistano una nuova dimensione, ma non diventano "nuovi" diritti[42].

In questo delicato frangente lo sviluppo psicofisico ed emotivo del minore, che certamente passa anche attraverso la manifestazione del diritto del minore di autodeterminarsi (in misura crescente con il maturare della persona) trova espressione quale diritto fondamentale garantito ad ogni bambino anche nell'esercizio di vari suoi diritti della personalità[43]. Il punto è: v'è differenza se tali diritti si esercitano nel mondo reale piuttosto che in quello digitale?

---

[40] A tale proposito si rinvia a: *https://www.unicef.org/press-releases/two-thirds-worlds-school-age-children-have-no-internet-access-home-new-unicef-itu*.

[41] Si rimanda al *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*, cit. 4. Nello specifico nel documento si sottolinea l'importanza delle capacità di sviluppo del minore „evolving capacities". Testualmente «*The risks and opportunities associated with children's engagement in the digital environment change depending on their age and stage of development*».

[42] Si legga E. ANDREOLA, *Minori e incapaci in Internet,* cit., p. 144 ss., con invito a disaminare l'ulteriore letteratura giuridica ivi richiamata.

[43] Si veda sul punto F. SCIA, *Diritti dei minori e responsabilità dei genitori nell'era digitale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 85 ss.; S. SICA, V. D'ANTONIO, Privacy *e Diritti della personalità in rete*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. Valentino, III. ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 95 ss.

Ancora, il minore ha le capacità cognitive necessarie per interagire nel mondo digitale? Tali interrogativi sorgono in quanto si sa che *internet*, se usato in maniera inappropriata, può portare a seri rischi di manipolazione della persona. Tale manipolazione, spesso impercettibile, può pregiudicare la capacità del soggetto, ancora di più se minore, nel determinare la propria identità[44].

L'abilità dei minori di autodeterminarsi cambia in ragione dello sviluppo psicofisico sicché nell'individuare soluzioni giuridiche volte a proteggere i minori nel rispetto del loro *best interest* va considerato tale aspetto[45]. In tale senso un serio rischio è rappresentato dalla discrepanza tra la reale identità rispetto a quella virtuale[46]. Stante la difficoltà per i bambini di distinguere tra finzione e realtà un tanto diviene ancora più complesso, così come diventa sempre meno evidente la chiara individuazione del diritto violato posto che è difficile individuare quali siano i diritti della personalità che vanno tutelati in un mondo digitale dove per definizione pare che non esista una definizione di "vita privata"[47]. In dottrina, richiamando appunto l'universo (*parallelo* n.d.r.) dei *social network*, si evidenzia chiaramente il fatto che *online* non esista il privato[48]. In tale universo vi sono molti punti oscuri che creano particolare preoccupazione se associati all'incapacità del minore di gestire la propria immagine nel

[44] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 318: «il mutamento tecnologico delle modalità di trattamento delle informazioni personali ha progressivamente alterato il rapporto tra l'identità liberamente costruita dal soggetto e l'intervento dei terzi, attribuendo all'attività di questi ultimi un peso crescente».

[45] E. ANDREOLA, *Minori e incapaci in Internet*, cit., p. 170. Ancora si veda *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*, cit., p. 9 ss.

[46] Si veda S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 319. Diversi sono gli aggettivi che l'A. usa per descrivere l'identità nella dimensione tecnologica: „inconoscibile", „dispersa", „instabile" ed „esterna".

[47] A. ASTONE, *L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) e i suoi riflessi sul codice per la protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 615.

[48] R. CLARIZIA, *Mercato, persona e intelligenza artificiale: quale futuro?* in *Juscivile*, 2020, 3, p. 687 ss. (testo integrale: *http://www.juscivile.it/contributi/2020/3_2020/06_Clarizia.pdf*). Si condivide *in toto* l'opinione dell'A. Citando testualmente: «viviamo ed abbiamo costruito una società nella quale ciascuno di noi è attore in una sorta di *Truman show*, spiato più o meno consapevolmente sui ccdd *social* di varia diffusione – mi limito a richiamare quelli più noti: Twitter, Facebook, LinkedIn, Xing, Renren, Google+, Disqus, Pulse, Snapchat, Tumblr, Pinterest, Twoo, YouTube, Instagram, Vine, WhatsApp, vk.com, Meetup, Medium – che hanno in gran parte modificato le modalità di tenuta delle relazioni sociali, sicché risulta quasi "impossibile" sottrarsi alla partecipazione in uno di essi, perché talvolta ci si trova coinvolti anche inconsapevolmente o – ed è ancora peggio – consapevolmente per poter ottenere determinati risultati o svolgere determinate attività». Il tema di questo scritto non comprende profili successori, tuttavia, a proposito del destino dei *social* dopo la morte dell'utente si invita a leggere il seguente interessante contributo: S. DEPLANO, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, in *Internet e diritto civile*, C. Perlingieri, L. Ruggeri (a cura di), Università degli studi di Camerino, Scuola di specializzazione in diritto civile, Lezioni raccolte da Pietro Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 435.

mondo digitale[49]: tanto che l'incapacità sia dovuta all'età od al grado di maturità del minore e per l'effetto all'impossibilità di autodeterminarsi, o perlomeno alla ridotta capacità di farlo; quanto che sia dovuta alla difficoltà di rapportarsi alla rete per le ragioni dovute al divario digitale di cui si parlava poc'anzi, che comportano limitate conoscenze degli strumenti digitali adoperati[50]. Sovente manca la consapevolezza che le informazioni pubblicate possono rimanere di dominio pubblico ed accessibili in rete senza limiti di tempo. Ciò può comportare serie conseguenze nello sviluppo psicofisico ed emotivo del minore che può subire una violazione del proprio diritto alla reputazione personale, in particolare alla *net-reputation*. Di qui il bisogno di continuare nella promozione dei diritti dei minori con particolare riferimento al diritto all'oblio[51]. Ciò può ovviamente comportare anche una violazione del diritto alla *privacy*, tema del quale in questo contesto non si tratta, benché ampiamente studiato e trattato nella letteratura giuridica degli ultimi anni in occasione della minuziosa analisi che in dottrina è stata operata in seguito all'emanazione del Regolamento (UE) 2016/679 (regolamento generale sulla protezione dei dati)[52].

Alla luce di quanto sin ora osservato, si può concludere quanto l'identità digitale rappresenti una questione complessa soprattutto se si tratta di minori. Pertanto, nel tentativo di rispondere alla domanda posta in precedenza va ricordato un illustre esponente della dottrina là dove fa riferimento al diritto di accesso ad *internet* intendendolo quale espressione di una

[49] Ancora S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 327: «diventa sempre meno proponibile una definizione dell'identità come "io sono quel che dico di essere" sostituita da un "tu sei quello che Google dice che sei"».
[50] Al riguardo si invita a leggere il recentissimo provvedimento del 22 gennaio 2021 del Garante per la protezione dei dati personali che s'è espresso sull'applicazione Tik Tok: *https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9524194*.
[51] Una pronuncia su tutte in tema di diritto all'oblio: sentenza della Corte Giust. UE, (Grande Sezione), 13 maggio 2014 nel caso C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317. M. MILOŠ, *Private and public dimensions of personal data in online speech: lessons from the right to be forgotten*, in *Central and Eastern European e/Dem and e/Gov Days 2016*, in *Austrian Computer Society*, 2016, p. 451 ss.
[52] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), GUUE L 119, 4.5.2016, pp. 1-88. M. FRANZONI, *Lesione dei diritti della persona,* cit., p. 1 ss. A. ASTONE, *L'accesso dei minori d'età,* cit., p. 614 ss.

"nuova umanità"[53]. In altri termini, ogni soggetto ha il diritto di esercitare i diritti di cui gode in modalità *offline* allo stesso modo anche in modalità *online*.

4. *Riflessioni conclusive*

In conclusione, per rispondere all'interrogativo posto in apertura, secondo l'opinione di chi scrive l'impatto delle nuove tecnologie non conduce ad un radicale ripensamento od all'ampliamento dei diritti tutelati, qui nello specifico con riferimento alla vita familiare ed ai rapporti che al suo interno sorgono. La tutela giuridica delle relazioni familiari va garantita nel rispetto delle norme esistenti cui, questo sì, va semmai data un'interpretazione rispettosa della "digitalizzazione" degli interessi tutelati.

Una risposta di segno opposto comporterebbe di fatti una continua risistemazione della disciplina giuridica esistente che potrebbe pregiudicare la certezza del diritto. In pochi altri settori come nel diritto di famiglia un valore costante è rappresentato dall'incessante cambiamento della società e del mondo in cui essa esiste. Ciò tuttavia non giustifica continui ripensamenti delle regole esistenti; porta eventualmente una diversa interpretazione delle regole alla luce del contesto sociale in un determinato momento storico. Altrimenti, nell'affrontare un cambiamento così rapido come quello che sta accadendo nel presente nell'era digitale – per quel che qui interessa nel diritto della famiglia - si correrebbe il rischio che la discrepanza tra virtuale/reale e disciplina giuridica dei diritti personali esercitati "nei due mondi" divenga tale da portare di fatto a discipline parallele. La tendenza volta ad introdurre una disciplina giuridica per ogni nuova manifestazione della realtà nel contesto familiare, specie se ciò risulti da *input* tecnologici, rischia di sminuire la funzione interpretativa del giurista, chiamando magari in aiuto un algoritmo o nel futuro altre forme di intelligenza artificiale per risolvere una molteplicità di differenti problemi che sorgono nel complicato rapporto tra persona e tecnologia[54].

[53] S. RODOTÀ. *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Editori Laterza, La Repubblica, 2014. Risultato degli sforzi profusi dall'insigne giurista è rappresentato dalla *Dichiarazione dei diritti in Internet* che costituisce una tappa importante nel percorso volto a costruire una cittadinanza digitale.
[54] Sul rapporto tra uomini e macchine si invita a leggere S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 312 ss.

A parere di chi scrive il modo migliore per concludere queste riflessioni è quello di rimettersi alle parole di un celeberrimo scienziato: «è *diventato terribilmente ovvio che la nostra tecnologia ha superato la nostra umanità*» (Albert Einstein).

Abstract

Le nuove tecnologie hanno un impatto considerevole sulle dinamiche dei rapporti familiari. Non v'è, infatti, ambito del diritto di famiglia che si possa dire dispensato dai cambiamenti imposti dalla realtà virtuale nella quale, specie in tempi di pandemia, s'è trasferita grande parte della vita quotidiana delle persone e delle famiglie. Si vuole in questo lavoro analizzare l'impatto delle nuove tecnologie quanto sui rapporti di coppia tanto sui diritti dei minori nella famiglia e nella società. Attraverso l'analisi di tale impatto si individua lo scopo del presente contributo nell'interrogativo circa l'opportunità di un ripensamento del diritto di famiglia in ragione dei cambiamenti introdotti con l'avvento dell'era digitale.

Abstract

The new technologies have a considerable impact on the dynamics of family relations. In fact, there is no area of family law exempted from the changes imposed by the virtual reality into which, especially in times of pandemic, a large part of the daily life of individuals and families has been transferred. The aim of this paper is to analyse the impact of the new technologies on relationships between couples, as well as on the rights of the child in the family and in the society. Through the analysis of this impact, the aim of this paper is to question whether it would be opportune to rethink family law rules in view of the changes introduced by the advent of the digital era.

Rijeka, aprile 2021.

MARIA PAOLA MANTOVANI*

Il diritto dei contratti nell'era delle nuove tecnologie **

Sommario: 1. L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto dei contratti. – 2. Gli automi nel diritto privato. – 3. La conclusione del contratto telematico. – 4. Il contratto concluso *par voie électronique*. – 5. Conclusioni.

1. *L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto dei contratti*

Con la rivoluzione industriale e la conseguente produzione di massa, i tradizionali modelli di conclusione del negozio sono apparsi sempre più inadeguati. Ma è grazie all'avvento delle nuove tecnologie che si è assistito ad un generale ripensamento delle categorie dogmatiche tradizionali in tema di contratto[1] e della sua formazione. La contrattazione telematica ha aperto nuovi orizzonti e contribuito ad annullare la distanza spazio–temporale[2] in ambito economico, favorendo la creazione di un mercato sempre più globale[3].

Gli scenari attuali sono connotati da relazioni sociali ed economiche che, in misura sempre più consistente, si avvalgono degli strumenti tecnologici per concludere contratti e

* *Professoressa associata di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Camerino.*
** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

1 F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, 1, Milano, 1968, p. 417.

2 N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*, Roma-Bari, 2001, p. 65 s., parla di un «non luogo», dove «il contenuto, visivo e auditivo, non ha posizione nello spazio». Anche se si osserva che il commercio telematico promuove e soddisfa interessi e bisogni concreti dei soggetti, «che si inseriscono, dunque, non nella dimensione temporale astratta della rete, ma in quella concreta degli interessi di chi della rete si serve», (R. SCOGNAMIGLIO, *L'adempimento dell'operazione economica telematica tra «realtà virtuale» ed «interessi dei contraenti»*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI, *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, Padova, 2002, p. 159).

3 Osserva F. BRAVO, Ubi societas ibi ius *e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contr. impr. Eur.*, 2016, p. 1346, che «nella società globalizzata e interconnessa digitalmente, infatti, oltre ai fenomeni di allargamento dei mercati e di intensificazione degli scambi internazionali, […] si vanno a delineare scenari del tutto nuovi rispetto al passato, di grande impatto teorico, non privi di rilevanza sul piano anche operativo ed economico».

scambiare beni o servizi. Di qui la necessità di considerare i concreti bisogni e gli interessi emergenti dalla realtà, alla luce della diversa morfologia dello scambio che avviene, grazie all'uso di internet, in modo virtuale, «questo aggettivo non vuole esprimere un giudizio di minor valore, bensì soltanto alludere alla maniera in cui si manifestano i rapporti tra i membri della società»[4].

Il fenomeno giuridico non può essere considerato come un elemento astratto, separato dalla realtà, in quanto «il diritto si erge su un fondamento concreto, che ha una funzione sociale, e che è impossibile isolarlo dal suo substrato reale»[5]. Se ci si limitasse a studiare gli aspetti tecnico-giuridici[6], ci si fermerebbe al dato esteriore, mentre l'analisi delle «fonti sociali del diritto positivo, che si trovano al di là della frontiera, fluida e imprecisa, che separa l'ambito del "dato" da quello del "costruito"»[7] aiuta l'interprete a misurarsi con una realtà complessa ed in costante movimento e fa comprendere, nella sua totalità, il fenomeno giuridico. Il diritto non domina la società, la esprime[8], e ciò sostanzia il nesso, inscindibile, fra diritto e società.

L'impatto delle nuove tecnologie ha prodotto un duplice ordine di conseguenze, *in primis* ha modificato la fisionomia del contratto, con il conseguente superamento della concezione di contratto quale paradigma unitario, privilegiandone una declinazione plurale, alla luce dell'ampio ventaglio di modalità entro cui il fenomeno contrattuale può dispiegarsi. Le continue trasformazioni delle relazioni sociali ed economiche hanno prodotto un impatto

[4] T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, p. 6 ss.
[5] Nel tracciare le fasi del procedimento metodologico si mette in luce, nella fase di reintegrazione del termine da comparare nell'ordinamento, la necessità dei fattori metagiuridici che incidono sulla genesi, sulla struttura e sulla funzione dei termini da comparare. L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. italiana di A. Procida Mirabelli Di Lauro, Torino, 2000, p. 189.
[6] Sul contesto telematico del mercato composto da reti di telecomunicazioni interconnesse cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato*, Torino, 1992; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.
[7] L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 191. Fondamentale nell'avere colto il legame indissolubile fra dato e costruito, F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif- Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, IV, Paris, 1924, p. 181 e 18, ove parla del rapporto tra *donné et construit*. Fondamentale è di F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, in cui egli sviluppa il suo fondamentale discorso sul metodo per il giurista e precede la riflessione scientifica che troverà massima espressione in *Science et technique*, nel rapporto tra tra *donné et construit*.
[8] J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissances des lois*, Paris, 1908, p. 336.

sull'istituto contrattuale, che si trova naturalmente inserito in un processo di incessante adeguamento[9] ai concreti bisogni e agli interessi emergenti da una realtà in rapida e costante evoluzione[10].

La sollecitazione sociale, che precede la soluzione di diritto positivo, innesca nel diritto istanze di riorganizzazione delle linee e delle soluzioni precedenti. L'impatto delle nuove tecnologie sul fenomeno contrattuale impone l'adozione di una rigorosa metodologia[11] ed uno sforzo ermeneutico, da parte dell'interprete, teso ad armonizzare vita sociale e ordine giuridico o, se vogliamo, con espressione più altisonante, diritto e storia[12].

La positività della realtà sociale odierna sembra suggerire l'idea che essa possa prendere il luogo della positività normativa, un dato esterno che sia in grado di dominare il pensiero giuridico. Dobbiamo, tuttavia, evitare di assecondare uno sviluppo che sembra mosso dalla preponderanza della realtà sociale ed economica, e dare spazio alla totalità dell'esperienza, riannodando i valori al sistema e considerando, quale bussola da seguire, la trama rigorosa del contratto.

Il legislatore italiano del 1942, attento a quello che venne definito come il «metodo dell'economia» nella codificazione, si prefiggeva di allineare il più possibile le categorie giuridiche a quelle del mondo degli affari, alla stregua della realtà economica e degli scambi dell'epoca. Allo stato attuale, questa esigenza si impone nuovamente, ma deve fare i conti con una realtà diversa e con un orizzonte profondamente mutato.

Muovendo dalla consapevolezza della complessità e della ricchezza della società moderna, il giurista è chiamato, oggi, a confrontarsi con nuovi modelli contrattuali, estranei all'epoca della codificazione, che superano il puro dogma volontaristico che permea di sé il

[9] A. MUSIO, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 226 ss.

[10] Basti pensare alla prolusione barese del 1968 di Nicola Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, poi rifluita in N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica: riflessioni sul metodo*, Bari, 1972, permeata dall'idea che la fedeltà del giurista alla norma va mantenuta solo «in quanto concretamente riscontri che essa esprime un valore che è presente, secondo le condizioni storiche e sociali di quel momento, nella totalità dell'esperienza».

[11] «I dogmi del diritto non sono precetti, bensì concetti, la cui forza è la forza della loro logica coerenza con il sistema» F. GALGANO, *I dogmi nel diritto*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 909. Sulla funzione della dogmatica, L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 4 ss.

[12] P. GROSSI, *Pagina introduttiva. (Ripensare Gény)*, *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 199, p. 1 ss.

concetto classico di contratto elaborato dalla tradizione codificatoria. Fondamentale, nel quadro del discorso, è considerare il nuovo ordine del contratto tecnologico i cui tratti caratteristici non si spostano dal troncone principale del diritto comune ma lo plasmano, in modo tale da adattarlo alle esigenze e alle peculiarità delle nuove contrattazioni.

2. *Gli automi nel diritto privato*

Con la rivoluzione industriale e l'avvento delle macchine si assiste all'ingresso di nuovi strumenti in grado di realizzare scambi tra macchina e uomo. Fa la sua comparsa nella scena del diritto un sistema di scambi retti da automatismi che sembra allontanarsi dalla prospettiva tradizionale del codice civile, quale orizzonte normativo strutturato per gli scambi negoziati, con evidenti implicazioni sulla nozione stessa di contratto. Una riflessione sull'impatto dell'automazione sulla fenomenologia contrattuale è presente già agli inizi del Novecento quando Antonio Cicu pubblica la sua tesi di laurea sugli automi nel diritto privato[13]. Parimenti Antonio Scialoja mette in luce l'importanza giuridica degli apparecchi automatici, di cui è già chiaro come «i tradizionali principî del contratto si adattano a questo nuovissimo mezzo di concludere negozi giuridici»[14].

Indagando il fenomeno degli automi, Cicu propone la categoria dei negozi automatici di cui, proprio in ragione dell'assenza di mediazione dialogante fra le parti, finisce per concludere in termini di realità del contratto. L'ingresso delle macchine introduce nuove modalità di acquisto dei beni, si pensi all'acquisto mediante distributore automatico che, per alcuni,

[13] Celebre è la tesi di laurea di A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, estratto dal periodico "*Il Filangeri*", Milano, 1901, p. 561 ss. In argomento, M. RICCA BARBERIS, *Dell'offerta fatta al pubblico e del contratto stipulato coll'automate*, in *La legge*, XLI, p. 356 ss. Di recente una rilettura della tesi di Antonio Cicu è stata proposta da E. DAMIANI, *Note in tema di conclusione del contratto mediante sistemi automatici (spunti per una rilettura della tesi di Antonio Cicu)*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 749 ss., secondo cui «gran parte delle riflessioni svolte da Cicu più di un secolo fa sono sostanzialmente riutilizzabili per la disamina della disciplina applicabile alla conclusione del contratto telematico». M. BARELA, *Accordo, consenso e assenso* (*brevi note nella prospettiva della crisi del contratto*), in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 225 ss., secondo cui «l'elemento di realità, che caratterizza lo scambio tramite distributore automatico, aveva persuaso autorevoli giuristi, […] a ricondurre il fenomeno nell'ambito dei contratti reali, attesa l'importanza dello scambio tra moneta e *res*, in un unico atto, senza il quale il contratto non viene neppure ad esistenza».

[14] «Ogni progresso in genere porta con sé nuovi rischi e quindi la necessità di nuove previdenze: l'estensione degli automatici come mezzo di agevolare i traffici con i suoi vantaggi porta i suoi inconvenienti e perciò il bisogno di prevederli, e fin dove è possibile di eliminarli», così, A. SCIALOJA, *L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico*, Città di Castello, 1902, p. 151.

integra un rapporto contrattuale di fatto[15] che si instaura per il tramite di un automa in cui tutto è spersonalizzato, dall'offerta alla ricezione del prezzo[16], e per il quale risulta sufficiente il solo fatto giuridico tipizzato, consistente nella selezione e nel pagamento del prezzo, socialmente valutabili come accettazione da parte dell'oblato.

Sotto il profilo dell'inquadramento della fattispecie, non basta ad escludere il contratto l'affievolirsi della volontà nel processo di formazione, caratteristica inevitabile della standardizzazione contrattuale, essendo sufficiente l'accordo sulla costituzione del rapporto contrattuale insito «proprio nell'offerta e nell'accettazione della merce»[17].

In argomento, appaiono di una sorprendente modernità le parole di Antonio Scialoja secondo cui lo Stato, «come tutore del diritto ha l'obbligo sociale di garantire equamente l'esistenza e lo svolgimento di qualunque libera forma di estrinsecazione dell'umana attività»[18] e, dunque, se oggi il tema degli automi nel diritto privato è solo agli esordi senz'altro, osserva, avrà nella vita commerciale del futuro una sempre più larga fortuna.

3. *La conclusione del contratto telematico*

Il codificatore del 1942 ha disegnato un articolato normativo che muove dallo schema dell'accordo costruito lungo l'asse proposta-accettazione introducendo, nel contempo, un

[15] La teorica dei rapporti contrattuali di fatto ha origine in Germania con la prolusione di Gunter HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941, tradotta da G. VARANESE, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Torino, 2012. In Italia sui rapporti contrattuali di fatto, v. L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965; E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 353 ss.; G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 151 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 662 ss.; e la voce enciclopedica di C. ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 1 ss.

[16] Sembra lecito domandarsi se non possa essere più acconcia ai fini di una individuazione del contratto telematico, richiamando quelle *variae causarum figurae* che l'art. 1173 c.c. accoglie entro l'articolato sistema delle fonti delle obbligazioni. P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1992, p. 161, richiama le *variae causarum figurae* ponendo l'accento sulla varietà di istituti che vi si riconducono e sul differente ruolo che tipicità e atipicità assumono sul piano dei contratti e dei fatti illeciti.

[17] Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 43; ID., *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120.

[18] A. SCIALOJA, *L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico*, cit., p. 251.

sistema in grado di assecondare le nuove esigenze della contrattazione e tutelare il contraente nella contrattazione di massa[19].

Il dato codicistico mostra tutta la lungimiranza dei codificatori in ordine alla necessità di introdurre tecniche uniformi di conclusione del contratto, senza sacrificare l'esigenza del contraente non predisponente[20]. In tal senso, con l'avvento della produzione di massa, si realizza una dimensione seriale e standardizzata nella produzione dei beni e servizi, che marginalizza lo scambio individuale nell'ottica di un esercizio più ampio ed efficiente dell'autonomia privata[21].

Tale stato di cose impone di semplificare il modo di perfezionamento del contratto e ridurre i tempi usualmente impiegati per la conclusione del contratto, in modo da assicurare la celerità dell'operazione economica e una diminuzione dei costi, e fa emergere nuove modalità di conclusione del contratto, tipiche degli scambi di massa[22].

L'articolato codicistico mostra una dettagliata e analitica regolamentazione del procedimento di conclusione del contratto, non avulsa dalla previsione di nuove ipotesi di regolamentazione dello scambio contrattuale, sempre più ricorrenti nella prassi degli affari. Si veda la disciplina delle condizioni generali di contratto, di cui agli artt. 1341 ss. c.c., quale modello di contratto standard[23] interamente predisposto dall'imprenditore intento a regolare, in modo

---

19 Secondo AND. GENOVESE, *La crisi della disciplina del contratto standard*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1156 ss., «un competente legislatore nazionale, pienamente consapevole delle dinamiche del mercato, approfittava della codificazione del Quarantadue, per introdurre, di fatto per primo in Europa, una disciplina che, nel riconoscere quanto stava accadendo nella prassi, appariva al tempo davvero rivoluzionaria: la regolamentazione delle condizioni generali di contratto e dei moduli e formulari (artt. 1341, 1342 e 1370 c.c.), in breve, del contratto standard».

20 Per AND. GENOVESE, *La crisi della disciplina del contratto standard*, cit., p. 1159, la tutela formale contro le clausole vessatorie, introdotta con gli artt. 1341 e 1342 c.c., non risulta sempre idonea a reprimere i possibili abusi che «possono ricongiungersi al potere di predisposizione dei testi uniformi. Parimenti, anche la speciale forma di garanzia interpretativa a favore dell'aderente, cui soggiace il contratto standard, non sempre è parsa soddisfacente».

21 A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 69 ss., si occupa dell'accordo contrattuale, dunque, come tecnica di tutela che non subentra al contratto a seguito dell'inadempimento, ma si affianca allo stesso in un rapporto continuativo e di complementarità.

22 Muovendo l'indagine dalla prospettiva dello storico, S. SEGNALINI, «Contrahere» *senza* «consentire»? *Il punto di vista dello storico*, in *Riv. dir. rom.*, 2010, p. 1 ss., fa notare che occorre chiedersi «se davvero i nuovi scambi di massa rappresentano un problema per il diritto e se «effettivamente questo tipo di scambi costituisce un problema per il nostro sistema contrattuale e la nostra tradizione giuridica: portando con sé o la necessità di rivedere la nozione di contratto (svincolandola dall'accordo), o la ricerca di una nuova categoria (il diverso nome di cui parla Irti), destinata ad accoglierli».

23 Per la negoziazione di beni e servizi standardizzati si è reso necessario affrancarsi dal tradizionale modello di conclusione del contratto, v. ANT. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, p. 135 ss.; F.

uniforme, tutti i rapporti giuridici mediante i quali si immettono sul mercato i beni prodotti o i servizi offerti.

«Formalità speciali sono state previste per la conclusione dei contratti su moduli e formulari predisposti da una sola parte, o dei contratti con rinvio a condizioni generali (articoli 1341 e 1342). Il bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti […] inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunziare all'affare. Un tal modo di conclusione del contratto non deve ritenersi illegittimo solo perché non dà luogo a trattative e a dibattiti di clausole […]. La realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo, a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattative che imporrebbe intralci spesso insuperabili»[24]. Moduli e formulari sono tecniche conformatrici del rapporto[25] che operano in senso unilaterale, in quanto una parte predispone il testo negoziale e all'altra viene chiesto di aderirvi o meno. Il riferimento alle condizioni generali di contratto porta a configurare una

REALMONTE, *Le condizioni generali riprodotte o richiamate nel contratto*, in *Jus*, 1976, p. 80 ss.; A. CATAUDELLA, *Condizioni generali e procedimento di formazione del contratto*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1991. Secondo alcuni (MAR. NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 549 ss.), la contrattazione standardizzata non sarebbe espressione di autonome tecniche di raggiungimento dell'accordo, ma si inscriverebbe come altra tecnica di conclusione del contratto. In argomento: A. ALBANESE, *Poteri del proponente e conclusione del contratto*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 555 ss. Per un approfondimento sul tema si rinvia a A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002; S. PATTI, *L'accordo e la sua formazione*, in Aa.Vv., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p. 180.

[24] *Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile*, n. 612, consultabile in *consiglionazionaleforense.it*.

[25] N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347 ss., spec. 351, osserva come «il contratto per adesione – dove l'una parte ha già parlato e rivolge all'altra un'unica domanda e attende un'unica risposta – inaugura il declino dell'*homo loquens*, e dissolve il dialogo nella solitudine di due decisioni individuali. La tecnologia dell'adesione postula un *testo grafico*, in cui una parte si è per sempre espressa. […] C'è ancora la parola, ma strappata dal dialogo, e resa immobile e statica in un testo grafico, che attende soltanto un sì o un no».

particolare modalità di predisposizione contrattuale, fondata su una contrattazione standardizzata[26], che, tuttavia, impone, in guisa analoga alla fase delle trattative, il rispetto degli obblighi di correttezza e di buona fede[27].

Nell'epoca attuale assistiamo ad un crescente e significativo incremento del fenomeno dell'*e-commerce* che allude all'«insieme delle relazioni negoziali, ovvero delle cc.dd. transazioni commerciali aventi ad oggetto beni o servizi, che si instaurano fra soggetti mediante l'uso di strumenti informatici (cc.dd. acquisti off-line) e telematici (cc.dd. acquisti on-line)»[28].

Il presente contributo intende svolgere una riflessione sulla conclusione del contratto telematico, innestata all'interno della disciplina generale del contratto, in ossequio ad una prospettiva sistematica unitaria[29]. La domanda a cui cercheremo di dare una risposta è se, con l'avvento della contrattazione telematica, si assiste al tramonto del dogma del consensualismo o, come appare più ragionevole e conforme alla realtà delle contrattazioni *on line*, sia corretto affermare che lo scambio telematico ha bisogno di un accordo, sebbene strutturalmente e funzionalmente diverso in ragione del luogo, universo telematico, entro cui si realizza. Nelle contrattazioni telematiche pare corretto muoversi «in coordinamento con la tutela del consenso, vera e sola tutela della libertà, non senza o contro di essa. Si deve anzi riconoscere l'opportunità che questo coordinamento – certamente arduo per l'interprete – avvenga attraverso nuove regole, così come è avvenuto per altre "nuove" forme di contrattazione»[30].

---

[26] M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, p. 3 ss., secondo cui «l'espressione "contratto predisposto" non vuole indicare un'intesa tra le parti di una futura ed eventuale convenzione, ma un modo particolare di giungere alla conclusione del contratto, modo provvisto di regole proprie e di un proprio ambito di applicazione. Nel contratto predisposto si esprime un potere, qui chiamato potere di predisposizione, con il quale il privato mira all'uniformità e alla generalità dei suoi rapporti contrattuali. È potere che appartiene all'autonomia privata, e il cui esercizio trova nella legge limiti e disciplina, particolarmente evidenti nelle condizioni generali di contratti». Osserva G. VERTUCCI, *Contratti* on line *e profili sulla conclusione del contratto*, in *Annali della facoltà giuridica di Camerino*, che «con particolare riferimento alle condizioni generali *on line*, la loro efficacia è subordinata, in applicazione della regola codicistica, alla conoscibilità della stessa da parte dell'aderente. Dunque nel caso in cui le stesse risultino dalla stessa pagina web contenente le restanti condizioni contrattuali, l'onere del predisponente può dirsi assolto e verserebbe in colpa grave l'aderente che omettesse di prenderne visione».

[27] La *Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile*, n. 612.

[28] P. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, in D. Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2004, p. 11.

[29] R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2553 ss.

[30] G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss.

Il contratto telematico richiama le forme di negoziazione cc.dd. *point and click*[31], caratterizzate dal fatto che la volontà vincolante delle parti non è la risultante dello scambio delle relative dichiarazioni, ma la conseguenza della pressione del tasto negoziale virtuale. Da qui una modifica delle modalità di perfezionamento del contratto che incidono sui rapporti di forza fra i contraenti, dovendosi osservare che gran parte del discorso civilistico è costruito sul contratto consensuale[32], e sulle categorie, note del codice civile, di proposta, accettazione, rinuncia e revoca[33].

In ordine alla conclusione del contratto telematico v'è chi, con espressione efficace, ha parlato di «scambi senza accordo», caratterizzati dall'assenza di dialogo fra i contraenti[34], in uno scenario in cui la parola non si scambia tra le parti, anzi si rifiuta la mediazione della parola. Si avvalora l'idea che il sistema di scambio vada verso una rete di rapporti in cui «l'interagire telematico è, appunto, un "agire" tra due, e non un "pensare": *reciprocità di un fare, non di un* "logos"»[35]. L'idea rappresentata dalla tesi degli scambi senza accordo[36] sembra richiamare la figura di rapporti giuridicamente rilevanti, dal contenuto analogo a quello dei contratti, che scaturiscono da fatti non negoziali. Nella riflessione irtiana la *res* si pone al centro dello scambio e prende il posto della parola, «la tecnologia non si lascia governare, ma governa e configura il rapporto»[37].

Siamo, allora, in una condizione di «*disumanizzazione del contratto*», come replica Oppo[38]? Per fornire una risposta occorre guardare alla sostanza delle cose e verificare se nella realtà dei contratti telematici le parti pongono in essere atti idonei a fondare una negoziazione, e se

---

31 Espressione coniata da V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Rimini, 1989, p. 165 ss. «Nelle forme di negoziazione c.dd. point and click nelle quali la trasmissione di volontà non avviene, sia pure informaticamente, tramite lo scambio di dichiarazioni di volontà, ma tramite la partecipazione ad un complesso meccanismo di formazione nel quale ultimo atto pare essere la pressione del tasto negoziale virtuale», così A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, in *Inf. dir.*, 2010, p. 10.

32 Secondo A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in *Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, *Profili generali*, Padova, 1992, p. 5, «fondamentalmente il contratto visto nella logica di coloro che lo pongono in essere, e come strumento di tutela dei loro interessi, si vede anche nella produzione di un *quid novi* come effetto del reciproco adattamento delle rispettive posizioni soggettive».

33 A. VALONGO, *La conclusione del contratto mediante esecuzione nella contrattazione informatica*, in *Vita not.*, 2004, p. 1285.

34 N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 347 ss.; ID., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca*), in *Riv. trim. dir. proc. civ*, 2000, p. 601 ss.

35 N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 358.

36 R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2559.

37 N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 353.

38 G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 525 ss.

il sito telematico «incorpora un'offerta e interessa solo in quanto incorpori un'offerta, "aperta" a una risposta: non semplici informazioni, nel qual caso ha il senso, al più, di un invito ad offrire»[39].

Una risposta generalizzata non può risultare appagante, in quanto «i diversi ambienti digitali e le diverse qualità dei soggetti contraenti possono garantire un rapporto dialogico ed essere idonei a fondare una negoziazione del contenuto dell'accordo che va oltre la scelta dell'utente di accettare o rifiutare la proposta contenuta nel sito *web*»[40]. La peculiarità dell'accordo telematico risiede nell'uso di un mezzo espressivo funzionale al risultato dello scambio, che non si avvale delle parole ma fa ricorso a caratteri o segni convenzionali con cui, tuttavia, si esprime la libertà delle parti di compiere l'atto telematico per realizzare un proprio interesse.

Postulare il declino dell'accordo quale esito di un processo di dissoluzione del rapporto dialettico fra le parti[41], parificando la loro condotta a due separati atti unilaterali, produce conseguenze rilevanti, in quanto solo applicando la disciplina del contratto può essere assicurato al contraente esposto ad offerte ambigue, oscure e capziose, o a condizioni generali occulte, un sistema di tutele adeguate alla realtà della contrattazione.

---

[39] G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*?, cit., p. 529, che osserva come Irti, invece, fa notare che «la parte, che adotta moduli e formulari, rifiuta e nega il dialogo: non fa e non riceve domande, non dà e non attende risposte: o, meglio, fa un'unica domanda e attende un'unica risposta. Essa ha già esaurito la propria dimensione comunicativa, ma, appunto in un'espressione che consuma e annulla il dialogo. L'*aderire non è un risultato dialogico* ma, – come rivela l'ètimo latino – ma soltanto un "rimanere attaccati", un'impossibilità di sciogliersi, un'irreversibilità dell'accaduto».

[40] R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2559.

[41] Osserva C. CAMARDI, *Gli accordi telematici: un nuovo modello di scambio*, in V. Ricciuto e N. Zorzi (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubb. econ*., diretto da F. Galgano, XXVII, Padova, 2002, p. 14, che «da modello neutro disponibile ad accogliere le più semplici come le più sofisticate negoziazioni patrimoniali, il contratto delle reti telematiche appare sempre più come un atto governato da una procedura standardizzata irreversibile, decontestualizzato rispetto al tempo e allo spazio. Un atto, non importa bilaterale o combinazione di due atti unilaterali, comunque lontano da quel concetto di negozio che ha fin qui nutrito le riflessioni del civilista e del teorico del diritto». N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 360, indica lo scambio telematico come il momento che segna «il declino dell'accordo – derivante dalla crisi della parola e del dialogo – dissolve il contratto nella combinazione di due atti unilaterali. […] Le parti dello scambio assumono decisioni che nascono e restano separate: esse non si fondono né disperdono nella sintesi dell'accordo».

Parte della dottrina solleva la questione della possibilità di coniugare la fase delle trattative[42] con la contrattazione telematica[43], in quanto il modello costruito nell'art. 1326 c.c. sulla linea della proposta e dell'accettazione[44], appare difficilmente in grado di coniugarsi con la categoria dei contratti telematici[45]. Le nuove tecnologie si avvalgono di strategie semplificate, per cui contratto e accordo sono, per dir così, circoli intersecantisi[46], posto che il momento essenziale del negozio «non è dato dalla struttura bilaterale e consensuale dell'atto»[47], ma dalla sua idoneità a dar vita ad un vincolo giuridico quale combinazione di offerta al pubblico e di accettazione.

Appare utile richiamare, in argomento, la concezione originaria romanistica secondo cui «le manifestazioni di volontà di due soggetti del negozio giuridico bilaterale […] non erano considerate fuse in un solo atto, ma erano considerate come due congrue dichiarazioni distinte, rivolte da un soggetto all'altro, dichiarazioni fra loro corrispondenti»[48] e convergenti al medesimo scopo.

Lo scenario attuale delinea una realtà dominata dal fenomeno del commercio elettronico, non immaginabile all'epoca della codificazione, ma emerso «solo in seguito ed a cagione dello sviluppo di tecnologie in grado di consentire la comunicazione, e conseguentemente anche la conclusione di affari, a distanza, tra persone lontane, che non si trovano l'una al cospetto dell'altra»[49].

---

42 Secondo A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, cit., p. 14, «spesso il predisponente offre la possibilità di effettuare scelte tra opzioni differenti, scelte guidate telematicamente mediante la compilazione del modulo di adesione. Questo porterebbe a definire "condizioni e preventivi personalizzati»; M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti online tra continuità e innovazione*, in *Dir. inform.*, 2004, p. 805 ss.

43 Sulla configurabilità delle trattative, cfr. F. BRAVO, *Le trattative nei contratti telematici*, in *Contratti*, 2003, p. 739 ss.

44 Si vedano le riflessioni, in argomento, di G. VARANESE, *Leonardo Coviello, Gabriele Faggella e la* culpa in contrahendo, in *AFG-Unicam*, 2021, p. 1 ss.

45 Soluzione positiva è accolta da M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. inform.*, 2004 p. 805 ss.

46 G. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Scritti giuridici varii*, III, rist., Torino, 1926.

47 E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 1, Padova, 1960, p. 68.

48 E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1967, p. 143.

49 A. MUSIO, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione*, cit., p. 226.

Il mutamento delle tecniche contrattuali di conclusione del contratto telematico[50] si spiega in quanto lo strumento informatico incide, in modo funzionale, sul processo di formazione dell'accordo[51]. Tuttavia, è lecito domandarsi se la manifestazione volitiva dell'utente subisce degli effetti in ragione della scarsa capacità di interazione con il proponente e di incidenza reale sul contenuto del regolamento contrattuale.

Lo sviluppo delle nuove tecnologie ha condotto al sempre più diffuso impiego di macchine intelligenti, dotate dell'attitudine a sostituire l'uomo in quelle attività nelle quali, in passato, l'intervento umano era considerato indispensabile, favorendo una progressiva oggettivazione dei rapporti negoziali, tratto caratteristico della contrattazione telematica[52].

Le regole sulla formazione del contratto, di cui agli artt. 1326 ss. c.c., sono pur sempre tributarie dell'epoca in cui sono state redatte, in cui prevalente era il paradigma consensuale di formazione del contratto[53]. In tal senso, non può considerarsi alla medesima stregua degli atti prodromici alla conclusione del contratto[54], la possibilità offerta dal predisponente all'utente di scegliere fra più opzioni, all'interno del relativo modulo di adesione telematico[55].

[50] Si veda, per un quadro generale: A. GEMMA, *L'accordo telematico*, in R. CLARIZIA (a cura di), *I contratti informatici*, in *Tratt. dir. contr.*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2007, p. 237 ss.; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, 2000, p. 57 ss.; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 1 ss.; R. TARICCO, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 201; E. RUGGIERO, *Il contratto telematico*, Napoli, 2003, p. 36; G. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, in D. Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2004, p. 11.

[51] Secondo A. VALONGO, *La conclusione del contratto mediante esecuzione nella contrattazione informatica*, cit., p. 1285, «il contratto telematico non è caratterizzato da una formazione atipica, in quanto il principio consensualistico non risulta affatto superato. Le dichiarazioni informatiche si inquadrano nelle categorie conosciute dal codice civile (proposta, accettazione, rinuncia, revoca, ecc.) e la loro efficacia è quella propria di questi atti. La novità, dunque, non concerne la sostanza, ma soltanto la forma del negozio giuridico».

[52] Per A. STAZIO, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti". Gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino, 2019, p. 45, «l'accordo appare tuttora elemento essenziale del contratto che si forma attraverso le diverse tecniche apprestate dall'ordinamento, sia pure attraverso tecnologie e dinamiche innovative e con connotati e limiti peculiari».

[53] Per AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., p. 6, «il contratto standard riduce i tempi normalmente impiegati per la conclusione dell'accordo, abbatte i costi di negoziazione – ciò che si riflette positivamente sul prezzo dei beni negoziati – e, infine, rappresenta senz'altro una puntuale applicazione del più ampio principio di uguaglianza: tutti i clienti sono uguali davanti alle condizioni generali di contratto, così come tutti i cittadini sono uguali dinnanzi alla legge (art. 3 Cost.)».

[54] Sulla configurabilità delle trattative, cfr. F. BRAVO, *Le trattative nei contratti telematici*, in *Contratti*, 2003, p. 739 ss.

[55] R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2558.

Ulteriore profilo problematico attiene all'individuazione del momento di perfezionamento del vincolo contrattuale. Sotto il profilo della qualificazione giuridica, l'offerta telematica è stata considerata ora in termini di proposta[56], ora di invito ad offrire[57], ma sempre muovendosi nella cornice dell'accordo, anche se vi è chi, prendendo le mosse dall'art. 1333 c.c., costruito in funzione di atto unilaterale di autonomia, colloca l'offerta entro la figura dei negozi unilaterali[58], affermando l'autosufficienza della predisposizione dichiarativa e materiale che non sia ostacolata dall'oblato[59].

In guisa analoga al contratto di diritto comune, l'offerta telematica[60] può assumere la forma dell'invito ad offrire[61], quando la dichiarazione dell'utente integra una proposta, semplice o irrevocabile, che può essere accettata o meno dall'oblato secondo il suo gradimento[62]. Le peculiarità delle contrattazioni telematiche possono integrare un'ipotesi di conclusione del contratto mediante inizio di esecuzione, in cui la condotta dell'oblato è da intendersi come comportamento concludente, ed «il dialogo non solo non è richiesto ma manca nelle ipotesi tipiche dell'art. 1327 (conclusione, "prima della risposta", con l'esecuzione)»[63]. L'art. 1327 c.c. costituisce un temperamento ai principi dell'art. 1326 c.c. sulla conclusione del contratto e prevede che, ove la prestazione per richiesta del proponente o per la natura dell'affare o

56 G. DE NOVA, *Un contratto di consumo via Internet*, in *Contratti*, 1999, p. 113 ss.

57 In guisa chiara già A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, cit., p. 5, secondo cui gli elementi del negozio automatico e nell'esposizione dell'automa «possa vedersi o un invito a fare offerte, o una promessa al pubblico (*Auslobung*) o una vera e propria offerta».

58 C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 157 ss.

59 M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, cit., p. 1 ss.

60 Per P. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, in *Manuale di diritto dell'informatica* a cura di Valentino, Napoli, 2004, p. 25, «sarà compito dell'interprete valutare nel caso concreto se la "trattativa" in questione sia stata fittizia o se, invece, il consumatore abbia scelto, ad es., alla stregua della c.d. imprevedibilità dell'agire, tra una pluralità di soluzioni o clausole possibili, al punto da precludere la possibilità di soluzioni diverse e la negoziabilità di soluzioni contrarie».

61 T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, cit. p. 120; S. GIOVA, *Qualificazione dell'offerta in Internet: offerta al pubblico o invito ad offrire*?, in S. Sica e P. Stanzione (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 110 ss. «É noto, infatti, che la distinzione tra proposta ed invito ad offrire assume rilievo in merito al procedimento formativo del contratto laddove se la proposta è incompleta viene qualificata come invito ad offrire con l'effetto di invertire la posizione dei contraenti: colui che aderisce all'invito assume la veste di proponente e, pertanto, sarà necessaria una manifestazione di volontà dell'altra parte al fine del perfezionamento», così per A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, cit., p. 15.

62 R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2562.

63 Per E. DAMIANI, *Note in tema di conclusione del contratto mediante sistemi automatici (spunti per una rilettura della tesi di Antonio Cicu)*, cit., p. 758, la questione circa l'applicabilità dell'art. 1327 al contratto telematico «è molto controversa, ma sembra da ultimo che si sia affermato l'orientamento che ammette l'applicazione di tale procedimento anche al contratto *on line*».

secondo gli usi debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto si intende concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione.

Molto frequente, nella prassi del commercio elettronico, è la manifestazione del consenso mediante la pressione sul tasto negoziale (c.d. *point and click*), a cui si associa la richiesta di invio degli estremi della carta di credito che può assumere una doppia funzione, di accettazione nonché di pagamento[64]. Efficacemente si è parlato di schema di conclusione leggero[65], anche se occorre domandarsi se l'invio degli estremi identificativi della carta di credito integri effettivamente l'inizio dell'esecuzione di cui all'art. 1327 c.c. Secondo alcuni, la comunicazione dei dati della carta di credito integrerebbe un atto a carattere solutorio[66] ed esecutivo, mentre altri propendono per una soluzione negativa, in quanto non necessariamente può essere considerato quale inizio dell'esecuzione del contratto l'avere comunicato i dati presenti nella carta di credito[67]. Vi è chi qualifica la conclusione del contratto telematico come una fattispecie a struttura complessa, dove la conclusione dell'accordo costituisce un «fatto che, in combinazione con altri elementi, produrrebbe definitivamente l'effetto dell'acquisto»[68].

Lo schema più frequente per la conclusione dell'accordo telematico è quello che richiama la figura dell'offerta al pubblico, di cui all'art. 1336 c.c. «Il carattere della completezza e della volontà di vincolarsi dell'agente costituiscono i presupposti, l'esistenza dei quali supportano la soluzione della proposta che, essendo diretta ad una massa indefinita di soggetti, viene qualificata come offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 c.c.»[69]. Ai fini della validità dello schema dell'offerta al pubblico, occorre che la proposta sia fatta con l'intenzione di

64 R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2565, secondo cui l'adiacenza temporale delle fasi formativa ed esecutiva resta sul piano meramente materiale, così che il pagamento tramite carta di credito e download si collocano nell'area esecutiva. In sostanza, la conclusione del contratto telematico può seguire secondo modalità multiformi entro un vero e proprio procedimento costituito da fasi ordinate aventi uno stretto collegamento».

65 A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, cit., p. 74 ss.

66 A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit., p. 141 ss.; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, cit., p. 89.

67 F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, cit., p. 86.

68 Una fattispecie complessa in cui «si inserirebbe un contratto che assumerebbe una valenza meramente esterna e che andrebbe qualificato come fatto, cui andrebbero ad aggiungersi gli altri elementi, indispensabili perché si completi in modo compiuto l'iter di conclusione del contratto con accesso al sito», (L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in internet*, Napoli, 2005, p. 140).

69 R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2559.

vincolarsi per l'accettazione e sia indifferente per il proponente la persona che accetterà[70]. «Nell'ipotesi di proposta commerciale diretta ad una pluralità indistinta di soggetti, essa può assumere la forma della proposta qualora contenga gli estremi essenziali del contratto da concludere. All'opposto, la proposta può assumere la forma del semplice invito ad offrire quando la dichiarazione non è completa nei requisiti essenziali»[71].

Lo schema codicistico disciplinato dall'art. 1326 c.c. concerne la contrattazione individualizzata tra soggetti determinati. Da ciò discende che solo nel caso di offerta al pubblico, la semplice accettazione dell'offerta porta alla conclusione del contratto, anche se occorre considerare che si tratta, pur sempre, di conclusione del contratto tra soggetti distanti[72]. Ciò implica di coordinare il principio di cognizione, accolto dall'art. 1326 comma 1 c.c., con la regola contenuta nell'art 1335 c.c. fondata su una presunzione relativa di conoscenza[73]. «Il procedimento di conclusione del contratto telematico oscilla, insomma, dalla semplice combinazione proposta/accettazione, alla sequenza più complessa invito ad offrire/proposta (con la variante della proposta irrevocabile/accettazione), secondo i concreti interessi perseguiti dai soggetti interessati nel corso del procedimento di formazione contrattuale»[74].

Sotto il profilo della disciplina, il formante legale (*ex* art. 13, comma 1, d.lgs. n. 70/2003) ha espressamente riconosciuto l'applicabilità all'*e-commerce* delle norme codicistiche in tema di formazione del contratto[75], onde poter garantire coerenza sistematica e uniformità applicativa alla materia, tenendo conto della peculiarità dei contratti telematici[76].

---

[70] A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, cit., p. 16.

[71] R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2562.

[72] M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti online tra continuità e innovazione*, cit., p. 826.

[73] Secondo R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2563, «nel caso di accordo telematico, […] l'accordo è concluso nel momento in cui la dichiarazione di accettazione dell'oblato sia pervenuto all'indirizzo elettronico del proponente, il quale ha l'onere di verificare la presenza di e-mail sul proprio computer».

[74] R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2560.

[75] In ossequio all'art. 13 comma 1, del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, attuativo della Direttiva 2000/31/CE, gli schemi della conclusione del contratto debbono essere ricondotti entro le regole civilistiche di diritto interno. F. DELFINI, *Il d.lgs. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico*, in *Contratti*, 2003, p. 1062 ss. In senso adesivo, A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, cit., p. 13, che pur riconoscendo, alla luce del dato legale, l'applicabilità alla contrattazione telematica delle norme del codice civile, fa notare che «il legislatore, tuttavia, non ha affrontato il problema della definizione del momento di perfezionamento dell'accordo».

[76] R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2660, secondo cui «le norme contenute negli artt. 12 e 13 del d.lg. n. 70 del 2003 risultano importanti per la conclusione del contratto telematico, perché riguardano la fase informativa che precede la stipula del contratto nonché il momento delicato dell'inoltro dell'ordine mediante internet».

4. *Il contratto concluso* par voie électronique

Con l'*ordonnance* 2016-131 del 10 febbraio 2016[77], di riforma del diritto dei contratti, della disciplina generale e della prova delle obbligazioni, la Francia ammoderna l'edificio codificatorio che, per ben più di due secoli, ha resistito alle temperie del tempo, salvo qualche rara eccezione, fra cui la disciplina del contratto elettronico[78].

Fra le novità di rilievo spicca l'inserimento della parte dedicata alla formazione del contratto, costruito lungo le direttrici principali elaborate, nel corso del tempo, dal formante giurisprudenziale[79].

Nel *Code civil* del 1804, come del resto era avvenuto nel nostro codice civile del 1865, la conclusione del contratto non era stata disciplinata. La riforma del 2016[80] ha colmato la lacuna normativa in tema di formazione del contratto[81], con le disposizioni contenute nella sotto-sezione denominata «*L'offre et l'acceptation*» (artt. 1113-1122), ove viene enfatizzato il legame tra l'accordo, specchio della volontà, ("*accord de volonté entre deux ou plusieurs parties*") e gli effetti ("*destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*")[82]. La nuova normativa

[77] Disponibile su *www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016*. La riforma è stata introdotta con *Loi* n. 2018-287. In argomento, *ex multis*, M. MEKKI, *L'ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - le volet droit des contrats: l'art de refaire sans défaire*, in *Dalloz*, 2016, p. 494 ss.; A. BÉNABENT, L. AYNÈS, *Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général*, in *Dalloz*, 2016, p. 434 ss.; sul contesto e le ragioni della riforma, Y. LEQUETTE, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats*, in *Revue des Contrats*, 2015, p. 616 ss.

[78] Sostenitore convinto della necessità dell'intervento di riforma, D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss., per cui: «Il diritto francese dei contratti abbisognava quindi di essere riformato in quanto il nostro ambiente è profondamente mutato. Nell'epoca della mondializzazione, della globalizzazione, dell'armonizzazione europea del diritto dei contratti, il nostro codice ed il nostro diritto quali esistono oggi, a causa delle vicissitudini che li investono, costituisce un ostacolo alla circolazione del diritto francese il quale non è più in grado di affrontare con successo la concorrenza dei diritti nonché dei codici europei di cui si sono dotati i Paesi vicini, più moderni e maggiormente innovativi».

[79] D. DI SABATO, *La formazione dell'accordo nel diritto francese rinnovato*, in *Riv. dir. impr.*, 2019, p. 405 ss.

[80] La riforma del diritto dei contratti è stata introdotta con la *Loi* n. 2018-287.

[81] D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte?*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1080, secondo cui «va evidenziata la formidabile opera di rinnovamento realizzata, da diversi decenni, dalla Corte di cassazione, che ha davvero trasfigurato il nostro diritto dei contratti. La Corte ha in effetti impresso la sua impronta indelebile su tutte le note della scala contrattuale, e non è solo una fase della vicenda contrattuale quella che ha arricchito. Basti pensare alla disciplina della formazione del contratto».

[82] L. KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un* atelier *per il diritto codificato?*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, p. 1543 ss.; FRANCESCA BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 627 ss.; L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del* code civil: l'ordonnance *n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. impr. Eur.*, 2016, p. 311

dedica due articoli alla revoca (*retractation*) della proposta (definita all'art. 1114 *code civil*), mentre l'art. 1115 *code civil* stabilisce che la proposta può essere liberamente revocata fino al momento in cui perviene al destinatario[83].

L'apporto fondamentale della giurisprudenza della *Cour de Cassation* in tema di formazione del contratto[84] si salda con l'idea, che ha animato l'intervento riformatore, fondata sulla necessità di promuovere gli scambi economici garantendone certezza, libertà ed efficienza.

Significativo è l'ingresso della figura del contratto per adesione[85] con cui si supera il mito della parità fra i contraenti, e si apre alla figura del contratto le cui condizioni generali non sono state negoziate e sono state determinate unilateralmente da parte del predisponente. Così, «la libertà diviene unilaterale ed è confiscata da parte di colui che redige unilateralmente il contratto»[86].

La comparsa sulla scena giuridica delle nuove tecnologie e del commercio elettronico[87] ha condotto il formante legale a regolarne la disciplina, adattando il diritto dei contratti alle

[83] A.M. BENDETTI e F.P. PATTI, *La revoca della proposta: atto finale? La regola migliore tra storia e comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1293 ss.

[84] D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte?*, cit., p. 10800, secondo cui «essenzialmente saranno le regole che la Corte di cassazione ha creato da diversi decenni a proposito delle trattative, degli obblighi informativi, della proposta, dell'accettazione e del tempo della conclusione del contratto, che acquisiranno presto cittadinanza nel *Code civil*. L'alchimia che trasforma un incontro di volontà in un vincolo contrattuale obbligatorio sarà d'ora innanzi descritta dettagliatamente nel *Code*, al pari di tutte le regole che lo incorniciano, della cui cosa è dato rallegrarsi se si pensa al contenzioso che ingenera questa fase della vicenda contrattuale».

[85] PH. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, 2018, p. 267 ss., rivelano che l'*ordonnance* del 10 febbraio 2016 ha introdotto nel *Code civil* la categoria dei contratti per adesione (art. 1110).

[86] Secondo D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte?*, cit., p. 444, nel contratto per adesione «uno dei contraenti non ha altra scelta che aderire al contratto confezionato dal suo *partner*». F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Paris, 2018, p. 31 ss., con riferimento all'intervento novellatore del *Code civil* sulla conclusione del contratto, osserva che si è passati «du silence de 1804 à la prolixité de 2016. Le Code civil de 1804 était resté muet sur le rapprochement (négociation) et la rencontre (accord) des volontés. […] Le caractère extrêmement détaillé des règles nouvelles invite à se demander s'il n'était pas possible de trouver un juste milieu ente le défaut et l'excès».

[87] In Francia la direttiva sul commercio elettronico del 2001 è stata attuata con *Loi* 21 *juin* 2004, e modificata con *ordonnance* 16 juin 2005. Lo sviluppo delle tecniche di comunicazione ha posto la questione del luogo e del momento di formazione del contratto a distanza che, a livello europeo, è stata disciplinato dalla direttiva sul commercio elettronico, a tenore della quale è necessario che il proponente dia notizia all'oblato dell'avvenuta ricezione dell'accettazione, onde assicurare una completa informazione per il destinatario della proposta.

esigenze delle nuove contrattazioni, dapprima con la legge del 2004[88], modificata successivamente dall'*ordonnance* 16 giugno 2005[89], disciplina poi trasfusa nella novella del 2016, agli artt. 1125-1127-6 del *code civil*[90].

In seno alla nuova disciplina introdotta con l'*ordonnance* n. 2016-131, vi è una parte espressamente dedicata al contratto concluso per via elettronica. La sezione si apre con l'art. 1125 *Code civil*[91], a tenore del quale «*la voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des stipulations contractuelles ou des informations sur des biens ou services*».

In particolare, l'art. 1127-1, secondo comma, *code civil* specifica che il proponente si vincola alla proposta inviata per via elettronica, e l'autore dell'offerta è tenuto ad indicare all'oblato le differenti tappe da seguire onde concludere il contratto per via elettronica, nonché i mezzi tecnici che permettano al destinatario dell'offerta, prima della conclusione del contratto, di individuare eventuali errori commessi e di correggerli, informandolo inoltre sulle modalità di archiviazione e di conservazione del testo contrattuale e sulle condizioni di accesso al contratto archiviato[92].

Il principio del c.d. *double-clic* è consacrato dall'art. l'art. 1127-2 *code civil*, a tenore del quale il contratto non si intende validamente concluso se il destinatario dell'offerta non abbia potuto verificare, in modo dettagliato, l'ordine e il prezzo totale, onde poter effettuare eventuali interventi correttivi, in caso di errore, prima di esprimere la sua accettazione definitiva.

---

[88] *Loi* 4 *juin* 2004, denominata «*Loi pour la confiance dans l'économie numérique*».

[89] *Ordonnance* 16 *juin* 2005 di attuazione della direttiva 8 *juin* 2000, che ha aggiunto gli articoli 1125-1127-6, nell'ottica di garantire la sicurezza del commercio elettronico. A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Paris, 2019, p. 42, che utilizza la dicotomia *contrat traditionnel* e *contrat électronique.*

[90] In guisa generale, sulla riforma francese del diritto dei contratti, F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, *Il nuovo diritto francese dei contratti*, Torino, 2021, p. 159, secondo cui «Contrariamente al *Code civil*, che non conteneva alcuna disposizione relativa alla proposta (*offre*) e all'accettazione (*acceptation*) lasciando alla giurisprudenza il compito di elaborare il diritto applicabile, l'*ordonnance* consacra diversi articoli al procedimento di conclusione del contratto».

[91] Art. 1125 code civil, «La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des stipulations contractuelles ou des informations sur des biens ou services». Art. 1326 code civil «Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen».

[92] «Peculiare rilievo va dato all'introduzione di specifiche disposizioni dedicate agli obblighi informativi e alle modalità di attuazione in riferimento ai contratti conclusi via internet dagli artt. 1125-1127 *Code civil* le quali riproducono sostanzialmente il contenuto della direttiva sul commercio elettronico senza introdurre novità di rilievo», D. DI SABATO, *La formazione dell'accordo nel diritto francese rinnovato*, cit., p. 422.

Per dare sicurezza alla contrattazione telematica il legislatore francese ha scelto la regola della ricezione. In tal senso, l'art. 1127-2, al. 3 *code civil* precisa che l'ordine e la conferma dell'accettazione della proposta si considerano avvenute dal momento in cui le parti a cui sono indirizzate possono averne conoscenza. Non è più allora il sistema dell'emissione ma quello della ricezione ad essere consacrato[93].

Peculiare rilievo va dato all'introduzione di specifiche disposizioni dedicate agli obblighi informativi, in riferimento ai contratti conclusi via *internet*, dagli artt. 1125-1127 *code civil* che, pur se riproducono sostanzialmente i contenuti della direttiva europea sul commercio elettronico, si saldano con i nuovi principi e valori consacrati dall'intervento novellatore che, in tema di formazione dell'accordo, si prefigge l'obiettivo di assicurare la certezza dei traffici giuridici e la serietà delle dichiarazioni negoziali, in una prospettiva di tutela dell'affidamento come limite ragionevole alla pura espressione dell'autonomia.

5. *Conclusioni*

Nella discussione sulla struttura giuridica degli «scambi di mercato» possono individuarsi due orientamenti: uno che tende alla "oggettivazione" dello scambio, l'altro che cerca di inserirlo nella tradizionale logica consensualistica. La posizione che, nel diritto dei contratti, spetta ai contratti telematici non si può classificare in termini di rapporto di genere a specie, e ciò trova conferma anche nel formante legale che ha statuito l'espressa applicabilità alla contrattazione telematica delle regole generali sul contratto.

«Il contratto conserva pur sempre il suo significato, e la sola ipotesi di una sua scomparsa dai fondamentali rapporti della vita associata avrebbe il significato di rinuncia a considerare la libertà alla base dei rapporti umani. La volontà dei soggetti, che si ritrova a giustificazione e quindi - direttamente o indirettamente - all'origine delle continue trasformazioni dei rapporti, nell'uno e nell'altro polo, ha sempre un suo significato essenziale»[94]. Più che discutere di una riconcettualizzazione del diritto dei contratti, che si adatti all'evoluzione tecnologica, risulta corretto porre il contratto telematico in seno alla disciplina generale dei contratti, adottando una metodologia attenta all'analisi e al confronto strutturale e funzionale tra

[93] F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 12e ed., Paris, 2019, p. 260.
[94] A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, cit., p. 4.

le due fattispecie, e improntata ad una visione sistematica unitaria. La descrizione degli schemi procedimentali adoperati e predisposti dagli operatori professionali nel mondo telematico mette, tuttavia, in evidenza un problema generale circa la loro autonomia rispetto agli omologhi disciplinati in sede di diritto comune[95].

Nel discutere di accordo ancora attuale appare l'insegnamento di Gorla[96] secondo cui la formazione del contratto è terreno nel quale le norme esprimono scelte che proteggono interessi, ora del proponente, ora dell'oblato, disegnando un equilibrio di «pesi e contrappesi». L'interesse ad un commercio spedito e sicuro è un'esigenza particolarmente avvertita in un mondo, quale quello delle contrattazioni telematiche, ove il rischio di condotte abusive o scorrette può essere particolarmente alto.

La riflessione che si è inteso porre in essere si può compendiare con l'idea che gli scambi telematici non possano considerarsi una fattispecie in cui vi è un *contrahere* senza *consentire*[97]. Rovesciando la prospettiva, nel contratto telematico si ha «un *contrahere* il quale possa risultare o da un *consentire* o da una diversa tecnica di incontro delle due decisioni»[98].

Il contratto e l'accordo, letti nella dimensione delle nuove tecnologie, avvalorano ancora più l'idea che «il contratto conserva pur sempre il suo significato, e la sola ipotesi di una sua scomparsa dai fondamentali rapporti della vita associata avrebbe il significato di rinuncia a considerare la libertà alla base dei rapporti umani. La volontà dei soggetti, che si ritrova a giustificazione e quindi – direttamente o indirettamente – all'origine delle continue trasformazioni dei rapporti, nell'uno e nell'altro polo, ha sempre un suo significato essenziale»[99].

Il giurista è chiamato, come ci ricorda Irti[100], a descrivere i fenomeni che, se letti nella dimensione dello scambio telematico, aprono la stura a nuove tecniche conformatrici del

---

95 «La disposizione dell'art. 13 d.lg. n. 70 del 2003 è chiara nell'individuare un legame con la disciplina del contratto in generale allocata nel codice civile», R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2568.

96 G. GORLA, *«Ratio decidendi», principio di diritto e «obiter dictum». A proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell'offerta contrattuale*, in *Foro it*., 1965, V, c. 89; ID., *La «logica-illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ*., 1966, I, p. 255 ss.

97 G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 527, nella replica a Natalino Irti, osserva che «un qualche dialogo, certo non qualificante ma neanche irrilevante e meno che mai "sperpero irrazionale" può esservi anche negli scambi che consideriamo: […]anche un qualche dialogo con il predisponente i messaggi telematici (non, come pure si è detto, "con il calcolatore") attraverso richieste (e risposte) informatiche su qualità, prezzi, specie delle merci offerte».

98 N. IRTI, «*E' vero, ma ...*» (*Replica a Giorgio Oppo*), cit., p. 277.

99 A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, cit., p. 4.

100 N. IRTI, «*E' vero, ma ...*» (*Replica a Giorgio Oppo*), in *Riv. dir. civ*., 1999, I, p. 273 ss.

rapporto in cui si manifesta un nuovo modo di esercizio dell'autonomia privata ed un modo diverso in cui si conforma la volontà negoziale.

Abstract

La fisonomia del contratto telematico e la sua formazione impongono di valutare l'impatto sul diritto dei contratti e preferire, per ragioni di coerenza sistematica, un'interpretazione del contratto telematico in seno alla disciplina codicistica, al fine di garantire un quadro disciplinare ed applicativo coerente e supportato da una solida base normativa.

Abstract

The nature of the telematic contract and its formation requires evaluating the impact on contact law and preferring, for reasons of systematic coherence, an interpretation on telematic contract the codicistic discipline, in order guarantee a coherent disciplinary and application framework and supported by a solid regulatory basis.

Camerino, dicembre 2021.

JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI[*]

Retour sur l'article 1382 du code Napoléon[**]

Sommaire : I. Que dit l'article 1382? - II. Où est passée la faute intentionnelle?

Le code Napoléon désigne, comme chacun sait, ce qui fut originellement le «code civil des Français», adopté en France en 1804 à l'initiative de Napoléon Bonaparte. Après avoir été un temps imposé à une bonne partie de l'Europe par le vainqueur d'Austerlitz, il est resté jusqu'aujourd'hui le code civil de la France, de la Belgique et du Luxembourg. La continuité du contenant – le code – ne doit cependant pas masquer l'évolution, pour ne pas dire le bouleversement, du contenu – les dispositions qu'il contient. Le phénomène est ancien en ce qui concerne le droit des personnes et de la famille, auquel est consacré le livre I[er] du code Napoléon et qui a été évidemment profondément remanié (et à plusieurs reprises!) dans chacun de ces trois pays depuis 1804, au point qu'il est difficile d'y trouver une seule disposition d'origine, du moins en France[1]. En revanche, le droit des biens (dont il est question dans le livre II du code Napoléon) et le droit des obligations (qui occupe une bonne partie du livre III) sont longtemps demeurés épargné par le législateur. Jusqu'à tout récemment, la France, la Belgique et le Luxembourg ont donc été régis dans ces matières par des dispositions législatives datant du début du 19[ème] siècle, et même plus anciennes si l'on prend en compte le fait qu'un certain nombre d'entre elles sont une reprise pratiquement au mot près de textes

[*] *Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas.*
[**] *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*
[1] Outre les articles 11, 14 et 15 du code civil, qui traitent de la jouissance des droits civils par les citoyens français et étrangers, il semble que demeure seul inchangé depuis 1804 l'article 371, qui dispose: «L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère».

antérieurs[2]. Cela ne veut toutefois pas dire que le droit soit demeuré inchangé durant deux siècles. On sait à cet égard le rôle décisif joué par la jurisprudence, notamment en France, pour faire évoluer le droit des obligations malgré la stabilité des textes, et tout particulièrement dans le domaine de la responsabilité civile.

Les libertés prises par les juges avec le code (d'ailleurs favorisées par le caractère très général, pour ne pas dire vagues, de certaines de ses dispositions) ont certainement contribué à protéger celui-ci, en dispensant le législateur d'avoir à intervenir pour l'adapter à l'évolution de la société. L'écart entre les textes et le droit ne pouvait toutefois s'accroître indéfiniment. Une réforme en profondeur des parties du code civil demeurées pratiquement inchangées depuis 1804, et du droit des obligations, dont le besoin avait déjà été évoqué lors de la célébration du centenaire du code Napoléon, a fini par être mise à l'ordre du jour. Le processus a été lancé lors de la célébration du bicentenaire du code, en 2004, et a abouti, plus de dix ans après, à l'adoption en France de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations[3]. Une partie essentielle du droit des obligations, à savoir le droit commun des contrats et les règles communes à toutes les obligations (ce que les juristes français nomment le régime de l'obligation) a ainsi fait l'objet d'un *aggiornamento*. Et ce n'est qu'un début. En Belgique, un nouveau code civil est officiellement entré en vigueur le 1er novembre 2020. Il ne contenait initialement que des dispositions relatives à la preuve, les articles de ce qui est devenu l'ancien code civil demeurant pour le reste applicable. Le 1er septembre 2021, cependant, le titre du nouveau code civil belge relatif au droit des biens est entré en vigueur, renvoyant les dispositions du code Napoléon en la matière aux manuels d'histoire du droit. Un projet de réforme des droits des obligations a par ailleurs été élaboré, mais qui n'a pas encore été discuté par le parlement belge. Au Luxembourg, le processus de réforme du code civil a été officiellement lancé au printemps 2021. En France même, la réforme du droit des obligations n'est pas achevée. Il est en effet prévu de réformer aussi les dispositions du Code relatives à la responsabilité civile

[2] C'est particulièrement vrai en droit des contrats, où de nombreuses dispositions du code Napoléon sont recopiées du *Traité des obligations* de Pothier.
[3] Sur laquelle v. notamment J.-S. BORGHETTI, *Le nouveau droit français des contrats, entre continuité et européanisation*, in *Annuario del contratto 2016*, 2017, p. 3.

(contractuelle et délictuelle) et aux contrats spéciaux (c'est-à-dire les différents contrats particuliers dont les règles sont fixées par le code civil, comme par exemple le contrat de vente).

La responsabilité civile aurait d'ailleurs dû être réformée dans la foulée du droit commun des contrats. Un avant-projet de réforme avait été rendu public par le ministère français de la Justice (également appelé la Chancellerie) en avril 2016 et avait donné lieu à une large consultation. Un projet de réforme, modifié sur la base des contributions reçues lors de la consultation, a été publié en mars 2017 par la Chancellerie. Par la suite, le processus s'est grippé et la réforme semble aujourd'hui au point mort. Elle n'est toutefois pas enterrée. Les services de la Chancellerie ont en effet continué de travailler sur le projet de réforme et, s'il est désormais clair que celui-ci ne sera pas soumis au parlement d'ici la fin du mandat présidentiel d'Emmanuel Macron (en mai 2022), on peut raisonnablement penser que la réforme se fera au cours du prochain quinquennat.

Le cas échéant, il est quasiment certain que disparaîtra la disposition la plus emblématique du droit français de la responsabilité, à savoir l'article 1382 du code Napoléon. D'un strict point de vue formel, cet article a d'ailleurs déjà disparu puisque la renumérotation de certains articles du Code rendue nécessaire par la réforme de 2016 a conduit à ce que les dispositions consacrées à la responsabilité délictuelle, qui formaient jusque-là les articles 1382 et suivants du code Napoléon, deviennent les articles 1240 et suivants. Leur contenu est demeuré inchangé, cependant, et l'article 1240 nouveau du code civil est donc le continuateur fidèle de l'article 1382 ancien. Ses jours paraissent toutefois comptés.

Il y a quelques années, notre collègue Olivier Descamps avait pu comparer pertinemment l'article 1382 du code Napoléon au roseau de la fable de La Fontaine, qui plie mais ne rompt pas[4]. C'était sans compter sur le vent du «progrès», qui est bien parti pour l'arracher. L'article 1382/1240 a en effet été condamné à mort par le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017. La condamnation est, il est vrai, pour le moment comme suspendue, dans l'attente d'une ratification par un parlement qu'accaparent d'autres tâches plus urgentes. Quelle que doive être la durée de cette suspension, cependant, il est pratiquement certain que la condamnation finira par être confirmée et exécutée. Des juristes ont beau proclamer leur

[4] O. DESCAMPS, *Le destin de l'article 1382 ou: de la fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile*, in *Droits*, 2008/1, n° 47, p.23.

attachement à l'ancien article 1382, comme cela a par exemple été le cas lors de son changement de numérotation en 2016, il est évident que la lettre de ce texte ne survivra pas à une réforme du droit de la responsabilité.

Des esprits chagrins diront que notre époque ayant pris en haine tout ce qui relève de la culture dite classique, forcément patriarcale, elle ne saurait tolérer plus longtemps la beauté de la langue de l'article 1382, dont l'élégance a de surcroît le tort de souligner crûment la médiocrité du style législatif contemporain. La raison fondamentale de la disparition inéluctable de l'article 1382 (ou de son épigone, l'article 1240) se trouve cependant ailleurs et tient au fait que plus grand monde ne le lit, ni ne le comprend.

Notre lecteur pourrait à ce stade se sentir offensé. Quoi, il ne comprendrait pas l'article 1382!? Il ne saurait donc pas lire le français ? Rassure-toi, ami lecteur, je ne te prends pas pour un analphabète. Mais relis, je te prie, le texte de l'article, et dis-moi s'il te paraît limpide: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer». La phrase est belle, très belle même, mais que dit-elle vraiment?

Bien sûr, nous savons tous ce que deux siècles de doctrine *font dire* à ce texte et qui pourrait s'exprimer comme suit: celui qui cause un dommage par sa faute doit le réparer. C'est le fameux principe général de responsabilité pour faute, appelé encore parfois à l'étranger clause générale de responsabilité. C'est ce principe qu'entend codifier le projet de réforme de la responsabilité civile, à l'article 1241: «On est responsable du dommage causé par sa faute». Si le choix de recourir en début de phrase au pronom «on» n'est pas des plus heureux, du moins le texte proposé a-t-il le mérite d'être clair et dépourvu d'ambiguïté. Or, tel n'est pas le cas de l'article 1382[5]. Il suffit en effet de prêter un peu attention à ses termes et à son contexte pour se rendre compte de son ambiguïté.

L'étonnant est cependant que cette ambiguïté ne soit jamais évoquée. Tout le monde cite et évoque l'article 1382 comme si son sens était obvie. Le phénomène n'est d'ailleurs pas nouveau, puisque le texte de ce qui allait devenir l'article 1382 a été adopté sans discussion

[5] Ni même de certains des textes proposés pour le remplacer. Sur l'ambiguïté de l'article 1352 du projet Catala, v. J.-S. BORGHETTI, *La définition de la faute dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, in J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER et S. WHITTAKER (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2010, p. 295, p. 311.

par le Conseil d'État et le Corps législatif[6]. Il est vrai que les commentateurs du XIX[e], fidèles en cela à la réputation de l'École de l'exégèse, s'intéressèrent en général aux termes de l'article, et notamment au sens des mots «fait» et «faute»[7]. Ils ne cherchèrent toutefois pas toujours à lever toutes les ambiguïtés du texte[8]. Et au fur et à mesure que le temps a passé, les auteurs se sont de moins en moins intéressés à la lettre de l'article 1382[9]. Les frères Mazeaud sont sans doute les derniers à avoir consacré des développements d'une certaine importance à celle-ci[10]. Les manuels les plus contemporains, parachevant une tendance déjà sensible au XIX[e], consacrent le plus souvent de longs développements à la faute et à ses différents visages, mais c'est à peine s'ils citent le texte de l'article 1382[11]. Toujours évoquée, cette disposition paraît n'être jamais lue, ou du moins rarement. Comme si son sens allait de soi.

Tel n'est pourtant pas le cas; du moins pour l'auteur de ces lignes. Se pourrait-il que celui-ci soit le seul à n'être pas sûr de la signification de l'article 1382, et que tous les autres lecteurs du texte, le trouvant parfaitement clair, n'aient jamais éprouvé le besoin d'en analyser les termes? Pourquoi pas. Après tout, ce ne serait pas la première fois que l'intéressé ne comprendrait pas quelque chose dont d'autres ont d'emblée l'intelligence. En l'espèce, cependant, nous avons la présomption de croire que nous ne sommes pas seul concerné par ce problème de compréhension. Indépendamment du fait qu'il doit bien se trouver quelque part, fût-ce sur le banc le plus reculé d'un amphithéâtre, un esprit malade ou tourmenté qui s'interroge lui aussi sur ce texte, le silence quasi complet de la doctrine récente sur les termes de l'article 1382 a tout de même quelque chose de troublant. Certes, deux siècles d'application jurisprudentielle du droit des obligations ont créé une distance entre le Code et la règle, dont il résulte que l'on s'intéresse plus souvent à la formulation prétorienne ou doctrinale de celle-

6 P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. XIII, 1827, p. 455 et 491.
7 V. p. ex. C.B.M. TOULLIER, *Le Droit civil français, suivant l'ordre du code*, t. 11, 1824, n°116 s.; C. DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention. Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 8, 1882, n° 464 et s.
8 Notamment celle qui porte le sens des pronoms employés dans le texte, sur laquelle v. *infra*.
9 Déjà, en 1872, Sourdat ne paraît plus s'intéresser à la lettre de l'article 1382: A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, 2[e] éd., t. 1, 1872.
10 V. not. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1[er], 6[e] éd., 1965, n° 42 et s.
11 Dans son ouvrage de 590 pages consacré aux sources de la responsabilité, René Savatier réalise ainsi, sauf erreur, le tour de force de ne pas citer le texte de l'article 1382: *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 1: *Les Sources de la responsabilité*, 2[e] éd., 1951, (réimpr. 2016).

ci, qu'à la lettre de la disposition législative qui la fonde[12]. Il n'empêche que les articles les plus célèbres du Code ont en général l'honneur de voir leur lettre analysée, fût-ce superficiellement. La glose de l'article 544 du code civil (qui définit la propriété) par Jean Carbonnier est ainsi célèbre (du moins en France)[13]. Et la notion de «loi» à l'article 1134 (désormais 1103, qui pose le principe de la force obligatoire des contrats) est régulièrement discutée. Or, qui s'intéresse aux termes de l'article 1382? À notre connaissance, personne, du moins depuis fort longtemps.

Cela nous paraît être le signe d'un certain embarras. On peut cependant y voir aussi une forme de pragmatisme. Pourquoi s'embarrasser de la lettre de l'article 1382, puisqu'est clair le sens de la règle que l'on tire de ce texte, ou du moins que l'on y rattache? À quoi bon faire l'exégèse d'un texte bicentenaire, quand c'est le principe de responsabilité pour faute qui seul importe?

À cela, nous répondrons que chacun a droit à ses moulins à vent. Et puis il y a la reconnaissance. L'article 1382 s'apprête à nous quitter, après avoir bien mérité du droit français. À défaut d'être réellement analysé, il est sans doute l'un des articles du Code auquel il est le plus souvent fait référence. Une recherche sommaire sur le site internet *Legifrance*, qui rassemble un très grand nombre de décisions de la Cour de cassation et d'autres juridictions françaises, renvoie ainsi à 36.288 décisions (au 3 septembre 2021) lorsque l'on entre «article 1382 du Code civil» dans le moteur de recherche. C'est moins que les 66.038 décisions annoncées pour l'ancien article 1134, mais beaucoup plus que les 3.422 décisions associées à l'article 544 ou même les 19.590 décisions rattachées à l'ancien article 1147 (relatif aux dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat). Et qui pourrait compter le nombre de fois où, depuis deux siècles, les professeurs, avocats, étudiants et juristes de tout poil ont invoqué l'article 1382, à tort ou à raison, à temps et à contretemps? Lorsque l'on a aussi bien servi, et à la veille de tirer sa révérence, peut-être mérite-t-on de recevoir un peu d'attention.

L'article 1382 nous fait penser à ces vieilles dames que l'on a toujours connues et qui paraissent n'avoir jamais changé, comme si elles étaient nées grands-mères, qui ont toujours

[12] La récente réforme du droit des contrats a bien évidemment changé les choses, comme en témoignent les excellents commentaires article par article du nouveau droit.
[13] J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, 2004, n° 730.

fait preuve d'un dévouement exemplaire, servant et écoutant leur prochain sans jamais parler d'elles ni se plaindre, et dont on s'avise, à la veille de leur mort, qu'elles ont vécu elles aussi, grandi, aimé et souffert, que leur vie ne se réduit pas à ce que nous avons connu ou reçu d'elles, et qu'elles mériteraient que l'on se mette à leur écoute.

Peut-être parce que nous pensons à ces vieilles dames que nous avons connues, mais auxquelles nous n'avons pas su faire assez attention, nous voudrions nous pencher ici sur le texte même de l'article 1382, et nous demander ce qu'il a à dire (I). Comme il se doit pour une vieille dame née il y a plus de deux siècles, cependant, sa voix est devenue bien faible et notre oreille, qui n'a plus la fraîcheur et l'innocence de celle d'un enfant, n'est sans doute pas assez fine pour tout entendre. Il nous semble néanmoins discerner une référence à la faute intentionnelle, qui est d'autant plus intéressante que ce type de faute est aujourd'hui largement ignoré en matière délictuelle. À la veille de franchir l'Achéron, l'article 1382 veut-il nous rendre un ultime service en attirant notre attention sur un angle mort du projet de réforme de la responsabilité civile? (II)

I. *Que dit l'article 1382?*

S'il est permis de s'interroger sur le sens de l'article 1382, c'est que sa syntaxe comme le vocabulaire qu'il emploie sont source d'ambiguïté. Un examen de la lettre de cette illustre disposition permet de s'en convaincre: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer».

La première question qui vient à l'esprit, ou du moins au nôtre, est relative aux deux pronoms «il» et «le». À quoi renvoient-ils? Si l'on trouve quatre mots masculins dans la partie de la phrase qui les précède, seuls deux d'entre eux paraissent pouvoir être le ou les antécédents de ces pronoms: «fait» et «dommage». À supposer que les deux pronoms renvoient au même antécédent, le plus probable est qu'il s'agit du dommage, l'action de réparer s'appliquant d'ordinaire au dommage plutôt qu'à la faute. L'hypothèse d'un renvoi au fait ne peut toutefois être totalement exclue, puisque, lors des débats relatifs aux textes qui allaient devenir les articles 1382 et suivants, Bertrand de Greuille a pu parler de «réparation de la faute»

(et non du dommage)[14]. Par ailleurs, d'un strict point de vue grammatical, le pronom sujet de la relative «par la faute duquel il est arrivé» devrait renvoyer au sujet de la principale (le fait) plutôt qu'à l'objet de celle-ci (le dommage). Si les rédacteurs avaient voulu renvoyer au dommage arrivé par la faute d'un homme, il aurait donc été plus correct de parler de «celui par la faute duquel celui-ci est arrivé». L'argument grammatical a cependant une valeur très relative. Non seulement les règles de grammaire étaient sans doute moins strictes à l'époque qu'elles ne le sont devenues au cours du XIX[e], mais les rédacteurs peuvent aussi avoir voulu éviter la quasi-juxtaposition de «celui» et de «celui-ci», assurément peu élégante. La question de l'antécédent des pronoms est d'autant plus délicate qu'il n'est pas non plus exclu, surtout si la rigueur grammaticale n'était pas le premier souci des rédacteurs du texte, que «il» et «le» aient des antécédents différents, auquel cas le pronom sujet renvoie très certainement au fait et le pronom objet au dommage.

Pour résumer, et si l'on combine les différentes hypothèses qui viennent d'être évoquées, trois interprétations de l'article 1382 sont envisageables. Ce texte peut vouloir dire:

1. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel ce fait est arrivé, à réparer ce fait;

2. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel ce fait est arrivé, à réparer ce dommage;

3. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel ce dommage est arrivé, à réparer ce dommage.

De ces trois interprétations, la première nous paraît la moins vraisemblable. Même s'il ne fait guère de doute que le fait dont il est question au début de l'article 1382 correspond à une faute[15], parler de réparer un fait est encore plus surprenant que de parler de réparer une faute. En outre, si les auteurs avaient voulu parler de la réparation de la faute, il eût été plus simple d'écrire «oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer». Restent donc deux interprétations.

[14] J. BERTRAND DE GREUILLE, *Communication officielle au Tribunat*, in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. XIII, cit., p. 475: «c'est cette faute, qu'on appelle en droit *quasi-délit*, dont il doit réparation».
[15] V. *infra*.

La n° 2 est surprenante en ce qu'elle revient de prime abord à ajouter un élément aux conditions traditionnelles de la responsabilité, en insérant pour ainsi dire le fait entre la faute et le dommage. L'idée est intéressante, car le fait est (si l'on ose dire!) que la faute ne cause pas toujours directement le dommage, mais qu'elle est parfois à l'origine d'un fait intermédiaire, qui est lui-même la cause directe du dommage. C'est par exemple le cas lorsqu'une faute est à l'origine du fait d'une chose, ou encore d'une inexécution contractuelle qui est elle-même cause d'un dommage consécutif. Ainsi interprété, l'article 1382 inciterait donc à distinguer la faute du fait dommageable. Cette distinction ne semble toutefois pas se trouver, ou en tout cas pas clairement, chez les auteurs qui ont inspiré le Code civil. Elle ne paraît pas non plus avoir été évoquée dans les travaux préparatoires du Code. De plus, les articles 1383 et 1384 suggèrent que «fait» doit s'entendre non pas de tout fait, même non fautif ou non précédé d'une faute, mais bien plutôt d'un fait fautif, et même d'une faute intentionnelle[16]. Si l'on s'en tient aux intentions des rédacteurs et du législateur, on ne peut donc pas interpréter l'article 1382 comme distinguant clairement et chronologiquement la faute et le fait (dommageable).

Une interprétation légèrement différente et plus convaincante est cependant possible, qui verrait dans le fait l'acte dommageable, envisagé dans sa matérialité, et dans la faute l'état d'esprit de l'auteur de l'acte, ce que les juristes français ont appelé par la suite l'imputabilité. C'est l'interprétation que semble retenir notamment Demolombe[17]. Elle correspondrait à la manière dont la responsabilité pour faute était parfois conceptualisée à l'époque de l'élaboration du Code civil[18] et se retrouve notamment dans le BGB allemand. Au § 823, alinéa 1er, celui-ci envisage clairement la faute (correspondant à l'intention ou à la négligence) comme se rapportant au seul état d'esprit de l'auteur du dommage, lorsqu'il énonce: «Quiconque, intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illicitement à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui, est tenu à l'égard de celui-ci à réparer le préjudice qui en résulte»[19].

---

[16] V. *infra*.

C. DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention. Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 8, cit., n° 468: «Il faut donc que le fait matériel soit le résultat d'une *faute*. C'est-à-dire qu'il faut, en outre, cette seconde condition, à laquelle nous allons arriver : la *faute*, l'imputabilité. |Cela est d'évidence!»

[18] V.B. WINIGER, *La Responsabilité aquilienne au 19ème siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, 2009, not. p. 75.

[19] Traduction reprise de R. LEGEAIS et al., *Code civil allemand*, *traduction commentée*, 2010.

Cette interprétation est séduisante mais se heurte au constat que, à l'article 1383, le fait est mis sur le même plan que la négligence et l'imprudence[20]. Or, si le fait renvoyait au fait dommageable et la faute à l'état d'esprit de l'auteur, c'est la faute qui devrait être rapprochée de la négligence et de l'imprudence, puisque, dans une telle approche, celles-ci renverraient à l'état d'esprit de l'auteur de l'acte[21]. Accessoirement, les travaux préparatoires ne font référence ni à la distinction du fait dommageable et de la faute, entendue au sens d'imputabilité, ni à la distinction, pourtant classique, de l'illicéité et de la faute, qui implique que la faute renvoie à l'état d'esprit de l'auteur du dommage plutôt qu'à l'acte dommageable[22]. L'interprétation n° 2 ne paraît donc pas pouvoir être retenue, quelle que soit la variante considérée.

L'interprétation n° 3 de l'article 1382 est celle qui pose le moins problème, du point de vue grammatical comme du point de vue du sens du texte. C'est sans doute celle qu'adoptent spontanément ceux qui prennent la peine de lire vraiment l'article, ce qui expliquerait que celui-ci ne leur pose guère de difficulté. Grammaticalement, cette interprétation a pour elle que le mot «dommage» est beaucoup plus proche des deux pronoms que le mot «fait», qui se trouve au tout début de la phrase ; il est donc plus probable que «il» et «le» renvoient à celui-là plutôt qu'à celui-ci. C'est aussi l'interprétation qui confère à l'article 1382 le sens le plus simple, puisqu'elle n'impose pas de distinguer le fait de la faute.

Si l'on adopte cette interprétation – la plus convaincante –, l'article 1382 devrait donc se lire: tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel ce dommage est arrivé, à réparer ce dommage. Cette interprétation fait toutefois surgir de nouvelles questions, qui tiennent à l'emploi du mot «fait».

La première est de savoir si le fait évoqué au début de l'article est autre chose qu'une faute. Quoi qu'aient pu suggérer certains auteurs de la fin du XIX[e] et du début du XX[e][23], une réponse négative s'impose. Il semble en effet à peu près certain que le fait de l'article 1382 ne peut renvoyer qu'à une faute. On comprendrait mal, tout d'abord, que le fait soit distinct de la faute évoquée juste après, ce qui reviendrait à exiger deux causes au dommage: le fait et

[20] V. *infra*.
[21] Cela étant, on ne peut exclure que les rédacteurs de l'article 1382 aient lu dans ce texte une distinction du fait dommage
[22] V. not. le constat de V.B. WINIGER, *La Responsabilité aquilienne au 19ème siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, cit., p. 85 s.
[23] V. sur ce point R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. III, 1923, n°291-292.

la faute. De plus, tous les textes qui ont pu servir d'inspiration à l'article 1382 parlent de responsabilité pour faute[24]. Il existait assurément des cas de responsabilité sans faute avant le code civil, mais personne ne paraît jamais avoir suggéré avant 1804 qu'il pourrait exister un principe général de responsabilité sans faute, purement causale. Les travaux préparatoires du Code attestent en outre qu'il était évident pour toutes les personnes concernées que le Code posait un principe général de responsabilité pour faute[25], ce que confirment tous les premiers commentateurs du Code[26] ainsi les auteurs contemporains qui se sont intéressés de près aux articles 1382 et suivants ainsi qu'à leur origine[27].

Le fait de l'article 1382 est donc nécessairement une faute. Mais pourquoi, alors, parler de fait et non de faute? Ce recours au mot «fait» est doublement surprenant et il est singulier qu'il n'ait pas plus retenu l'attention des auteurs contemporains. La première cause de surprise est que l'emploi de «fait» pour «faute» ne paraît pas refléter un usage courant à l'époque du Code ou avant celle-ci, d'autant que rien n'indique que le mot «fait» ait eu au début du XIX[e] un sens plus étroit qu'aujourd'hui[28]. Les différents projets de Code civil qui se sont succédé avant 1804 parlent ainsi tous de faute, lorsqu'il est question de responsabilité[29]. Un second motif d'étonnement est que le mot «fait» se retrouve aux deux articles suivants. L'article 1383 dispose ainsi: «Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son *fait* [nous soulignons], mais encore par sa négligence ou par son imprudence». Et l'article 1384, alinéa 1[er], énonce: «On est responsable non seulement du dommage que l'on

[24] V. les textes cités par O. DESCAMPS, *Les Origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, Paris, 2005, p. 437 s.; V.B. WINIGER, *La Responsabilité aquilienne au 19ème siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, cit., p. 81 s. Ces deux auteurs, dans leurs études très fouillées sur la responsabilité délictuelle dans le code civil et son origine, n'émettent par ailleurs aucun doute sur le fait que l'article 1382 pose un principe de responsabilité pour faute.

[25] V. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. XIII, cit., p. 450 s.; v. not. les propos de J. BERTRAND DE GREUILLE, *Communication officielle au Tribunat*, cit., p. 474: «Partout où [la loi] aperçoit qu'un citoyen a éprouvé une perte, elle examine s'il a été possible à l'auteur de cette perte de ne pas la causer; et si elle trouve en lui de la légèreté ou de l'imprudence, elle doit le condamner à la réparation du mal qu'il a fait»

[26] V. not. C. DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention. Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 8, cit., n° 468; C.B.M. TOULLIER, *Le Droit civil français, suivant l'ordre du code*, t. 11, cit., n° 118, qui relève cependant que «les premières expressions de cet article, trop générales en apparence, sont sagement limitées par la disposition finale, qui n'oblige à réparer du dommage que celui causé *par la faute duquel il est arrivé*».

[27] V. not. O. DESCAMPS, *Les Origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, cit., p. 437 s.; V.B. WINIGER, *La Responsabilité aquilienne au 19ème siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, cit., p. 81 s.

[28] Le Dictionnaire de l'Académie française de 1835 définit ainsi le fait comme «action, chose faite, ce qu'on fait, ce qu'on a fait».

[29] V. O. DESCAMPS, *Les Origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, cit., p. 437 s.

cause par son propre *fait* [nous soulignons], mais encore de celui qui est causé par le *fait* [nous soulignons] des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde». Là encore, il paraît évident que le mot «fait» ne renvoie pas à n'importe quel fait, au sens ordinaire du terme, mais bien à une faute. Cela se déduit notamment des travaux préparatoires du code civil ainsi que du rapport existant entre l'article 1382 et les deux articles qui suivent.

L'usage surprenant du mot «fait» pour désigner la faute est très certainement inspiré de Domat[30]. L'illustre auteur écrit dans ses *Lois civiles dans leur ordre naturel*: «Toutes les pertes, et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit sçavoir, ou autres fautes semblables, si legeres qu'elles puissent être, doivent être reparées par celuy dont l'imprudence, ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'auroit pas eu intention de nuire. Ainsi celuy qui joüant imprudemment au mail dans un lieu où il pouvoit y avoir du péril pour les passans, vient à blesser quelqu'un, sera tenu du mal qu'il aura causé»[31]. Non seulement ce texte constitue pratiquement la première formulation d'un principe général de responsabilité pour faute par un auteur français[32], mais il paraît avoir directement influencé la rédaction de l'article 1382[33]. La structure redondante de cette disposition, qui parle du fait qui cause le dommage, puis de la faute à l'origine du dommage, reflète celle de la première phrase de l'extrait de Domat qui vient d'être cité[34]. De plus, on retrouve chez Domat l'usage du mot «fait» dans le sens de faute, puisque le «fait de quelque personne» y est défini comme «imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit sçavoir, ou autres fautes semblables».

Il convient cependant de prendre garde que, si Domat a très certainement inspiré le texte de l'article 1382, et en particulier le choix de recourir au mot «fait», il ne s'ensuit pas

[30] Sur l'hypothèse d'une influence de Grotius, v. O. DESCAMPS, *L'Esprit de l'article1382 du Code civil ou de la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle*, in *Droits*, 2005/1, n°45, p. 91, p. 98.
[31] J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 2e éd., t. II, 1697, p. 131.
[32] Le professeur Descamps signale que l'on trouve déjà l'énoncé d'un principe général de responsabilité pour faute dans un coutumier privé, rédigé vraisemblablement à la charnière du XIVème et du XVème par un juriste poitevin, le *Livre des droiz et commandemens d'office de justice*: v. O. DESCAMPS, *La responsabilité dans le Code civil*, in *Histoire de la Justice*, 2009/1, n° 19, p. 291, p. 298.
[33] V. not. en ce sens O. DESCAMPS, *L'Esprit de l'article1382 du Code civil ou de la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle*, cit., p. 99.
[34] Ce faisant, elle contraste notamment avec la formulation beaucoup plus simple du principe de responsabilité pour faute que l'on trouve dans les divers projets de Code civil.

que ce mot ait exactement le même sens chez Domat et dans le Code. Comme on vient de le voir, en effet, le fait correspond chez Domat à la faute, quelle qu'elle soit[35]. Or, la mise en rapport de l'article 1382 avec l'article 1383 suggère que le fait visé dans l'un et l'autre texte n'est pas n'importe quelle faute, mais la faute intentionnelle. En effet, l'article 1383, qui raisonne *a fortiori*, oppose le fait, d'une part, à la négligence et à l'imprudence, d'autre part. Le fait est donc quelque chose de plus grave que la négligence ou l'imprudence; et puisque celles-ci sont déjà des fautes, mais des fautes non intentionnelles, il faut en déduire que le fait de l'article 1382 et de l'article 1383 correspond à la faute intentionnelle[36].

Cette interprétation, qui n'est certes pas nouvelle[37], est corroborée par l'intitulé du chapitre dans lequel étaient insérés les articles 1382 à 1386: *des Délits et Quasi-délits*. Il n'est pas discuté que, pour les auteurs du code civil[38], héritiers sur ce point de Pothier[39], le délit civil correspond à la faute intentionnelle, et le quasi-délit à la faute non intentionnelle[40]. Le Code se démarque sur ce point de Domat, pour qui le délit relève du droit pénal et qui n'envisage dans les *Lois civiles*, et en particulier dans le passage cité plus haut, que les «dommages causez par des fautes qui ne vont pas à un crime, ni à un délit». Les auteurs du Code se sont donc inspirés de Domat pour rédiger l'article 1382, mais ils ont changé le sens que ce dernier donnait au mot «fait»: alors que celui-ci désignait pour l'auteur clermontois toute faute (civile), il ne désigne plus à l'article 1382 que la faute intentionnelle. Cela permet du même coup de créer un balancement entre les articles 1382 et 1383, qui fait écho à l'intitulé du chapitre[41]: l'article 1382 correspond à la responsabilité pour faute intentionnelle, c'est-à-dire au délit

35 V. en ce sens O. DESCAMPS, *La responsabilité dans le Code civil*, cit., p. 302.
36 V. déjà en ce sens H. LALOU, *La Responsabilité civile*, 2e éd., 1932, n° 124; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1er, cit., n° 47.
37 V. not. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1er, cit., n° 47.
38 V. not. J. BERTRAND DE GREUILLE, *Communication officielle au Tribunat*, cit., p. 474.
39 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, 1770, t. 1, n° 116: «On appelle *délit* le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre. | Le *quasi-délit* est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre ».
40 V. not. E. DESCHEEMAEKER, *La dualité des torts en droit français. Délits, quasi-délits et la notion de faute*, in *RTD civ.*, 2010, p. 435, p. 440 s.
41 Il faut souligner que le parallélisme entre l'intitulé du chapitre et les deux articles 1382 et 1383 s'est trouvé encore accentué par la suppression, lors de l'élaboration du Code, des deux articles qui figuraient initialement entre les futurs articles 1382 et 1383 et reprenaient l'ancienne action *de effusis et dejectis*.

civil, au sens que donnent à ce mot Pothier et les auteurs du Code; tandis que l'article 1383 correspond à la faute non intentionnelle, c'est-à-dire au quasi-délit civil[42].

En définitive, et si l'on veut éviter les ambiguïtés qui résultent à l'article 1382 de l'usage du mot «fait» et des pronoms «il» et «le», il semble possible de reformuler cette disposition comme suit : toute faute intentionnelle de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel ce dommage est arrivé, à réparer ce dommage.

Le peu d'originalité de notre conclusion pourra faire douter de l'intérêt de notre enquête. En nous penchant sur les termes précis de l'article 1382, cependant, nous n'avions pas la naïveté de prétendre ou espérer découvrir des choses qui seraient demeurées cachées depuis 1804. Notre intention était simplement de prendre au sérieux les termes de l'article 1382 et de tenter d'en dissiper les ambiguïtés, sans prendre pour argent comptant ce que la doctrine dit d'ordinaire de ce texte. Modeste Thomas du droit, nous avions besoin d'avoir le cœur net sur le sens de cet article et de juger par nous-même. Par-delà le bénéfice intime que nous avons pu tirer de cette thérapie exégétique, ce retour à la lettre du texte a le mérite de mettre en lumière la figure de la faute intentionnelle. Or, celle-ci paraît aujourd'hui presqu'ignorée, sinon oubliée.

II. *Où est passée la faute intentionnelle*?

Par un paradoxe singulier, la faute intentionnelle, qui est donc spécifiquement visée par l'article 1382 du code civil, se trouve aujourd'hui très largement ignorée par le droit de la responsabilité délictuelle. Si cette faute retient encore l'attention en matière contractuelle, en raison de ses effets sur les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, elle n'est pratiquement pas évoquée lorsqu'il est question de responsabilité délictuelle, sinon pour signaler qu'elle tient l'assurance de responsabilité en échec. Il y a 70 ans, déjà, Albert Rabut réussissait le tour de force de consacrer une thèse entière à la notion de faute civile en ne mentionnant

[42] V. not. en ce sens O. DESCAMPS, *La responsabilité dans le Code civil*, cit., p. 302.; O. DESCAMPS, *L'Esprit de l'article1382 du Code civil ou de la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle*, cit., p. 100. Le fait que les articles 1382 et 1383 renverraient respectivement au délit et au quasi-délit est contesté notamment par H. LALOU, *La Responsabilité civile*, cit., n° 10, au motif principalement que le droit romain ne faisait pas de la faute intentionnelle le critère du délit. La remarque est pertinente mais, comme le montre E. DESCHEEMAEKER, *La dualité des torts en droit français. Délits, quasi-délits et la notion de faute*, cit., p. 436-442, la conception du délit et du quasi-délit chez Pothier et chez les rédacteurs du code civil n'est pas celle du droit romain.

qu'une seule fois la faute intentionnelle, à propos des limitations de responsabilité en matière contractuelle[43]. Plus près de nous, dans le maître ouvrage de Philippe le Tourneau sur le droit de la responsabilité, l'index renvoie à «dol» à propos de la faute intentionnelle, et tous les passages auxquels il est renvoyé au sujet du dol concernent la responsabilité contractuelle[44]. Le traité rédigé par Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval consacre quant à lui des développements assez importants à la faute intentionnelle[45], mais ils sont tous en relation avec le droit des contrats ou le droit des assurances et la question de la définition de la faute intentionnelle, si elle est traitée de manière approfondie, n'est envisagée que dans ces deux contextes spécifiques, et non dans le cadre de la responsabilité « ordinaire » pour faute délictuelle.

Plusieurs raisons expliquent ce désintérêt pour la faute intentionnelle en matière délictuelle. La première tient au fait que le caractère intentionnel de la faute est en théorie sans incidence sur la responsabilité délictuelle. La faute simple ou non intentionnelle suffit à engager cette responsabilité[46], comme l'indique l'article 1383 du code civil, et la gravité de la faute est en principe sans incidence sur l'étendue de la réparation (même s'il est probable que, en pratique, le caractère intentionnel de la faute incite le juge à se montrer plus souple dans l'appréciation du lien de causalité ou plus généreux dans l'appréciation des dommages et intérêts)[47]. La seconde raison tient à l'objectivation de la faute délictuelle, qui s'est opérée par étapes jusqu'en 1984, consacrant une conception de la faute privée de toute condition d'imputabilité subjective[48]. Dès lors qu'une faute existe indépendamment de la faculté de discernement et de l'état d'esprit de son auteur, peu importe, semble-t-il, qu'elle traduise de surcroît une intention maligne.

Indépendamment même de cette objectivation de la faute, l'occultation de la faute intentionnelle en matière délictuelle est aussi le résultat de l'approche la plus communément

43 A. RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, Paris, 1948. C'est du moins ce qui ressort de l'index de l'ouvrage, où ce seul passage est associé au faute intentionnelle.
44 PH. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 11e éd., Paris, 2017.
45 G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., Paris, 2013, n° 602 à 604, 618 à 626-2 et *passim*.
46 Ce qu'exprime très clairement Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5e éd., 2018, n°318.
47 V. not. en ce sens l'étude de M. BOURRIE-QUENILLET, *L'indemnisation des proches d'une victime décédée accidentellement. Étude d'informatique judiciaire*, thèse dactyl., Montpellier, 1983, spéc. p. 100.
48 Sur l'évolution ayant conduit à l'objectivation totale de la faute, v. not. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les Conditions de la responsabilité*, cit., n° 578.

adoptée de l'élément matériel de la faute, conçu comme la violation d'une norme[49]. En effet, si l'on définit la faute ainsi, l'état d'esprit avec lequel la norme a été violée ne mérite pas que l'on s'y attarde. Sans doute faut-il vérifier que le sujet avait bien conscience de ses actes, si l'on tient à conserver l'élément moral de la faute, mais la circonstance que la violation ait été intentionnelle ou simplement négligente est quant à elle sans incidence. Dans cette approche de la faute, l'existence d'une intention, qu'elle porte sur l'acte lui-même ou sur ses conséquences, est effectivement sans intérêt, puisqu'elle vient s'ajouter à un élément, la violation (le cas échéant consciente) de la norme, qui suffit à lui seul à caractériser la faute[50].

Raisonner ainsi suppose toutefois que l'on considère implicitement la faute intentionnelle comme l'addition d'une faute simple (définie comme la violation [consciente] d'une norme) et d'une intention (de nuire ou de fauter). Or, il s'agit-là d'une conception réductrice de la faute intentionnelle. Il n'est certes pas discutable la faute intentionnelle *peut* consister en la violation intentionnelle d'une norme de conduite, mais tel n'est pas nécessairement le cas. Il est aussi des hypothèses où une faute intentionnelle est caractérisée indépendamment de toute violation d'une norme.

Il en va par exemple ainsi en cas d'usage abusif du droit de propriété, dans le seul but de nuire à autrui. De manière plus générale, il n'est pas discuté que l'abus de droit peut être une source de responsabilité délictuelle. Or, l'abus de droit n'est pas simplement la violation intentionnelle d'une norme de conduite[51]. Comme l'écrivent Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval, il est «de jurisprudence constante que "l'intention de nuire" suffit à entacher de faute un comportement objectivement correct comme, par exemple, l'exercice d'un droit ou d'une liberté»[52]. Si la faute non intentionnelle consiste nécessairement dans la

[49] Cette approche se manifeste déjà dans la définition bien connue que Planiol donnait de la faute comme la violation d'une obligation préexistante: v. not. M. PLANIOL, *Études sur la responsabilité civile*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905, p. 277, sp. 287. Elle a été reprise par la plupart des auteurs; v. p. ex., de manière particulièrement nette, A. RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, cit.

[50] Sous réserve de ce qui a été dit plus haut de l'influence éventuelle du caractère intentionnel de la faute sur l'appréciation par le juge des autres conditions de la responsabilité.

[51] V. sur cette notion en droit français, en italien, J.-S. BORGHETTI, *L'abuso del diritto in Francia*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 846.

[52] G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les Conditions de la responsabilité*, cit., n° 475.

violation d'une norme de conduite, la faute intentionnelle peut quant à elle exister indépendamment d'une telle violation, c'est-à-dire, pour reprendre les termes des auteurs précités, même en cas de comportement objectivement correct.

Il est vrai que la doctrine essaie souvent de rattacher l'abus de droit à la conception traditionnelle de la faute (non intentionnelle), en le ramenant à la violation d'une norme. C'est ainsi que, juste avant le passage cité plus haut, Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval présentent l'abus de droit comme la violation du devoir de respecter autrui[53]. Loïc Cadiet et Philippe le Tourneau relient quant à eux l'abus de droit à la faute, sur la base de l'observation selon laquelle la personne raisonnable (l'ancien bon père de famille) n'agirait pas de la sorte[54]. Cette manière de rattacher l'abus de droit à la conception traditionnelle de la faute, comprise comme la violation d'une norme de comportement, nous paraît cependant assez artificielle. Définir la faute par référence au comportement de la personne raisonnable présente le vice de circularité, puisque si l'on veut que cette définition couvre tous les types de faute, il est difficile de définir la personne raisonnable autrement que comme celle… qui ne commet pas de faute[55]. Quant au devoir de respecter autrui, il est bien vague et n'a, en tout état de cause, aucun caractère absolu. Il est en effet licite de manquer de respect aux intérêts d'autrui, dans les limites fixées par le droit. C'est ainsi que l'on peut, par exemple, légitimement causer intentionnellement un manque à gagner à autrui dans le cadre d'une concurrence loyale. Le devoir de respecter autrui se ramène en réalité à celui de respecter les règles qui visent à garantir le respect d'autrui. Quant à l'abus du droit, il n'est pas illicite parce qu'il constitue un manque de respect envers autrui, mais c'est sa consécration qui manifeste le souci du droit positif de garantir le respect d'autrui.

En définitive, la reconnaissance de l'abus de droit comme source de responsabilité délictuelle manifeste que la faute intentionnelle ne consiste pas toujours en la violation d'une norme. Il se peut d'ailleurs qu'il y ait d'autres cas que l'abus de droit où la faute intentionnelle ne se réduit pas à l'addition d'une faute «simple» et d'une intention. Et il se peut également

---

[53] G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les Conditions de la responsabilité*, cit., n° 475.
[54] L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, *Abus de droit*, in *Répertoire civil Dalloz*, 2015, n° 29.
[55] Si l'on définit la personne raisonnable simplement comme celle qui respecte les normes légales et ne viole pas le devoir de prudence et de diligence, alors l'abus de droit, qui ne correspond justement pas à la violation d'une norme légale ou de devoir de prudence ou de diligence, ne peut plus être défini simplement par référence à la personne raisonnable.

que tous les cas d'abus de droit ne correspondent pas à des fautes délictuelles intentionnelles. Notre propos ici n'est pas d'identifier toutes les hypothèses de faute intentionnelle, ou de proposer une définition précise et opératoire de l'abus de droit – deux tâches complexes et de grande ampleur, dont l'accomplissement déborderait largement du cadre de ce modeste article. Nous voudrions simplement montrer que la définition qui est habituellement donnée de la faute ne couvre pas, ou du moins pas toujours, la faute intentionnelle.

Ce défaut de la définition traditionnelle se comprend, dans la mesure où les fautes intentionnelles qui ne consistent pas en la violation intentionnelle d'une règle de conduite ne sont sans doute pas très nombreuses en pratique. En outre, la définition traditionnelle n'a jamais fait obstacle à la reconnaissance de l'abus de droit comme source de responsabilité délictuelle. Le paradoxe n'en est pas moins remarquable: la faute visée à l'article 1382 du code civil est aujourd'hui largement ignorée, alors même que cet article est censé constituer le cœur de la responsabilité délictuelle. Il y a là un reflet du sort réservé à ce texte: depuis fort longtemps, les juristes ne s'intéressent plus à ce qu'il dit, mais à ce qu'on lui fait dire, c'est-à-dire à l'énoncé d'un principe général de responsabilité pour faute, celle-ci étant comprise comme la violation d'une norme de conduite.

De ce point de vue, le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 marque un aboutissement, puisqu'il entend tourner la page des articles 1382 et 1383 du code civil pour ne retenir que la reformulation doctrinale traditionnelle de ce principe général: «On est responsable du dommage causé par sa faute» (art. 1241). L'article qui suit s'inscrit dans cette même logique, en posant une définition de la faute qui occulte la faute intentionnelle. L'article 1242 du projet dispose en effet: «Constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence». La faute est ainsi définie comme la violation d'une norme, ce qui laisse totalement de côté les hypothèses où la faute, intentionnelle, ne résulte pas d'une telle violation. Cette occultation de la faute intentionnelle paraît d'autant plus complète que le projet n'envisage même pas de codifier l'abus de droit[56].

[56] Comp. l'art. 5.7 du projet belge de réforme du droit des obligations du 30 mars 2018, qui pose un principe général de prohibition de l'abus de droit, mais définit celui-ci par référence au comportement d'une personne raisonnable.

Il faut pourtant signaler l'article 1249 du projet, relatif à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, qui prévoit que «le préposé n'engage sa responsabilité personnelle qu'en cas de faute intentionnelle, ou lorsque, sans autorisation, il a agi à des fins étrangères à ses attributions». Cette référence à la faute intentionnelle est une reprise de la jurisprudence actuelle[57], qui vient ainsi limiter l'immunité du préposé posée par le fameux arrêt *Cosetdoat*[58]. Il est remarquable, cependant, que ce retour de la faute intentionnelle en matière délictuelle n'ait guère retenu l'attention de la doctrine, qui ne semble pas s'être préoccupée de la manière de la définir[59].

Du moins la faute délictuelle intentionnelle ne devrait-elle pas disparaître du code civil. Le ferait-elle, au demeurant, qu'elle ne disparaîtrait pas pour autant du droit de la responsabilité délictuelle. Outre le fait que la violation intentionnelle d'une norme légale ou du devoir général de prudence et de diligence tombera sous le coup du futur article 1242, on n'imagine pas un juge français refuser de sanctionner, par exemple, l'usage d'un droit dans la seule intention de nuire à autrui, au motif que le Code ne mentionne ni l'abus de droit ni la faute intentionnelle. Il paraît ainsi pratiquement certain que l'abus de droit survivra à sa non-codification – ce qui pose la question de l'opportunité d'une recodification restant délibérément muette sur des mécanismes qu'elle n'entend pourtant pas abolir. Accessoirement, si l'article 1242 du projet de réforme paraît réduire la faute à la violation d'une norme de conduite, il n'exclut pas formellement la reconnaissance d'autres types de faute. En effet, il n'affirme pas que «la faute consiste» en la violation d'une norme de conduite, mais simplement que «constitue une faute» une telle violation. Ce faisant, il se prête à l'interprétation selon laquelle une telle violation constitue simplement un type de faute parmi d'autres, les juges étant libres d'en identifier de différentes, comme par exemple l'abus de droit.

* * *

[57] Civ. 2e, 20 déc. 2007, n° 07-13403, *D.* 2008, 1248, note J. MOULY, in *RTD civ.*, 2008, p. 315, obs. P. JOURDAIN; 21 févr. 2008, n° 06-21182, *D.* 2008, p. 2125, note J.-B. LAYDU, *JCP* G 2008, I, 186, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.
[58] Ass. Plén., 25 févr. 2000, n° 97-17378, *BICC* 15 avr. 2000, concl. R. Kessous, note E. PONROY; *D.* 2000.673, note Ph. BRUN; *ibid.* somm. 467, obs. Ph. DELEBECQUE; *JCP* 2000.II.10295, concl. P. Kessous, note M. BILLIAU; *ibid.* I.241, n° 16 et s., obs. G. VINEY; *Gaz. Pal.* 2000.2.1462, note A. RINALDI; *RCA* 2000., chron. 11, H. GROUTEL; *ibid.* chron. 22, C. Radé; *RTD civ.* 2000.582, obs. P. JOURDAIN.
[59] V. cependant J. MOULY, in *RTD civ.*, 2008, p. 315, qui fait le lien avec la faute intentionnelle du salarié engageant sa responsabilité envers son employeur.

La mort annoncée de l'article 1382 nous a paru justifier un dernier hommage à cette disposition, qui aura bien mérité du droit français. À la veille de sa disparition, nous avons souhaité nous pencher sur son texte même, manière de le prendre au sérieux et de tenter de lever les ambiguïtés qu'il recèle. Notre conclusion n'a rien d'original, puisqu'elle confirme un constat ancien: l'article 1382 vise la responsabilité pour faute intentionnelle. Il n'empêche: nous voulions en avoir le cœur net. Accessoirement, ce retour au texte permet de rappeler l'existence de cette faute intentionnelle, grande oubliée du droit de la responsabilité délictuelle.

Cette faute ne se réduit pas à l'addition d'une faute «simple» et d'une intention néfaste. S'il est vrai que la faute intentionnelle résulte parfois de la violation intentionnelle d'une norme de comportement, elle peut aussi consister en un comportement objectivement correct, mais rendu illicite par une intention mauvaise. C'est ce qu'illustre en particulier l'hypothèse de l'abus de droit. Il est dès lors regrettable que la définition désormais quasiment unanimement reçue de la faute, et que consacre le projet de réforme de la responsabilité civile, n'envisage la faute que sous l'angle de la violation d'une norme de comportement.

La faute intentionnelle n'a pas dit son dernier mot, cependant, et il ne fait guère de doute qu'elle ressurgira, quelle que soit la place que lui ménage le Code. En témoigne un arrêt récent et remarqué de la Cour de cassation, dans lequel l'assemblée plénière a fait expressément référence aux responsabilités délictuelle *et* quasi-délictuelle et paraît bien avoir distingué la faute intentionnelle de la faute non intentionnelle, en définissant la première comme la violation (intentionnelle) du devoir de ne pas nuire à autrui[60]. Quoi qu'on pense de cette définition, sans doute un peu réductrice, elle a le mérite de rappeler que la faute n'est pas seulement affaire de négligence. C'est ce que l'article 1382 n'a cessé de nous dire depuis 1804, mais que nous avions fini par ne plus entendre.

[60] Ass. Plén., 13 janv. 2020, n° 17-19963, *JCP* G 2020, 92, avis J. Richard de la Tour, *JCP* G 2020, 93, note M. Mekki ; *D.* 2020, 416, note J.-S. Borghetti.

Abstract

Article 1382 on liability for fault is one of the most famous provisions of the code Napoléon, the original French Civil Code, but it will soon disappear. The recent reform of French contract law has already changed its number to 1240 and the current reform bill on civil liability intends to replace it with a new, much more straightforward, provision. Article 1382 deserves one last close look before it enters the valley of death, however. French authors have stopped looking at the precise wording of this provision a long time ago. They prefer to concentrate on the general liability for fault principle which it is said to formulate. Yet, some of the words used in article 1382 are ambiguous and its precise meaning is far from obvious. The present contribution purports to analyse these words in order to restore the original meaning of article 1382. Far from being out of date, this exegetical approach sheds light on the meaning of fault and on some shortcomings on the French reform bill on civil liability.

Paris, novembre 2021.

FELICE MERCOGLIANO[*]

Riflessioni su responsabilità e inadempimento in Betti[**]

Sommario: 1. Premesse sulla distinzione tipologica tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. – 2. Distinzioni strutturali in ambito di responsabilità soggettiva. – 3. Concetti duttili avverso schematismi moderni nel caso di *diligentia* e *culpa*. – 4. Rileggendo Betti a proposito di imputabilità dell'inadempimento. – 5. Ancora su D. 16.3.32.

1. *Premesse sulla distinzione tipologica tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*

Vorrei, ricordando istruttive pagine sulla responsabilità in diritto romano[1], svolgere qualche minima riflessione, a partire dalla indistinguibilità tra i diversi tipi di essa: contrattuale ed extracontrattuale (così come è stato di recente messo in risalto dalla Lambrini)[2]. Rinvio ad altri studi, anche miei, per temi strettamente connessi ancora discussi e lungi dal trovare soluzioni in dottrina in materia di risarcimento del danno e inadempimento dell'obbligazione[3]. La Lambrini sottolinea bene, tra l'altro, come sia riscontrabile quale affermatasi linea di tendenza, che oramai i «principali ordinamenti europei ed extraeuropei si muovono proprio nella

[*]*Professore ordinario di Istituzioni e Storia del diritto romano presso l'Università di Camerino. Affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.*

[**] *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

[1] Formativo per me fu M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 653 ss. Recentissimo ed efficace pure il volume di G. COPPOLA, *Institutiones. Manuale di diritto privato romano*, Milano, 2021, p. 384 ss.

[2] P. LAMBRINI, *La sistematica del codice civile italiano in tema di responsabilità civile*, in EAD., *Strutture giuridiche romane e diritto privato europeo*, Napoli, 2019, p. 151 ss.; analoghe considerazioni svolge l'A. in EAD., *La responsabilità civile è una sola: una notazione sistematica*, in *Legal Roots*, 4, 2015, p. 129 ss. e cfr. ora, in sintesi, EAD., *Fondamenti del diritto europeo. Manuale istituzionale*, Torino, 2021, p. 218 ss.

[3] Ad es., v. la questione tuttora aperta della delimitazione del concetto di responsabilità oggettiva, danno ingiusto e *culpa*, su cui cfr., da ultimo, G. VALDITARA, *Alle radici del danno ingiusto*, in G. VALDITARA – F. MERCOGLIANO, *Saggi in materia di danno ingiusto e diligenza nell'adempimento in diritto romano*, Torino, 2020, p. 3 ss., con bibliografia.

direzione di una progressiva unificazione del concetto di responsabilità civile»[4], senza distinzioni in fondo superflue, dunque, tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Quindi, alla romanista veneta appare un'opinione oramai affievolita quella della necessità dell'alternativa tra l'esigenza di rispettare uno specifico obbligo verso un soggetto determinato, da un lato, e, dall'altro, il riferimento abituale al divieto celebre del *neminem laedere*. Difatti: «l'obbligazione da contratto tende oggi a presentarsi con una struttura complessa, caratterizzata da una serie di obblighi accessori, i quali sembrano derivare più da un generale dovere di non ledere la sfera giuridica altrui piuttosto che da un accordo … lo schema del diritto assoluto da tempo non è più sufficiente a delimitare l'ambito della tutela aquiliana, che si spinge fino alla tutela del credito»[5]. Ciò per riassumere, seppur di necessità rapsodicamente, alcune delle giuste considerazioni della Lambrini, su un problema qual è quello della responsabilità privata nell'esperienza giuridica romana, che non è peraltro limitato ad un esclusivo aspetto terminologico, ma implica vari altri aspetti sostanziali e processuali[6]. Si pensi alle critiche fondate che un vero specialista come il compianto Cannata rivolgeva sul piano dommatico alle espressioni che in materia si discostassero da quella, generale, di responsabilità appartenente al campo del diritto privato, quale ad es. quella di responsabilità civile stessa[7] che criticava per virare su una terminologia più corrispondente a soluzioni codicistiche fondate sulle fonti romane, qual è quella imperniata su inadempimento e responsabilità per inadempimento[8].

2. *Distinzioni strutturali in ambito di responsabilità soggettiva*

Pare appena il caso che io ricordi alcune partizioni di massima in materia, comunemente adoperate almeno per quanto concerne la responsabilità cosiddetta contrattuale.

---

[4] *Ibid*., p. 152.
[5] *Ibid*., p. 152 ss.
[6] Com'è ovvio, non posso dilungarmi su tanti altri profili di estremo interesse, qual è ad es. la tutela extracontrattuale del danno meramente patrimoniale, ovverosia della tutela aquiliana del credito di cui pure sono stati attentamente studiati i fondamenti romanistici: si v., per tutti, M.F. CURSI, *Dal danno aquiliano al danno extracontrattuale: le radici romanistiche*, in *Itinerari giuridici. Per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Abruzzo*, Milano, 2007, p. 215 ss.; nonché più di recente, EAD., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*[2], Napoli, 2021; ultimamente, sulle azioni 'aquiliane', per tutti cfr. A. TORRENT RUIZ, *Ad legem Aquiliam II. Estudios procesales*, Madrid, 2021, con bibliografia.
[7] Si v. C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, p. 5 ss.
[8] Cfr. C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, p. 1 ss.

Come nessun romanista ignora, i criteri di imputazione dell'inadempimento da parte del debitore si distinguono abitualmente in soggettivi e oggettivi, che configurano rispettivamente la tipologia della responsabilità soggettiva e oggettiva. Ma tale classificazione viene elaborata nella dottrina moderna. Le figure indiscutibilmente attestate dalle fonti romane sono, lo sanno tutti, *dolus* e *culpa*, che si intendono oggi di solito come paradigmi della responsabilità soggettiva, da un canto; della *custodia* come canone della responsabilità oggettiva, d'altro canto.

La responsabilità soggettiva si riferisce a un criterio ovviamente soggettivo di imputazione addossato al debitore.

Nella dottrina moderna, criterio soggettivo è quello per il quale il debitore risponde in base all'atteggiamento tenuto dal punto di vista psicologico, sia che gli si possa imputare di aver voluto l'evento e ciò configura la categoria concettuale del *dolus*; sia che gli si rimproveri di averlo comunque causato per negligenza, imprudenza o imperizia e ciò a sua volta configura la *culpa*. Criterio oggettivo, invece, è quello per cui, a prescindere da qualsiasi verifica dell'atteggiamento psicologico, il debitore risponde per il solo fatto della prestazione mancata (*custodia*)[9]. Il vero banco di prova dell'assetto così ricostruito, imperniato sulla colpa, è il problema della specifica rilevanza e appropriata qualificazione di quella componente soggettiva nell'atteggiamento del debitore, che l'ascendente esercitato dalla datata critica testuale interpolazionistica tendeva a rimuovere. Rileggiamo le puntualizzazioni di Talamanca[10], sulla svolta esegetica: «è stata lungamente prevalente, negli anni dell'interpolazionismo, l'opinione che i giuristi classici non avrebbero impiegato il criterio della *culpa* – quale mancata adibizione della diligenza – né nella responsabilità aquiliana (dove il termine avrebbe designato il nesso di causalità materiale …), né nella responsabilità contrattuale dove l'imputabilità al debitore dell'impossibilità della prestazione si sarebbe determinata, nei rapporti obbligatori tutelati da *iudicia bonae fidei*, in base ai criteri del *dolus* e della *custodia*. Questa opinione, che rendeva necessaria una serie molto ampia di interpolazioni oggettivamente ingiustificate, è ormai definitivamente abbandonata». Anche se il compianto giurista adopera, come s'è appena visto, la

[9] Come poneva in rilievo, fra gli altri, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 659 s.
[10] M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. p. 662.

duplice aggettivazione (aquiliana e contrattuale) della responsabilità, gli è ben chiara la necessità di definire i veri termini del quadro concettuale della responsabilità a Roma, cercando di identificare la categoria della colpa con una sintesi che vale ancora la pena di rileggere[11]: «la colpa consiste nella causazione dell'evento che rende impossibile la prestazione per negligenza, imprudenza, imperizia. L'imperizia ha un ambito precisamente delimitato, consistendo nella mancanza delle capacità intellettuali e tecniche necessarie per raggiungere un determinato risultato, connesso, in generale, con un'attività professionale (Ulpiano e Celso, in D. 19.2.9.5): quali deve, ad es., avere un orafo cui sia data una gemma da intagliare, un capomastro cui sia stata commessa una costruzione, un medico cui sia stato affidato un malato, e così via dicendo. Più difficile stabilire la linea di separazione fra negligenza ed imprudenza: in sostanza si designa, con questi termini (da considerarsi un'endiadi), il difetto di attenzione nel tenere un comportamento e la mancata previsione delle conseguenze che possono derivare da esso (nella colpa cosciente: la convinzione di poter evitare, avendole previste, le conseguenze dannose della propria condotta). I *prudentes* non hanno, in effetti, mai approfondito l'analisi concettuale di *dolus* e *culpa*, il che corrisponde alla metodologia casistica che seguivano. I criteri flessibili ed adattabili seguiti per stabilire se, in un dato avvenimento, vi fosse stato dolo o colpa coincidevano, più o meno ampiamente, con quelli dianzi enunciati. Per quanto riguarda il dolo, non si presentavano particolari problematiche: e, a differenza del dolo negoziale, non risultano definizioni della categoria…»; invece «in materia di danno aquiliano, già agli inizi del I sec. a.C., si faceva coincidere la colpa con la mancata previsione di fatti che potevano esser previsti usando della normale diligenza».

Quindi, va intravista una stabilità nella distinzione strutturale tra colpa e dolo, ma non in una presunta distinzione tra tipologie di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale), come oggi si usa fare. Una costante rimane semmai l'individuazione della diligenza, invece. Nel chiarire come la diligenza stessa venisse intesa dai giuristi romani, ancora Talamanca[12] pone in evidenza problematiche storico-giuridiche mai risolte, così: «nella discussione casistica i *prudentes* adattano alle particolarità delle varie figure contrattuali, se non della singola fattispecie, i referenti in base ai quali individuano l'insorgere della *culpa*, senza procedere alle

[11] M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 663.
[12] M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. p. 665 ss.

classificazioni che si riscontrano nella compilazione giustinianea, sia riguardo alla *culpa* stessa, che della *diligentia*. La *diligentia* è, per i *prudentes*, l'atteggiamento che, in positivo, deve avere il debitore per non ricadere in *culpa*, che viene integrata, in linea di massima, dall'assenza della diligenza stessa (a parte l'*imperitia*). Le classificazioni che si trovano nel 'diritto della compilazione' sono difficilmente articolabili in un sistema coerente. All'interno della *diligentia*, si distingue la *diligentia quam suis* dalla *diligentia* (*diligentis*) *patrisfamilias*: alla violazione dell'una e dell'altra corrispondono rispettivamente – secondo la terminologia medievale – *culpa in concreto* e *in abstracto*. La *diligentia diligentis*, terminologia non classica, era la diligenza e la cura usate nel comportarsi da buon padre di famiglia, colui che, secondo il comune sentire sociale, deve considerarsi persona prudente ed accorta: una diligenza valutata, dunque in astratto, ché il buon padre di famiglia è un tipo ideale, non esiste nella realtà quotidiana. La *diligentia quam suis* era, invece, quella che il singolo debitore usava nello sbrigare i propri affari, coincidesse con la *diligentia diligentis*, ne fosse inferiore o superiore. Come parametro per stabilire la *culpa*, i giuristi classici si riferiscono sicuramente a quella che i medievali avrebbero chiamato la *diligentia diligentis*. Per essi, la *diligentia quam suis* non rientrava nell'ambito della *culpa*: in alcuni *bonae fidei iudicia*, in cui si rispondeva soltanto per dolo (ad es., nell'*actio depositi*), la giurisprudenza del I-II sec. d.C. considerava che fosse in dolo il debitore che, nell'adempimento dell'obbligazione, non adibisse la stessa cura e la stessa diligenza che poneva nei propri affari. In D. 16.3.32, ciò era sostenuto da Nerva e Celso, che parlavano, al proposito, di una *latior culpa*, mentre, all'interno della stessa scuola proculiana, Proculo andava in avviso contrario… Nell'ambito, invece, della *culpa in abstracto* dei medievali, si trovano già in periodo classico tracce dell'individuazione della categoria della *culpa lata*, cui corrisponde una *magna* o *nimia neglegentia*, un *non intelligere id quod omnes intelligunt* ('non rendersi conto di quanto tutti comprendono': così Ulpiano, in D. 50.16.213.2). A tale individuazione si procedeva per assimilare al *dolus* la *culpa lata* (come accadeva, del resto, per la *culpa latior*, corrispondente alla violazione della *diligentia quam suis*), in modo che le più crasse violazioni del dovere di diligenza venissero addebitate anche a coloro che rispondevano soltanto in base al dolo stesso. Le affermazioni dei *prudentes* al riguardo, separate spesso dal loro contesto ad opera dei compilatori giustinianei, assumono – nel *Corpus Iuris* – una portata generale: con tutta probabilità, i classici procedevano, invece, caso per caso secondo la loro generale metodologia… Nel Digesto e nel

Codice si colgono le tracce della tendenza postclassica e bizantina verso una maggiore sistematizzazione della materia della responsabilità, ma è difficile costruire un coerente sistema sulla base del materiale contenuto nella compilazione (lo ha, invano, tentato, la dottrina occidentale a partire dai glossatori), e non è, del resto, sempre sicura l'individuazione di quelle che fossero le effettive tendenze delle scuole postclassiche e dei compilatori… Al di là delle modificazioni nel regime sostanziale, nella compilazione si nota la tendenza – già iniziata nelle scuole orientali – ad un'esplicita contrapposizione e classificazione delle varie figure di *culpa*. I giuristi classici avevano, più o meno ampiamente, individuato un grado elevato di colpa, la *culpa lata*, ma non le avevano contrapposto tutti gli altri casi come *culpa levis*, categoria creata probabilmente dalle scuole postclassiche. Nella tendenza sistematrice delle scuole orientali, v'era il problema della *diligentia quam suis*, figura che i classici utilizzavano nell'ambito della responsabilità per dolo. I postclassici, invece, accentuano, a quanto sembra, la circostanza che si trattava di un comportamento in cui mancava la volontà dell'agente diretta all'evento, onde esso non rientrava strutturalmente nel dolo. In alcuni passi si ritrova, infatti, la tendenza a distinguere due diverse gradazioni nella responsabilità per *culpa*, a seconda che il debitore risponda per la violazione della *diligentia diligentis* o della *diligentia quam suis*. Questo spunto non viene, però, perseguito fino in fondo: e nella compilazione è ancora presente – in D. 16.3.32 – l'equiparazione al dolo della violazione della *diligentia quam suis* in quanto *latior culpa*».

3. *Concetti duttili avverso schematismi moderni nel caso di 'diligentia' e 'culpa'*

Ho appena richiamato l'esposizione del compianto Talamanca per mostrare quanto sia ancora un patrimonio ricco e preciso quello derivato dai giuristi romani in materia di responsabilità, che non occorre articolare in schemi ulteriormente prodotti con visuali moderne sulla base della supposizione che abbiano fondamenti antichi nelle fonti romane. Si tratta, insomma, di evitare schematismi in tema di concetti elastici, qual è il caso di *dolus*, *culpa* e *diligentia*, di per sé già sufficienti per elaborare svolgimenti rispondenti a realtà attuali. Bisogna peraltro evitare il rischio di perdere arricchimenti concettuali, riposti nelle riflessioni dei giuristi romani classici, su problematiche che in concreto possano manifestare continuità di *ratio* e soluzioni simili sul piano casistico. Il versante dell'adattamento di concetti elastici a una

dialettica che la distinzione strutturale tra dolo e colpa in fondo ancora rispetta sul piano teoretico, va preservato senza timori ideologici.

La diligenza, dal canto suo, ha una configurazione appunto elastica per eccellenza, e in questa veste va ancora appresa e configurata, nonché nei connessi sviluppi codicistici nel «sistema» del codice civile, come notava Stefano Rodotà più di mezzo secolo fa[13]. Che ora Paola Lambrini, a proposito della sistematica codicistica, risvegli la problematica della dualità sovrapposta modernamente alle fonti tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, a mio parere, rivela di nuovo un'esigenza di chiarificazione di rapporti tra romanistica e civilistica, nei quali ognuno faccia la sua parte e svolga il proprio ruolo. Almeno per consentire la rintracciabilità di quanto sia davvero scritto nelle fonti a proposito di criteri dell'inadempimento imputabile dell'obbligazione, a differenza delle creazioni dei gradi poi dell'elaborazione medievale e, infine, delle soluzioni, talvolta, non ottimali, codicistiche moderne. Troppo datata pare risultare, ormai, la contrapposizione tra l'epoca dei giuristi classici e il periodo postclassico e giustinianeo circa la concettualizzazione di *diligentia* e *culpa*[14].

Un'osservazione recentissima cauta si deve a Giovanna Coppola[15], la quale conclude in argomento, giungendo pure lei al punto controverso ed esemplare della *diligentia quam in suis*[16], così: «nonostante comunque i classici non abbiano elaborato una teoria della responsabilità, fu da essi che i Compilatori trassero i principi che stanno alla base della visione giustinianea e moderna della responsabilità, creati generalizzando le soluzioni escogitate dai giuristi nel risolvere i singoli casi concreti. Così Giustiniano distinse, accanto al dolo, *culpa lata* e *levis*. La prima, che consisteva nel disattendere ciò che tutti sono in grado di considerare, e che pertanto è equiparata al dolo, si distingue dalla seconda, che invece dipendeva dall'inosservanza della *diligentia* approntata dall'uomo medio (il *bonus pater familias*): figure, queste, collegate al criterio dell'*utilitas contrahentium*, nel senso che trovava applicazione la *culpa levis* nei contratti che avvenivano nell'interesse del debitore o di entrambe le parti, mentre se il contratto avveniva nell'interesse del solo creditore la responsabilità del debitore era limitata alla

[13] Si v. S. RODOTÀ, s.v. «*Diligenza (diritto civile)*», in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 538, nt. 1.
[14] Ancora pervicacemente configurata, come basilare contrapposizione, da F. CANCELLI, s.v. «*Diligenza (diritto romano)*», in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 517 ss.
[15] G. COPPOLA, *Institutiones*, cit., p. 157.
[16] Su cui rinvio a quanto ho scritto in G. VALDITARA – F. MERCOGLIANO, *Saggi in materia di danno ingiusto e diligenza*, cit., p. 61 ss.

culpa lata. Talvolta, inoltre, il criterio per valutare la colpa del debitore non era il comportamento dell'uomo medio, ma la misura di *diligentia* che il debitore usava nei propri affari (*diligentia qualem quis suis rebus adhibere solet*): gli interpreti parlano al riguardo di *culpa in concreto*, e la contrappongono alla *culpa in abstracto*, riferibile appunto al comportamento del *bonus paterfamilias*».

4. *Rileggendo Betti a proposito dell'imputabilità dell'inadempimento*

Anche se esposte da me in ordine fin troppo sparso e rapsodico, queste riassuntive considerazioni finora possono disorientare se non si rintracciano linee guida in materia, che riconducano ai fondamentali concetti elaborati in diritto romano circa l'imputazione dell'inadempimento delle obbligazioni. Più miratamente vorrei ritornare a un volume sobrio, perfino disadorno nella confezione editoriale, ma dai contenuti mirabili per analisi e apparato di fonti, un lavoro ancora una volta prezioso di Emilio Betti: *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione romana*, frutto di un corso monografico romano dell'anno accademico 1957-58, opera che ci rammenta la sana tradizione di svolgere da parte dei Maestri, e poi riversare per iscritto, corsi di diritto romano, ovverosia non delle materie di base per matricole (Istituzioni e Storia, tradizionalmente), in cui spiegare a livelli universitari avanzati, convinzioni personali, distanti dalle nozioni istituzionali, ben più raffinate ed espressive della propria personalità scientifica[17].

La trattazione bettiana, forse poco conosciuta e apprezzata attualmente[18], delinea i capisaldi concettuali necessari di un quadro complesso, ma che si regge grazie alle matrici romane e alla elaborazione romanistica imperniata sulla distinzione logica strutturale tra *dolus* e *culpa*. In materia di responsabilità ancor oggi adeguati, anzi indispensabili, strumenti interpre-

[17] E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1957-58.

[18] Gli studi si concentrano ora sulla sua di poco precedente *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, rist. cur. G. Crifò, Milano, 1990, su cui si v. di recente M. BRUTTI, *La "dissoluzione dell'Europa": ideologia e ricerca teorica in Betti (1943-1955)*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma, 2020, p. 81 ss.; cfr., poi, la drastica affermazione dell'inutilizzabilità scientifica oggi degli studi bettiani di diritto pubblico romano, di A. BANFI, *Qualche considerazione sull'attualità del pensiero di Giorgio Luraschi*, in *L'applicazione del diritto romano nelle realtà locali*, Bari, 2019, p. 47; ultimamente, cfr. riguardo Emilio Betti. I. FARGNOLI, *Le affinità giuridico-culturali con l'America Latina nella testimonianza di Emilio Betti*, in *Roma e America*, 41, 2020 ma 2021, p. 327 ss. con bibliografia.

tativi dalla matrice squisitamente romanistica. Certo, siamo ormai abituati a ragionare mediante schematismi costruiti nella modernità e con sovraccarichi ideologici attualizzanti, come la contrapposizione tra responsabilità oggettiva e soggettiva, che risulta equivoco opporre nettamente; nonché tra quella contrattuale ed extracontrattuale che oggi viene contestata come ultimamente viene sostenuto dalla Lambrini. Sul piano della ricostruzione storica, la più affidabile verisimiglianza viene conservata dalla distinzione tra responsabilità aquiliana e contrattuale, invece.

Ma la base sulla quale si fondano i criteri di responsabilità è saldamente costituita dal dualismo giustinianeo scaturente dall'assetto classico configurato tramite *dolus* e *culpa*. A quest'ultima rivolgono i loro ragionamenti i giuristi classici, per edificare su di essa un (anche se derivante dalla pratica) 'sistema' sul piano concettuale della più complessiva responsabilità privata. Il vero problema sottostante è però quello dell'inadempimento delle obbligazioni, giacché, nel suo senso classico, *culpa* va intesa come imputabilità del mancato o ritardato adempimento spiega appunto Betti[19]. Dunque, da individuare erano i criteri di valutazione dell'imputabilità dell'inadempimento a seconda della tipologia di rapporti di obbligazioni o di prestazioni dovute[20]. I giuristi romani non sottostavano a schematismi, nemmeno a quello che bipartiva *dolus* e *culpa*, la cui inconfondibile diversità strutturale, in particolare, non può essere deformata da categorizzazioni tutte moderne, che non vennero delineate nei tempi di più energica trattazione della responsabilità da parte dei giuristi romani. Per l'esattezza, Betti dimostrava l'esigenza di un trattamento differenziato dell'imputabilità a seconda della fonte del *vinculum iuris*, ponendo in risalto il criterio della *utilitas contrahentium*, tramite l'esplicativa antitesi tra comodato e deposito, così[21]: «nel chiarire la massima dell'utilitas contrahentium, vale a dire dell'interesse (esclusivo o concorrente) all'attuazione di un dato assetto d'interessi, nei quali si tratta di restituire la cosa che si è ricevuta in affidamento, con la differenza che negli uni (ad es. nel commodato) si tratta di affidamento nell'interesse del consegnatario, negli altri (deposito) l'affidamento avviene nell'interesse di colui che ha affidato la cosa»[22]. Il

[19] Spec. E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit., p. 3 ss.
[20] Chiarisce E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit., p. 13 ss.
[21] E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit., p. 47.
[22] Betti richiama naturalmente Gai 3.205-207, nonché Gai. 2 *aur.* D. 44.7.1.5 e Mod. Coll. 10.2.4.1 e 4.

giurista camerte quindi chiarisce limpidamente[23]: «il depositario non è tenuto alla conservazione nella forma tipica della custodia della cosa depositata e la sua responsabilità è limitata al caso in cui la mancata restituzione sia dovuta a un suo comportamento doloso»; appunto perché «vi è un'antitesi tra il prestito a uso, dove il solo accipiente ritrae un vantaggio dall'assetto d'interessi posto in essere e il deposito, dove, al contrario, l'accipiente presta i propri servigi nell'interesse dell'affidante. Tale diversità di situazione degli interessi determina, ovviamente, una diversità di trattamento in ordine all'imputabilità dell'inadempimento: così, mentre il comodatario è tenuto a garantire la conservazione della res in vista del suo obbligo di restituirla integra (custodiam praestare), il depositario, invece, è chiamato a rispondere solo di un proprio fatto che sia stato dolosamente diretto a rendere impossibile la restituzione». Nei giuristi tardoclassici tuttavia «era già iniziato un movimento interpretativo, di grande interesse per la storia dei dogmi, e che pone in rilievo il criterio della diligenza, quale stregua di valutazione dei rapporti contrattuali»[24] e, secondo Betti, emerge una divergenza di trattamento fra differenti tipologie di obbligazioni se si tiene presente la «relatività delle valutazioni giuridiche». Quindi, soltanto «se non ci si ferma alla superficie del fenomeno sociale implicante un obbligo di rem reddere, ci si può spiegare come nell'ambito di uno stesso rapporto contrattuale l'adempimento in funzione dell'interesse del creditore possa venire in discussione sotto diversi profili»[25].

5. *Ancora su D. 16.3.32*

Betti riserva una esemplare riconsiderazione al brano celsino in D. 16.3.32[26], con delle delucidazioni che, per la loro efficacia sul piano dell'interpretazione della logica dell'inadempimento delle obbligazioni nell'esperienza romana, mi sembra sia giunto il momento di rileggere e su cui riflettere ancora una volta molto attentamente. Sulla base della appena enunciata

[23] E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit., p. 48 s.
[24] E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit., p. 50.
[25] E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit. p. 58 s.
[26] Su cui mi sia consentito rinviare, per un esame più articolato e discussione della bibliografia, a F. MERCOGLIANO, *«Diligentia quam in suis» per i giuristi romani classici* (1991) e ID., *Criterio della «diligentia quam in suis» e codici moderni* (2016), in G. VALDITARA – F. MERCOGLIANO, *Saggi in materia di danno ingiusto e diligenza*, cit., Torino, 2020, p. 61 ss.; *adde* ora PH. SCHEIBELREITER, *Der «ungetreue» Verwahrer. Eine Studie zur Haftungsbegründung im griechischen und frühen römischen Depositenrecht*, München, 2020, p. 255 ss., con altra letteratura.

affermazione della relatività delle valutazioni giuridiche, come canone interpretativo di prudenza nel distinguere il dolo dalla colpa, un'applicazione di essa estende «il concetto di bona fides, fin a ricomprendere nel suo contrario non solamente il dolo, ma anche la trascuratezza dei propri doveri che oltrepassi un certo limite»[27]. Istruttivo di questa tendenza dei giuristi classici è il brano in D. 16.3.32, dal quale si trae – spiega in maniera condivisibile e limpidamente razionale Betti[28] – che «secondo il giurista Nerva va considerata imputabile a stregua di dolo anche una trascuratezza imperdonabile (come già vide il Donello, latior culpa sta a indicare solo un'accentuazione della culpa, designa cioè non già un grado di colpevolezza distinto in modo meccanico, come accadrà in epoca postclassica, bensì il carattere imperdonabile della trascuratezza). Tale opinione, che Proculo, fermo alla tradizionale antitesi dolus-bona fides, respingeva, viene invece accettata da Celso».

In conclusione, non si deve imperniare ogni ragionamento e valutazione di responsabilità privata esclusivamente su dolo e colpa, ma pure sulla diversità di interessi nelle situazioni specifiche, ove sempre più rilievo deve assumere dunque il criterio della diligenza come canone affidabile di interpretazione e giostrare come i giuristi romani con concetti e criteri il più ampiamente possibile. Nel codice civile italiano del 1942, invece non si è andati più in là, per il deposito gratuito[29], dell'assimilazione con il minor rigore come metro (generico) di misurazione dell'adempimento del mandato a titolo gratuito. In fondo, si è voluto equiparare il criterio dell'interesse unilaterale all'attuazione del rapporto, così nel caso del mandato come in quello del deposito, se a titolo gratuito. Nell'esperienza giuridica romana in linea di principio invece non coesistevano come oggi gratuità e onerosità, ma v'era il fenomeno della custodia chiesta gratis soprattutto da mercanti *peregrini*, che non volevano riportarsi indietro merci e le affidavano ai *cives*[30].

Betti, come s'è visto seppur rapidamente, definiva i criteri di imputazione dell'inadempimento ricercandone la storia e le configurazioni ricavabili dai giuristi romani, al fine di disporre di un patrimonio concettuale ricco ed elastico in ampia misura, pur senza perdere

[27] E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit. p. 63.
[28] *Ibid.*
[29] Art. 1768, comma 2, cod. civ. it. (1942).
[30] Sulla tematica delle relazioni con gli stranieri a Roma si rinvia a F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*[2], Napoli, 2020, p. 3 ss., con bibliografia; *adde*, fra gli altri, il significativo contributo di G. WOOLF, *Strangers in the City*, in *Xenofobia y racismo en el mundo antiguo*, Barcelona, 2019, p. 127 ss.

precisione valutativa. Così si può delineare una proiezione europea di analisi giuridiche, che oltrepassino le anguste antitesi tra dolo e colpa che sembrano ridurre questi criteri come monolitici concetti, laddove non sono fondati e applicati sin dalla giurisprudenza romana su contrapposizioni che travisano applicazioni concrete rispondenti ai comportamenti tenuti in buona fede.

In altri termini, Betti mette a frutto analisi e argomentazioni dei giuristi romani con il metodo duttile che era il loro, sconfessando aprioristici preconcetti, che poi costringono nei ragionamenti giuridici a cercare anomalie ed eccezioni a quadri schematici inidonei a dare risposte accettabili nel quadro che diviene sempre più europeo e globale della responsabilità[31]. In D. 16.3.32, in particolare, il giurista camerte riscopre l'esatta portata della *bona fides* come componente il criterio di interpretazione della *diligentia quam in suis*. Betti delinea i caratteri giusti della *culpa latior* quale trascuratezza non dovuta a negligenza, ma riconducibile a un comportamento insopportabilmente lesivo dell'affidabilità riposta nel depositario, che pure non godesse di reputazione lusinghiera e tale da non suscitare aspettative elevate. Si configurava in tale fattispecie un concorso di profili nella individuazione della responsabilità del depositario[32], che riafferma la relatività delle valutazioni giuridiche, ben delineata da Betti, che anche su ciò ancora una volta vale la pena di rileggere attentamente.

Abstract

Il saggio, premesse considerazioni su tipologie e criteri in materia di responsabilità privata romana e intorno soprattutto al concetto di diligenza, riesamina le caratteristiche salienti delle considerazioni di Emilio Betti, condotte approfonditamente, come pochi hanno fatto nel Novecento, sugli aspetti connessi alla responsabilità del depositario a titolo gratuito così

[31] Anche quella aquiliana: cfr. di recente P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*[2], Genève-Zurich, 2020, p. 619 ss. ed ha costituito pure una concettualizzazione ad ampio raggio europeo la causalità, come dimostra di recente il saggio interessante, dichiaratamente di 'diacronica microstoriografia', di W. ERNST, *Justinian's Digest 9.2.51 in the Western Legal Canon. Roman Legal Thought and Modern Causality Concepts*, Cambridge, 2019, p. 3 ss.

[32] Per Betti il passo sarebbe stato riferito al tutore, ma tale ipotesi interpolazionistica, ricordata di recente molto bene dalla L. MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali*, Milano, 2006, p. 102 nt. 200, viene altrettanto bene da lei anche, in una rilettura esegetica conclusiva del brano in D. 16.3.32, confutata: si v. *ivi*, p. 111 ss., spec. p. 124.

come descritta da Celso nel frammento in D. 16.3.32, valorizzando la tradizione del diritto romano in una prospettiva europea.

Abstract

The essay, having premised considerations on typologies and criteria regarding Roman private liability and above all around the concept of diligence, re-examines the salient features of Emilio Betti's considerations, conducted in depth, as few did in the twentieth century, on aspects related to the liability of the depositary free of charge as described by Celsus in the fragment in D. 16.3.32, enhancing the tradition of Roman law in a European perspective.

Camerino, novembre 2021.

GIOVANNI VARANESE[*]

Leonardo Coviello, Gabriele Faggella e la culpa in contrahendo [**]

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La *culpa in contrahendo*. – 3. Gabriele Faggella e il recesso ingiustificato dalle trattative. – 4. Leonardo Coviello e la *culpa in contrahendo*.

1. *Introduzione*

Grazie alla Pandettistica, la scienza giuridica tedesca assume un'importanza decisiva in Italia e «l'influenza esercitata dal paradigma pandettistico aveva carattere trasversale: non si può far a meno di notare come anche la maggior parte dei pionieri delle altre discipline giuridiche stesse allora rinvenendo negli studi storico-giuridici una funzione generale di propedeutica formazione metodologica. Pertanto, nella maggior parte dei casi, il loro *curriculum* non mancava di un periodo di perfezionamento degli studi giuridici in Germania»[1].

Il civilista italiano recepisce gli schemi categoriali atti a costruire quel sistema del diritto civile italiano che risultava difficile edificare sulla base del Codice civile del 1865, ma al quale si rivelavano acconci i concetti astratti che la Pandettistica ricavava a partire dal diritto romano[2]. La genuina deferenza verso il Codice del 1865 – il nostro «monumento legislativo» – ben si coniugava con le nuove teorie di origine germanica.

I migliori giuristi italiani attingono a piene mani dal modello tedesco con tutta la loro genialità. Vittorio Scialoja traduce il fondamentale Sistema del diritto romano attuale di Savi-

[*] *Professore associato di Diritto privato comparato presso il Dipartimento giuridico dell'Università degli Studi del Molise.*
[**] *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*
[1] F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento*, Torino, 2016, p. 81.
[2] P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000, p. 43.

gny, mentre Giovanni Pacchioni ne traduce Le obbligazioni. Filippo Serafini traduce il Trattato delle Pandette (*Lehrbuch des Pandektenrechts*) di Karl Ludwig Arndts con «note, appendici e confronti». Filippo Serafini, Pietro Cogliolo e poi Carlo Fadda, dirigono la traduzione del Commentario alle Pandette di Christian Friedrich Glück (*Ausfürliche Erläuterung der Pandekten*), arricchito di copiose note e confronti col Codice civile del Regno d'Italia. Gian Pietro Chironi, Francesco Bernardino Cicala, Vittorio Scialoja traducono le *Pandekten* di Heinrich Dernburg. Paolo Emilio Bensa e Carlo Fadda traducono il manuale più famoso della pandettistica, il *Lehrbuch des Pandektenrechts* di Bernhard Windscheid.

Gli esponenti della Pandettistica vengono visti come «romanisti portatori di un sapere giuridico assolutamente congeniale al maturo capitalismo tedesco con i proprii schemi astratti di ascendenza giusnaturalistica che si prestavano mirabilmente a rivestire le istanze dell'individualismo borghese»[3].

Compito del giurista era di elaborare concetti esatti e scientificamente corretti e qui vi era il maggior fascino della Pandettistica. Tra i molteplici concetti elaborati dalla scienza giuridica, tre sembrano essere quelli fondamentali: il diritto soggettivo, il rapporto giuridico e, soprattutto, il negozio giuridico. La recezione di questi concetti ha mutato per sempre l'evoluzione della civilistica italiana

Per quanto riguarda il negozio giuridico, nella società italiana liberale post-unitaria l'ordine dei valori era tutto sommato omogeneo. Nel codice del 1865, in coerenza con l'originale francese, il diritto privato patrimoniale ruota attorno agli istituti cardine della proprietà e del contratto. L'autonomia contrattuale è assolutamente funzionale all'ideologia del *laissez faire* per liberare da ogni vincolo l'attività economica dei privati. Sotto questo punto di vista il discorso sull'autonomia privata introduce più una novità di metodo che di valori. Non bisogna ovviamente lasciarsi influenzare dalla mancata recezione nel codice civile del 1942. Non solo il nuovo codice non conterrà una disciplina del negozio giuridico, ma manca persino qualsiasi riferimento[4].

Non ha senso in questa sede affrontare le ragioni alla base di quella scelta. Certamente

---

[3] P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, cit., p. 41.
[4] La letteratura è sterminata. V. ad es., F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo*, 2ª ed., Milano, 2002.

tra i redattori non mancano alcuni dei civilisti che hanno dato il contributo maggiore alla teoria negoziale all'epoca della redazione del codice (Emilio Betti, Giuseppe Messina, Filippo Vassalli)[5]. Inoltre ha sempre avuto grande peso l'idea che il nostro codice non disciplina «il» negozio giuridico ma «quel negozio giuridico centro della vita degli affari che si chiama contratto»[6].

Certamente l'autonomia privata nel codice del 1942 non è più «un docile strumento» della volontà dei privati e siamo lontanissimi dal «concetto individualistico di signoria della volontà»[7]. Non c'è dubbio che il quadro di valori cambierà di lì a poco e l'eventuale impostazione dirigistica del regime fascista verrà spazzata via dalla Costituzione del 1948, con la tutela del principio di autodeterminazione (art. 2 Cost.), della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e della proprietà privata (art. 42 Cost.). Non una espressa previsione sull'autonomia privata ma piuttosto una tutela ricavabile dai principi che emergono da una lettura sistematica della Costituzione[8].

2. *La* culpa in contrahendo

Nella redazione del codice civile vigente il legislatore italiano ha trattato espressamente negli artt. 1337 e 1338 c.c. la responsabilità precontrattuale, assente dal codice del 1865, e la relazione al Re dedica a questo istituto alcuni passaggi, ispirati all'idea che gli obblighi di correttezza e buona fede pervadano la fase delle trattative del contratto[9].

---

[5] Cfr. V. SCALISI *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 535 ss.

[6] *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, *Libro IV*, n. 604.

[7] *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, *Libro IV*, n. 603.

[8] L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, p. 1 ss.; in seguito ID., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss., per il quale la mancanza di un'apposita previsione sull'autonomia contrattuale deriverebbe dalla volontà di non porre eccessivi limiti all'intervento pubblico nell'economia.

[9] *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, *Libro IV*, n. 612: «È dominata dall'obbligo di correttezza e da quello di buona fede (in senso oggettivo) la materia delle trattative contrattuali e quella concernente i contratti c. d. per adesione. L'obbligo predetto è richiamato in via generale nell'art. 1337 del c.c. come base del comportamento delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della nazione, i quali richiedono una pacifica collaborazione produttiva. Esso, riferito alla fase precontrattuale, sbocca in una responsabilità in contrahendo quando una parte conosca e non rivela all'altra l'esistenza di una causa di invalidità del contratto (art. 1338 del c.c. n. 638). Formalità speciali sono state poi previste per la conclusione dei contratti su moduli e formulari predisposti da una sola parte o dei contratti con rinvio a condizioni generali (art. 1341 del c.c. e art. 1342 del

Sembrava essere avvenuta la codificazione della *culpa in contrahendo*, anche se in Italia era già stata riconosciuta dai formanti dottrinale e giurisprudenziale[10]. Certamente è restato sostanzialmente irrisolto come questa si inserisca nella tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, che il codice civile nelle rubriche degli artt. 1218 e 2043 c.c. descrive come responsabilità del debitore per inadempimento e responsabilità per fatto illecito, perché nella «scarsa normativa» dettata dagli artt. 1337 e 1338 c.c. «non è possibile desumere una disciplina completa ed esauriente dei comportamenti illeciti che si possono svolgere nel corso di trattative contrattuali. Sicché per i problemi irrisolti da queste specifiche disposizioni occorre riferirsi alla disciplina prevista per l'uno o per l'altro settore contrattuale ed extracontrattuale e per questo dottrina e giurisprudenza civilistiche affrontano da tempi risalenti la questione della natura della responsabilità precontrattuale»[11].

Non è questa la sede per entrare in uno dei dibattiti più travagliati nella civilistica italiana. Certo, se si rimane fedeli all'insegnamento Rudolf von Jhering, l'artefice della scoperta giuridica della *culpa in contrahendo*, allora anche per la dottrina italiana risulta logico sostenere

c.c.). Il bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti, alle quali non potrebbero attendere se non agenti e produttori privi di legittimazione a contrarre, l'esigenza di semplificare l'organizzazione e la gestione delle imprese, inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunziare all'affare. Un tal metodo di conclusione dal contratto non deve ritenersi illegittimo solo perché non dà luogo a trattative e a dibattiti di clausole, ma costringe ad accettare patti preordinati. La realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattativa, che importerebbe intralci spesso insuperabili. Ma la pratica dei contratti per adesione ha dato luogo ad abusi nei casi in cui gli schemi prestabiliti contengono clausole che mettono i clienti alla merce dell'imprenditore. La giurisprudenza ha reagito come ha potuto contro detti abusi, allargando talora il concetto di illiceità e altre volte affermando la mancanza di consenso su alcuni patti onerosi, per il riflesso che questi dovettero sfuggire all'attenzione dell'aderente essendo stampati in caratteri microscopici. Gli articoli art. 1341 del c.c. e art. 1342 del c.c. vogliono ovviare ad ogni abuso, anzitutto dando efficienza giuridica solo alle condizioni generali che al momento della conclusione del contratto il cliente aveva conosciuto o avrebbe dovuto conoscere (art. 1341 del c.c., primo comma), in secondo luogo dichiarando nulle le clausole di particolare gravità, se sulle stesse non sia stata specificatamente richiamata la sua attenzione (art. 1341 del c.c., secondo comma, e art. 1342 del c.c., secondo comma). Delle clausole dei moduli o formulari che devono essere specificatamente approvate per iscritto l'art. 1341 del c.c. secondo comma, fa un'elencazione suscettibile bensì di interpretazione estensiva ma non di estensione analogica; l'aderente deve specificatamente approvarle per iscritto, non soltanto quando trovano sede in formulari, ma anche quando sono collocate in capitolati generali cui il contratto si richiama. È ovvio che, per quanto muovano dagli inconvenienti verificatisi nel campo dei contratti di impresa, le norme citate si devono osservare anche all'infuori di detta sfera, tutte le volte in cui una delle parti usa formulari predisposti, anche se non si tratti di un imprenditore, e qualunque sia il tipo di contratto concluso».

[10] L. FRANCIOSI, *Trattative e* due diligence, Milano, 2009, p. 9 ss.

[11] G. VISINTINI*, Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 335 s.

la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale[12], come responsabilità fondata sulla violazione di un rapporto[13]. D'altro canto, gli orientamenti a favore del carattere extracontrattuale di tale responsabilità affondano le loro radici nell'idea che il codice del 1942 abbia cristallizzato a livello legislativo le elaborazioni della dottrina fiorite sulla base dell'art. 1151 c.c. previg., corrispondente all'attuale art. 2043 c.c.[14] e che, in ultima analisi, discendevano dalla norma onnicomprensiva dell'art. 1382 del *Code Napoléon*[15]. Se il punto di partenza non è tanto l'art. 1337 in sé, ma la sua relazione con il sistema codicistico della responsabilità aquiliana, allora se ne può dedurre che si tratti di colpa extracontrattuale[16].

Se la dottrina non è rimasta insensibile alle tendenze contrattuali germanofile[17], il più delle volte la giurisprudenza ha visto nella *culpa in contrahendo* «una forma di responsabilità extracontrattuale che si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto»[18].

Qui non si vuole certo entrare in un tema così profondo e travagliato, ma piuttosto ricordare un contributo di chi ha guardato al modello tedesco come fonte di ispirazione per lo sviluppo del nostro sistema giuridico.

Nel suo saggio del 1861 «Della *culpa in contrahendo* ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione»[19] Rudolf von Jhering si è interrogato sul rilievo giuridico del comportamento colposo tenuto dalle parti nel corso delle trattative contrattuali.

Prendendo le mosse dal diritto romano Jhering si propose il fine «delineare un'azione

---

12 V., ad es., L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm*., 1956, II, p. 360 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 325 ss.

13 C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo*, in *Europa e dir. priv*., 2010, p. 1 ss.

14 A. GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 637.

15 Cfr. la sintesi efficace di P. GALLO, *Il contratto*, Torino, 2017, p. 243 ss.

16 R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ*., diretto da R. Sacco, t. II, Torino, 3ª ed., 2004, p. 260, «se l'art. 1337 non esistesse, la slealtà non verrebbe forse repressa *ex* art. 2043? E qual è allora il compito dell'art. 1337? Forse esso vuol creare una obbligazione, con lo scopo di dar vita ad un doppione dell'art. 2043, e mettere in piedi un nuovo caso di cumulo di responsabilità contrattuale e delittuale? O invece l'art. 1337 interpreta l'art. 2043, per rendere incontestabile che il danno arrecato con la slealtà precontrattuale è "ingiusto"? A nostro giudizio, la risposta da dare al primo e all'ultimo di questi quesiti è positiva».

17 Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 534 ss.

18 Cass., Sez. Un., 16 luglio 2001, n. 9645, in *Foro it*., 2002, I, c. 806 ss.

19 *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 4, 1861, pp. 1-112, trad. di F. Procchi, Napoli, 2005.

risarcitoria generale, di natura sostanzialmente contrattuale, capace di garantire un adeguato ristoro patrimoniale per i danni subiti da chi fosse stato inutilmente coinvolto nelle trattative di un contratto invalido o, comunque, non perfezionatosi»[20].

In base al diritto dell'epoca le parti potevano risultare prive di protezione nei confronti di comportamenti scorretti tenuti dalla propria controparte sia quando il contratto, dopo le negoziazioni, non si fosse perfezionato, sia quando, pur perfezionatosi, fosse da dichiarare nullo. Ciò in quanto in entrambe le ipotesi non si era perfezionato alcun valido contratto tra le parti. Il giurista tedesco riteneva, quindi, la parte in errore responsabile del danno subito dalla propria controparte che avesse riposto affidamento nella validità del contratto. L'autore, inoltre, prese posizione sulla tipologia di danni risarcibili in siffatte situazioni, affermando che la legge avrebbe dovuto ricondurre la parte danneggiata nella posizione in cui si trovava prima del verificarsi dell'evento dannoso, tramite il risarcimento di quelli che definiremmo «interessi negativi».

Jhering giunse alla conclusione che «se sia stato formato un contratto invalido, e se una delle parti avrebbe dovuto esserne a conoscenza, o se essa avrebbe potuto prevenire l'invalidità del contratto, la controparte ha il diritto di chiedere un risarcimento per il danno a lui causato dalla mancata formazione del contratto, fino all'ammontare dell'interesse negativo»[21].

La parte che si accinge a stipulare un contratto deve accertarsi che esistano di fatto le condizioni necessarie per la corretta formazione dello stesso o deve crearle qualora dipenda da lui. In questo contesto, Jhering preferiva parlare di *culpa in contrahendo* (o colpa nella formazione di un contratto). Si determinava la cosiddetta «responsabilità per negligenza» quando, invece, la nullità del contratto fosse derivata, da impossibilità giuridica dell'oggetto dell'obbligazione (ad es., la vendita di un uomo libero o di una *res extra commercium*), o da impossibilità fisica dell'oggetto dell'obbligazione (per esempio la vendita di un'eredità o cessione di un credito inesistente).

Alla base della riflessione di Jhering c'è l'idea che non si potesse fare a meno di ricorrere all'azione risarcitoria e che questa dovesse avere un fondamento teorico che prescindesse

---

[20] F. PROCCHI, *Rudolph von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto) informazione e la presunzione assoluta di 'culpa' in capo al 'venditor'*, in *TDSP*, 2010, p. 14.
[21] A.M. RABELLO, *La base romanistica della teoria di Rudolph Von Jhering sulla* culpa in contrahendo*,* in *Ius Antiquum,* 2007, p. 154 ss.

dalla responsabilità aquiliana. Riteneva che non si potesse creare un'azione di natura extra-contrattuale, né applicare estensivamente l'*actio legis Aquiliae* fino al punto di elevarla al rango di clausola generale. L'elemento comune delle ipotesi problematiche dalle quali era partito Jhering era un comportamento colposo avvenuto nella formazione del contratto. In particolare, uno dei contraenti ha subito un danno dall'esecuzione di un contratto che sembrava essere stato regolarmente perfezionato. Da qui il nome di «culpa in contrahendo» per la nuova figura giuridica[22].

Rudolph von Jhering si è rivelato un vero e proprio precursore e a tutt'oggi la sua teoria è imprescindibile per ogni riflessione sulla responsabilità precontrattuale. Il contenuto innovativo è evidente e rifugge dalla consueta distinzione del pensiero di Jhering in due periodi, che stanno tra loro in opposizione. Dapprima precorritore della Giurisprudenza dei concetti e poi antesignano della Giurisprudenza degli interessi. Se nella prima fase prevale l'aspetto sistematico e Jhering vuole indagare la struttura interna del diritto per cogliere le leggi della sua produttività, invece nella seconda fase è prevalente l'aspetto teleologico e funzionale. L'analisi teleologica deve precedere quella logica[23]. Il secondo Jhering mostra i limiti del costruttivismo giuridico. Non condivide il pensiero di von Savigny e ritiene che tutti i sistemi esterni si riducano all'applicazione della logica tradizionale alle proposizioni scientifiche[24].

Gli eccessi della dogmatica della Pandettistica non mancarono di essere colti con i toni leggeri della satira. È il suo divertente sogno: «sognò di morire e di vagare verso il paradiso dei pandettisti. Là si potevano incontrare, in assoluta purezza, i concetti del diritto. […] Là si trovava pure una macchina idraulica per l'interpretazione dialettica, uno strumento in grado di produrre un numero infinito di significati possibili a partire da un testo qualunque, ed un apparato per dividere un capello in 999,999 parti uguali. I dogmatici più esperti erano in grado di usare questo strumento per dividere a sua volta ogni parte del capello in altre 999,999 parti identiche. Le smisurate opportunità di questo paradiso erano a disposizione di ogni dogmatico purché egli avesse bevuto l'acqua del Lete, che conduce a dimenticarsi del mondo

---

[22] F. PROCCHI, '*Licet emptio non teneat'. Alle origini delle moderne teoriche sulla cd. 'culpa in contrahendo'*, Napoli, 2012, p. 192.
[23] F. VIOLA, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in F. VIOLA, V. VILLA, M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, p. 28 ss.
[24] M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, Torino, 1968, I, p. 230.

concreto degli affari degli uomini. Von Jhering notò però che le anime dei più grandi dogmatici erano dispensate da tale bevuta: non avevano nulla da dimenticare!»[25].

Senza voler entrare nelle dinamiche di pensiero di un autore così importante nel diritto moderno, non c'è dubbio che la *culpa in contrahendo* può ben essere definita come una grande «scoperta giuridica»[26].

Invece va rilevato che i compilatori del BGB non vollero recepire la sua teoria e, a parte alcune ipotesi specifiche, mancava nel codice civile tedesco un principio generale in materia di responsabilità precontrattuale. Tuttavia già pochi anni dopo l'entrata in vigore del BGB, i deficit contenutistici del diritto tedesco in materia di responsabilità civile hanno dato impulso alla *Rechtsfortbildung* delle corti, che hanno plasmato la *culpa in contrahendo* come un «istituto non scritto»[27]. Si è imposta l'idea di un rapporto obbligatorio «legale», che sorge già con l'avvio delle trattive e obbliga le parti a comportarsi in modo diligente[28]. Prima della riforma del diritto delle obbligazioni entrata in vigore nel 2002 si riteneva che nascessero obblighi di protezione dalla clausola generale di buona fede *ex* § 242 BGB; oggi il § 241, comma 2, BGB rappresenta la base legale espressa, mentre il § 311, comma 2 BGB, specifica che questi nascono già con l'avvio delle trattative[29].

Con la *Schuldrechtsmodernisierung* l'istituto della *culpa in contrahendo* è entrato a far parte del nuovo BGB. Il legislatore ha recepito la giurisprudenza consolidata e ha fatto ampio riferimento a fattispecie a contenuto ampio e indeterminato, anche per consentire all'interprete di adattare il diritto applicato alle esigenze dei mutamenti della realtà sociale. Nel secondo comma del nuovo § 311 BGB ritroviamo dettate con ampia formulazione le tre diverse fattispecie di *culpa in contrahendo* che possono far nascere un rapporto obbligatorio (senza prestazione, ai sensi del § 241, comma 2, BGB). Se il n. 1 fa riferimento alle trattative contrattuali, è significativo che al n. 2 si tenga conto del fatto che con l'avvio del contatto tra le parti l'una concede all'altra la possibilità di incidere sui propri diritti, beni giuridici o interessi, o li affida a lei, ma si specifica che la eventuale relazione deve avere carattere «negoziale»; parimenti nel

---

[25] G. B. PORTALE, *Introduzione ai sistemi giuridici comparati*, Torino, 2011, p. 104.
[26] Espressione di Hans Dölle pronunciata nel 1958 al quarantaduesimo *Deutsche Juristentag* e poi divenuta proverbiale. Hans DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. DJT*, II, Tübingen, 1959, B, p. I ss.
[27] C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003, p. 26.
[28] V. EMMERICH, *§ 311 BGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., 2019, Rn. 35.
[29] D. MEDICUS e S. LORENZ, *Schuldrecht*, I, 18ª ed., München, 2008, Rn. 5.

contenuto amplissimo del n. 3 un'obbligazione può sorgere da «contatti simili a quelli negoziali»[30].

3. *Gabriele Faggella e il recesso ingiustificato dalle trattative*

Jhering ha «scoperto» la *culpa in contrahendo*, ma non aveva ancora proposto una responsabilità in caso di rottura ingiustificata delle trattative ad opera di una delle parti. Nel suo contributo, Jhering ha, infatti, sì riconosciuto che, durante le trattative, non è da escludere la configurabilità di una responsabilità per *culpa in contrahendo*, ma non ha, mai associato questa sua geniale intuizione al problema della rottura ingiustificata delle negoziazioni. Ha concepito la sua idea di responsabilità precontrattuale principalmente in relazione alla tutela della parte che ha stipulato in buona fede un contratto invalido. Nonostante ciò non leva un'oncia all'assoluta importanza della teoria Jhering, che ha fatto emergere la rilevanza su una tematica nevralgica nel diritto delle obbligazioni.

Ciò invece impreziosisce l'importanza della questione relativa alla rottura ingiustificata delle trattative, che fu indagata dal magistrato Gabriele Fagella (1856-1939)[31]. Durante gli studi universitari a Napoli, Faggella entrò a contatto con gli insegnamenti della Scuola delle Pandette tedesca, da cui assorbì la metodologia.

Si laureò in giurisprudenza nel 1879 e dopo aver superato brillantemente gli esami da pretore nel 1889, fu giudice presso il tribunale di Roma (1892), dove esercitò fino al 1899. Fu nominato Vicepresidente del Tribunale di Milano nel 1901 e consigliere presso la Corte d'appello di Messina nell'anno successivo. Nel 1903 venne trasferito alla Corte d'appello di Napoli, dove dal dicembre del 1907 fu Presidente del tribunale. Dal 1909 al 1917 Faggella trascorse un secondo periodo a Roma, dove fu Consigliere presso la Corte d'Appello e nel 1915 conseguì la libera docenza in diritto civile presso l'ateneo romano. Nel 1917 fu nominato procuratore generale presso la Corte d'Appello di Trani e dal 1921 fu componente del Consiglio superiore della magistratura. Dopo un breve periodo trascorso come procuratore generale presso la Corte di Cassazione di Palermo, chiuse la sua carriera di magistrato come

[30] S. LORENZ e T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002, Rn. 366 ss.
[31] Sulla vita e le opere v. C. BERSANI, *Faggella, Gabriele*, voce in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 44, 1994, disponibile on line nel sito *www.treccani.it*.

presidente della Cassazione di Napoli, carica che lasciò nel 1923 per trasferirsi, ormai in pensione, a Roma.

Attento osservatore della dottrina tedesca e francese, il giurista lucano ha completato in un certo senso la scoperta di Jhering sulla *culpa in contrahendo* nel lavoro in cui ha trattato "*Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*", dedicato a Carlo Fadda[32]. Qui ha delineato i contorni di una delle fattispecie più classiche di responsabilità precontrattuale, quella da abusiva interruzione delle trattative.

Per Faggella «il contratto si perfeziona con l'accordo delle volontà: finché non si opera l'*in idem placitum consensus*, non esiste il *vinculum iuris*, e i contraenti, di regola, sono liberi di stringerlo o meno. Nel periodo delle trattative, prima che s'incontrino le due volizioni dei contraenti, e propriamente prima dell'accettazione dell'offerta, ciascuno mantiene la propria libertà, il proponente quella d'impedire il perfezionamento del vincolo obbligatorio, e il destinatario quella di non accettare la proposta»[33].

Nel periodo delle trattative occorre distinguere due fasi: la fase di preparazione del contratto e quella decisiva dello scambio della proposta e dell'accettazione. «I romanisti e i civilisti [dell'epoca], in generale, – come aggiunge Faggella – prendono in considerazione questo secondo momento del periodo precontrattuale, senza tener conto del primo, quasi che la proposta sorga improvvisa e sia separata da tutto il precedente lavorio che l'abbia prodotta»[34]. Inoltre, gli accordi preparatorii del contratto non hanno il fine di creare vincoli obbligatori, ma quello esclusivo di elaborare e formulare la proposta. Essi non vincolano al perfezionamento del contratto in quanto non hanno il carattere giuridico di promesse obbligatorie. Viene rilevato che «il criterio determinatore, per distinguere la non obbligatorietà degli accordi e delle trattative dalla obbligatorietà, è riposto nello scopo che si prefiggono le parti nell'intendersi su tutti o su alcuni punti di un disegno di contrattazione. Questo scopo può essere diretto o alla preparazione di una proposta di contratto, ovvero alla conclusione stessa di un rapporto di obbligazione. Nel primo caso, pur se raggiunto, non si avrà mai il

[32] G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, III, Napoli, 1906, pp. 271-342.
[33] G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 271.
[34] G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 272.

vinculum iuris»[35].

Pertanto ogni contratto ha un periodo di preparazione che si divide in tre momenti: a) il momento di ideazione ed elaborazione; b) il momento di perfezionamento o concretizzazione della proposta; c) il momento in cui questa si pone in movimento. Secondo Faggella «considerato il primo momento in rapporto all'autonomia della volontà, non ha importanza giuridica pei fini della esistenza e obbligatorietà del *vinculum iuris*»[36]. Le parti del contratto conservano la più ampia libertà di decidere se continuare o meno le trattative: il diritto di interromperle, mutarle o modificarle è illimitato e sovrano. Nel secondo momento la volontà si trasforma e diventa volontà a formulare e concretare la proposta o l'accettazione. Nel terzo momento, quello più importante, il progetto contrattuale si completa: la volontà si ferma su una proposta concreta e si determina nel deliberarla.

Il giurista lucano formula il seguente principio generale: «la volontà, come potere psicologico, è, dal punto di vista astratto, libera nelle sue determinazioni, ma essa si muove, si determina secondo le circostanze esterne, le impressioni psichiche, i concetti della mente e l'ambiente morale e materiale in cui si trova»[37].

Dopo aver analizzato come opera la volontà nei tre momenti di preparazione del contratto, Faggella passa ad esaminare se ed in quali casi possa sorgere una responsabilità per la rottura delle trattative e rileva che sia «unanime il consenso dei giuristi, che nel periodo delle trattative non s'incorra in alcuna responsabilità, e la ragione fondamentale è la seguente: non esiste la volontà di obbligarsi, onde le parti possono ritrarsi a loro piacimento, rompere o modificare le trattative, senza che abbiano a temere alcun obbligo di risarcimento, tranne il caso in cui si rendessero responsabili di colpa extracontrattuale»[38]. Finché il comportamento di una parte non genera alcun affidamento nella controparte sulla conclusione del contratto, «il recesso è un legittimo esercizio del potere della propria volontà»[39]. Può accadere, però, che uno dei contraenti dia all'altro il consenso, anche tacito, a continuare le trattative. Tale consenso, infatti, genera fiducia che l'altra parte perseveri finché si giunga alla costituzione

---

[35] G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 273.
[36] G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 275.
[37] G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 285.
[38] G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 297.
[39] G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 298.

del vincolo giuridico ovvero fino al punto in cui, per la contrarietà degli interessi e per il risultato della discussione, l'accordo non sia più possibile.

Nella tesi di Faggella emerge ancora il dogma della volontà: egli sostiene che alla base della responsabilità per recesso abusivo dalle trattative vi sia l'accordo (anche tacito) a trattare; il semplice recesso, infatti, importa la violazione di tale accordo.

In conclusione, la responsabilità precontrattuale, di cui parla Faggella, si determina per la tempestiva interruzione, *sine causa*, di ogni trattativa. Essa trova fondamento nel consenso, o nel concorso, alle trattative e nel «fatto della distruzione di un valore del trattante verso cui si recede, rappresentato dalle spese e dall'opera realmente impiegate nella elaborazione del progetto contrattuale»[40]. Il risarcimento è limitato alle spese sostenute ed al costo del lavoro preparatorio precontrattuale.

Si colma così una lacuna. L'esigenza di approntare una tutela alle parti nei confronti di comportamenti scorretti della controparte nella fase precedente al raggiungimento di un accordo, tutela che quindi non poteva essere fornita dai rimedi contrattuali, era già sentita nel XIX secolo.

Il principio di libertà contrattuale si estrinseca anche nella libertà di non concludere un contratto. Detta libertà, tuttavia, non poteva giustificare eventuali condotte lesive delle altrui posizioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela, poste in essere nella fase delle trattative, indipendentemente dalla successiva stipulazione o meno di un contratto. Ciononostante, il codice civile del 1865, seppure contemporaneo all'opera di Jhering, non forniva alcun rimedio alla parte danneggiata dal comportamento scorretto della controparte nel corso delle negoziazioni.

Al fine di approntare una qualche forma di tutela a tali soggetti, le illecite condotte precontrattuali venivano sanzionate solamente mediante la sussunzione delle stesse sotto il campo di applicazione dell'allora vigente art. 1151, che dava rilievo istituzionale al principio del *neminem laedere*, di cui la *culpa in contrahendo* rappresentava una delle (molteplici) violazioni. Tale responsabilità, di conseguenza, ricadeva nell'area dell'illecito extracontrattuale.

Nonostante l'assenza di una specifica norma, la dottrina italiana, sotto l'influenza della

---

[40] G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 304.

dottrina francese, riconosceva che colui che si fosse reso responsabile nella fase delle trattative dovesse venire condannato al risarcimento dei danni connessi a detta illecita condotta. Inoltre, un riconoscimento legislativo della responsabilità precontrattuale era già presente nel Codice del Commercio del 1882. Tuttavia, si tratta di un riconoscimento limitato ad uno specifico campo di applicazione, rappresentato dal «contratto bilaterale» concluso da persone lontane. L'art. 36 cod. comm. stabiliva che «Sino a che il contratto non è perfetto, l'accettazione e la proposta sono rivocabili; ma sebbene la rivocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia, se essa giunga a notizia dell'altra parte dopoché questa ne ha impresa l'esecuzione, il rivocante è tenuto al risarcimento dei danni».

Il pensiero della dottrina non tardò ad influenzare anche l'approccio della giurisprudenza di legittimità sul tema in esame. Infatti, la Cassazione affermò l'obbligo del risarcimento delle spese sostenute a carico della parte che, nel corso delle trattative antecedenti la sottoscrizione di un contratto, avesse esercitato il diritto di recesso illecitamente (senza un giustificato motivo). Ciò in quanto la parte che si sia resa disponibile a trattare, per quanto non fosse obbligata ad addivenire alla effettiva conclusione di un contratto, si era quantomeno impegnata a non sottrarsi alle trattative senza un giustificato motivo[41].

Più in generale anche sotto l'impero del codice del 1865 è sempre stata ammessa la *culpa in contrahendo* e per questo ha goduto di ampio credito l'idea che gli artt. 1337 e 1338 dell'attuale codice civile abbiano cristallizzato a livello legislativo le elaborazioni della dottrina fiorite sulla base dell'art. 1151 c.c. previg., corrispondente all'attuale art. 2043 c.c. e che, in ultima analisi, discendevano dalla norma onnicomprensiva dell'art. 1382 del *Code Napoléon*. Il percorso iniziato dalla dottrina e seguito dalla giurisprudenza portò agevolmente a una espressa regolamentazione del fenomeno della responsabilità precontrattuale nel codice civile del 1942.

Trattando del recesso ingiustificato dalle trattative Faggella non ha soltanto ripreso il tema illuminato da Jhering, ma l'ha anche ulteriormente sviluppato. La dottrina tedesca ha

---

[41] Cass., 6 febbraio 1925, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, p. 428, secondo cui «la parte che recede ingiustificatamente dalle trattative deve risarcire l'altra parte delle spese incontrate, dovendosi intendere che il consenso a trattare per la conclusione di un contratto comporti l'impegno, se non a concludere il contratto definitivo, certo a non recedere senza giustificato motivo»; conf. Cass., 10 luglio 1936, n. 2441, in *Foro it.*, 1936, I, c. 1260, per la quale «nelle fasi preparatorie le parti devono comportarsi con l'ordinaria diligenza».

costruito la struttura dogmatica necessaria per accreditare la responsabilità precontrattuale, ma ne ha tralasciato un filone importante: quello della rottura scorretta delle trattative. Gabriele Faggella ha scoperto questa altra faccia della responsabilità precontrattuale[42]. Il suo studio non sfuggì all'attenzione di uno dei massimi giuristi, nonché tra i fondatori del diritto comparato moderno, Raymond Salleiles. Il grande giurista francese ha analizzato approfonditamente le tesi di Faggella, portandole alla ribalta transalpina[43]. Ciò ha fatto nascere una letteratura giuridica sulla responsabilità precontrattuale, ma la tematica ha avuto meno successo nel formante giurisprudenziale, almeno fino agli anni Settanta del secolo scorso[44].

Salleiles si dichiarava pienamente d'accordo col principio enunziato da Faggella, limitandosi soltanto ad esprimere perplessità sul fatto che, dal punto di vista pratico, il «recesso arbitrario» potesse essere difficile da definire e si dovesse ulteriormente precisare questo profilo per evitare zone d'ombra[45]. Il rischio era quello di lasciare la responsabilità alla discrezionalità del giudice[46] o all'equità[47].

Faggella si mostrò lusingato dell'attenzione dell'insigne studioso transalpino e non mancò di raccoglierne gli spunti in un nuovo lavoro del 1909[48]. Qui è significativo che egli riconoscesse a Jhering la potenza e l'originalità della sua teoria, ma nel contempo ritenesse che essa non rispondesse pienamente al fondamento reale e alla legittimazione della responsabilità precontrattuale per «il grande interesse che questa responsabilità deve avere nel mondo moderno, specialmente per la costituzione delle grandi società ed imprese commerciali e industriali, che sorgono soltanto dopo lunghe e faticose e dispendiose preparazioni». Ciò implicava «lunghe e serie e laboriose trattative» nonché «spese e perdite». Di qui l'impe-

---

42 C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 330.
43 R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une nouvelle étude sur la matière*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, p. 697 ss.
44 E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del* code civil *francese. Profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1301 ss.
45 R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une nouvelle étude sur la matière*, cit., p. 735.
46 R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une nouvelle étude sur la matière*, cit., p. 736 ss.
47 R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une nouvelle étude sur la matière*, cit., p. 746 ss.
48 G. FAGGELLA, *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, LXXXII, 1909, pp. 128-150 (incluso poi nella seconda edizione del primo lavoro precontrattuali, *Dei periodi precontrattuali e della loro esatta costruzione scientifica*, 2ª ed., Roma, 1918, pp. 86-116).

rativo che «non deve il nostro ordinamento giuridico permettere che ogni trattante sia irresponsabile d'invanire e distruggere nel bel mezzo tutto il lavoro preparatorio cui egli ha concorso o ha consentito»[49].

Faggella non ricorre all'equità, pur vagliandone gli alti contenuti, ma ritiene dirimente il ruolo dei principi generali, tra i quali vi sono quelli «che presiedono al movimento economico e sociale dei rapporti e delle attività collettive e individuali, nel mondo commerciale, industriale finanziario, che si estendono e si espandono di giorno in giorno fuori la cerchia di un dato luogo o di una data città o di una data regione o di una data classe di uomini, e divengono sempre più complessi e internazionali». I principi generali assumono pienezza di significato solo quando vengono collegati l'uno con l'altro. La conclusione è, ancora una volta, che il diritto di recesso non può essere sempre liberatorio da ogni obbligo risarcitorio: «l'esercizio del diritto si esaurisce col recesso; ma il recedente deve sopportare le conseguenze di questo esercizio, che danneggia e diminuisce il patrimonio altrui. […] Così il trattante che recede dalle trattative non può essere obbligato a continuarle, ma è tenuto a risarcire le perdite causate all'altra parte per le trattative medesime, ch'egli stesso ha fatto sorgere o ha mantenute»[50].

È significativo che se dal primo lavoro emerge la fede incrollabile (e ingenua) nella teoria proposta[51], il secondo si conclude però con un più moderato auspicio a che essa possa trovare accoglimento nella dottrina e nella giurisprudenza[52]!

Si può ben essere d'accordo con il biografo quando scrive «le stesse ragioni che muovono il F. ad interessarsi alla materia delle responsabilità precontrattuali e ad aderire all'ipotesi d'una loro piena esistenza – gli interessi economici e commerciali di frequente lesi dall'incerta disciplina delle trattative preparatorie del contratto (Fondamento giuridico, cit., p. 129) – mostrano con estrema chiarezza il suo temperamento scientifico, incline a temperare l'animo del giurista con l'esperienza del magistrato e viceversa»[53].

---

[49] G. FAGGELLA, *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, cit., p. 129.
[50] G. FAGGELLA, *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, cit., p. 150.
[51] G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 333.
[52] G. FAGGELLA, *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, cit. p. 150.
[53] C. BERSANI, *Faggella, Gabriele*, cit.

4. *Leonardo Coviello e* la culpa in contrahendo

La teoria di Faggella ebbe grandissima influenza nella dottrina civilistica italiana del suo tempo. L'aver messo in luce come la responsabilità per *culpa in contrahendo* non riguardasse soltanto il contratto invalido o non giunto a perfezione, ma anche il recesso ingiustificato dalle trattative ebbe conseguenze notevoli. Al punto che si arrivò quasi alla coincidenza della parte con il tutto, identificando la responsabilità precontrattuale con il recesso ingiustificato dalle trattative[54].

Queste brevi pagine non vogliono essere la sede per ripercorrere un dibattito di amplissima portata su un istituto del quale si discute in modo animato ancora oggi, con riguardo alla natura giuridica, fondamento e disciplina. Sia consentito tuttavia ricordare il contributo di Leonardo Coviello, corregionale del Faggella[55]. Con il fratello Nicola, al cui nome è indissolubilmente legato, è stato certamente uno dei grandi protagonisti della cultura giuridica italiana nel volgere tra Ottocento e Novecento[56]. Manifestò grande interesse per i nuovi movimenti che affacciavano in Germania, Austria e Francia[57].

È stato uno degli esponenti di quella scuola napoletana del diritto civile, «comunità scientifica che, raccolta intorno ad ambiti culturali omogenei e a medesime risonanze costruttive, condivide valori e metodi d'indagine», - che ha preso le mosse da Emanuele Gianturco costituendo una sorta di cerniera tra la scuola dell'esegesi e gli sviluppi della pandettistica in Italia[58].

Leonardo Coviello testimonia come teoria e prassi si integrano armonicamente nell'azione intellettuale del civilista «grazie allo strumento capillare della "nota a sentenza"»[59]. Non manca infatti una densa nota che affronta il tema della tutela dell'oblato in caso di revoca

---

54 G. PETRELLI, *Formazione del contratto, responsabilità precontrattuale e rimedi giuridici*, in *Riv. not.*, 1995, p. 1410.
55 L. MARTONE, *Coviello, Leonardo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 30, 1984, disponibile on line nel sito *www.treccani.it*.
56 F. BOSETTI, *Nicola e Leonardo Coviello e la nuova scienza del diritto civile in Italia*, Avigliano, 2005.
57 Cfr. P. GROSSI, *Il coraggio della moderazione (Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)*, in ID., *Nobiltà del diritto*, vol. I, Milano, 2008, p. 167 ss. Il riferimento è alla prolusione letta a Palermo il 14 gennaio 1908, L. COVIELLO, *De' moderni metodi di interpretazione della legge*, in *La Corte d'Appello*, IV, 1908, p. I ss., oggi in AA.VV., *Le prolusioni dei civilisti*, t. II, Napoli, 2012, p. 1499 ss.
58 P. POLLICE, *La civilistica a Napoli tra la fine dell'Ottocento e il Novecento*, in *Atti Accademia Pontaniana*, LXV, 2016, p. 69 ss.. spec. p. 76 e p. 79 ss. Su Emanuele Gianturco la letteratura è imponente, a partire dal classico F. TREGGIARI, *Emanuele Gianturco: l'educazione di un giurista (aspetti dell'insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 1235 ss.
59 P. GROSSI, *Nobiltà culturale degli avvocati dell'Italia unita*, in ID., *Nobiltà del diritto*, vol. II, Milano, 2014, p. 132.

della proposta o di morte del proponente, nella quale passa in rassegna le soluzioni che avevano visto la luce nella dottrina tedesca e tra cui spiccava «la famosa teoria sulla *culpa in contrahendo* e sull'*interesse negativo*»[60].

L'insigne accademico ebbe sempre grande interesse per le esigenze della prassi e intervenne con generosità nelle questioni nuove che comparivano all'orizzonte. Nel 1900 pubblica nella rivista napoletana «Il Filangieri» la prelezione al suo corso di diritto civile presso l'università di Messina sul tema «Della cosiddetta *culpa in contrahendo*»[61]. Con nitore nello stile Leonardo Coviello rifiuta una dimensione onnicomprensiva della teoria, e dimostra come l'ufficio del civilista consista nel non «fermarsi alla corteccia delle cose, ma penetrarne l'essenza, non arrestarsi alle norme positive ed alla gretta casistica, ma volgere la fronte ai principi più alti della scienza. Sono essi soltanto che possono aprirci la via e rischiarare l'oscurità per la conquista di nuovi veri e per l'attuazione di sempre crescenti progressi nel campo del diritto, campo sterminato come quello della vita e dell'attività umana. Però non bisogna fare come colui che per contemplare in cielo le stelle, cade miseramente nel fosso. Contemplare le idealità della speculazione con le esigenze della pratica, armonizzare i desiderati della dottrina con le determinazioni del diritto positivo, non disconoscere questo in omaggio a quella, o viceversa, *hoc opus hic labor!*»[62]. L'analisi di Coviello è di straordinaria completezza e si può ravvisare un *continuum* tra qualificazione del fatto e spessore dogmatico del problema; a una panoramica completa della letteratura tedesca si accompagna la rassegna delle ipotesi concrete[63].

De iure condito, da un lato, la teoria contrattuale della responsabilità *in contrahendo* appare artificiosa e astratta, dall'altro, la tesi aquiliana appare del pari insoddisfacente perché richiede l'elemento della colpa, che non sempre è rilevante nei casi emersi nella prassi. La soluzione è allora quella di trovare risposte adeguate ricavabili *aliunde* nel sistema, come quando si suggerisce di applicare i principi in tema di *negotiorum gestio* nei casi di revoca della proposta o di

---

[60] L. COVIELLO, Nota a Cass. Firenze, 16 aprile 1895, in *Giur. it.*, I, 1, cc. 820-832.
[61] L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Filangieri*, XXV, 1900, pp. 721-746.
[62] L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit., p. 737 s. Qui F. BOSETTI, *Nicola e Leonardo Coviello e la nuova scienza del diritto civile in Italia*, cit., p. 58, intravede gli spunti della futura evoluzione spirituale di Leonardo Coviello.
[63] F. BOSETTI, *op. cit.*, p. 57 s.

morte del proponente per tutelare l'oblato[64]. *De iure condendo* si auspica la recezione delle teorie oggettive basate sull'affidamento sorte in Austria e in Germania[65]. Certamente non si trattò di un approccio rivoluzionario, poiché di fronte alle sfide del diritto libero si mantenne lontano da una moderna valorizzazione dell'apporto creativo del giudice, perennemente in bilico tra conservazione e innovazione[66].

Risulta sempre attuale la sua osservazione che «nello studio del diritto civile e nelle sue quotidiane applicazioni s'incorre facilmente, almeno presso di noi, in due capitali difetti, da' quali è necessario, a mio avviso, tenersi egualmente lontani. L'uno tocca più da vicino i pratici, l'altro riguarda i teorici e gli scrittori. Il giurista pratico, sia giudice o avvocato, si ferma d'ordinario al testo della legge scritta, e non si cura di andare oltre. E se gli accadde di sentir parlare di nuove teorie o costruzioni giuridiche, o ne sorride come di astruserie vacue di significato reale, ovvero (e questo è, secondo me, male peggiore) è tentato a farne, se gli torna conto, applicazione fuor di proposito. Gli scrittori e i dottori della cattedra d'altra parte spesso si lasciano attirare da eleganti e ben architettate dottrine esotiche, e non sempre si danno il pensiero di verificare con cautela e circospezione se quelle dottrine, ammirande in sé e degne della massima considerazione, possono senz'altro accorgersi sotto l'impero di un diritto codificato, come il nostro, e che per giunta non sempre trovasi in armonia col progresso dei nuovi tempi. Ad evitare questi scogli bisogna, io credo, non già disprezzare o prendere alla leggiera le dottrine straniere, ma sibbene approfondire il significato e chiarirne la portata, rendendole accessibili anche a chi non si dedica alla scienza soltanto, per indi esaminare qual profitto possa trarsene per il nostro diritto vigente. Così si evita di far dire al nostro codice quello che il legislatore si è mai sognato di dire, ed è certo un bene se le nuove teorie non rispondono ad un vero bisogno. Ed è anche un bene se le esigenze della vita reclamano una riforma, perché è assai più utile che le lacune e le imperfezioni si rendono

[64] L. COVIELLO, Nota a Cass. Firenze, cit., c. 828 ss., riallacciandosi alle opinioni di Thon e Unger, con qualche distinzione. V. F. PROCCHI, '*Licet emptio non teneat*', cit., p. 331 ss., spec. p. 335.
[65] F. PROCCHI, '*Licet emptio non teneat*', cit., p. 331 ss., spec. p. 392.
[66] G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, in *Quad. fiorentini*, 40, 2011, p. 799 s.

manifeste, anziché occultarle o palliarle con espedienti sempre pericolosi di un'arbitraria giurisprudenza e di una mutevole dottrina. Solo mostrandosi in tutta la loro nudità i difetti di una legislazione si apre la via a riforme coscienti e di stabile durata»[67].

Vi è una sorta di preveggenza in queste parole, non solo per le sorti della *culpa in contrahendo*, che verrà codificata nel codice del 1942, ma più in generale per gli orizzonti del procedimento di individuazione e di sviluppo giudiziale del diritto civile, che ben potrà giovarsi del fertile contributo della comparazione giuridica[68].

Abstract

Questo lavoro presenta due diverse concezioni nella scienza giuridica italiana tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del Novecento. Con il saggio intitolato «*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz, bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*» Rudolf von Jhering si è interrogato sul rilievo giuridico del comportamento colposo tenuto dalle parti nel corso delle trattative contrattuali. Gabriele Fagella si occupa «Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica». Leonardo Coviello contro la teoria della *culpa in contrahendo*.

Abstract

This study presents two different two different conceptions in the Italian legal science between the end of the 19th century and the first decades of the 20th century. With the essay entitled «*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz, bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*» Rudolf von Jhering studied the juridical relevance of the culpable behavior of the parties during the contractual negotiations. Gabriele Fagella publishes the essay on pre-contractual periods and true and exact legal construction. Leonardo Coviello against the doctrine of *culpa in contrahendo*.

Campobasso, settembre 2021.

---

[67] L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit., p. 721 s.
[68] O. SANDROCK, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*, Frankfurt a.M., 1966, ed. it. a cura di Rocco Favale, *Significato e metodo del diritto civile comparato*, Napoli, 2009.

SUNG-MAO HUANG*

Die Überarbeitung des Schuldrechts im Zivilgesetzbuch von Taiwan

*Eine Bestandsaufnahme mit Fokus auf den Wettbewerb der verschiedenen Regelungsmodelle***

Inhaltsübersicht: I. Einleitung. – II. Reformziele und historische Hintergründe der Revision II. – III. Start und Ablauf der Überarbeitung. – 1. „Diskussionsentwurf". – 2. Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts. – IV. Erzielte Zwischenergebnisse. – A. Verjährungsrecht. – 1. Das subjektive System und die Länge der allgemeinen Verjährungsfrist. – 2. Objektive Höchstfrist. – 3. Ansprüche aus Eigentum. – 4. Verjährungshemmung und „Nichterfolg der Hemmung". – 5. Ablaufhemmungsgrund bei Verhandlungen. – 6. Qualifizierte Lockerung der Vereinbarung zur Verjährung. – B. Das allgemeine Leistungsstörungsrecht. – 1. Neue Konzeption zum Leistungsstörungsrecht: Pflichtverletzung als Grundtatbestand. – 2. Schadensersatz statt der Leistung. – 3. Schicksal des Unmöglichkeitsbegriffs. – 4. Unterscheidung zwischen Leistungspflicht und Schutzpflicht. – 5. Geringe Änderungen des Verzugsrechts. – 6. Neuerungen bei den Voraussetzungen des Rücktritts. – (1) Grundlinie der Reform. – (2) Rücktritt mit Nachfristsetzung. – (3) Rücktritt ohne Nachfristsetzung. – (4) Rücktritt wegen der schwerwiegenden Verletzung einer Schutzpflicht. – (5) Rücktritt vor Fälligkeit. – (6) Rücktritt vom ganzen Vertrag bei Teilleistung. – (7) Ausschluss des Rücktrittsrechts. – V. Zusammenfassende Anmerkungen: Mischung verschiedenartiger Regelungsmodelle.

* *Assistant Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica, Doktor der Rechte, Ruhr-Universität Bochum, PhD of Law, National Taiwan University.* *– Dem Aufsatz liegt ein Beitrag zum International Legal Dialogue zugrunde, der am 9. Juli 2021 am Lehrstuhl für Prozessrecht und Bürgerliches Recht der Ruhr-Universität Bochum (Professor Dr. Peter A. Windel) gehalten wurde.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

I. *Einleitung*

Kurz nach seinem 90. Geburtstag sieht sich das taiwanesische Schuldrecht mit seiner zweiten Revision konfrontiert. Das Schuldrecht zählt zu einem Bereich der taiwanesischen Rechtsordnung, der in vielen Aspekten besonders von der deutschen Lehre und Rechtsprechung beeinflusst wird.[1] Insoweit gilt die deutsche Dogmatik als gemeinsame Sprache der deutschen und taiwanesischen Rechtswissenschaft. Die taiwanesische Lehre und Praxis orientieren sich an der deutschen Begriffsbildung und Denkform bei der Rechtsentwicklung. Dies beruht auf der ähnlichen Gesetzeslage bezüglich des Schuldrechts bis zum Jahre 2002. Nach den Reformen des taiwanesischen und deutschen Schuldrechts, in den Jahren 1999 beziehungsweise 2002 bestanden immer noch Ähnlichkeiten, jedoch unterschieden sich beide Rechtsordnungen nun in vielerlei Hinsicht stärker voneinander. Einen Faktor, der die unterschiedliche Entwicklung beförderte, stellen die internationalen Regelwerke für das Vertragsrecht dar. Als Inspirationsquellen der deutschen Schuldrechtsreform wecken sie zunehmend die Aufmerksamkeit in der taiwanesischen Zivilrechtswissenschaft. Angesichts dessen lohnt es sich, auch zum Zwischenergebnis der Überarbeitung des taiwanesischen Schuldrechts in der europäischen Fachliteratur einen Beitrag zu veröffentlichen. Im Mittelpunkt dieses Beitrags steht die Frage, ob und in welchem Umfang die Reformvorhaben des taiwanesischen Schuldrechts dem deutschen oder einem internationalen Modell folgen. Konkreter ausgedrückt, ob die deutsche Schuldrechtsreform immer noch ein Vorbild ist oder vielmehr

[1] Ebenso wie das BGB beruht das taiwanesische Zivilgesetzbuch auf dem Pandektensystem. Das Schuldrecht gilt als das zweite Buch des taiw. ZGB. Das Gesetzbuch wurde ursprünglich in China unter der Regierung der Koumingtang verabschiedet und wurde erst ab 1945 zur Grundlage der zivilrechtlichen Ordnung in Taiwan. Zur Vorgesichte des taiw. ZGB und seiner Anwendung auf Taiwan siehe Tay-sheng Wang, Die Rezeption des kontinentaleuropäischen Zivilrechts in Taiwan und die Eigenständigkeit des taiwanischen Zivilrechts, Rechtsgeschichte – Legal History Rg 26 (2018), 70, 76 f.

dem Modell der internationalen Regelwerke gefolgt wird.

Dieser Beitrag umfasst vier Abschnitte. Zunächst werden Reformziele und historische Hintergründe der Reform vorgestellt. Danach werden der Start und der Ablauf der Überarbeitung umrissen. Anschließend werden die Entwürfe der jeweiligen Neuregelungen dargestellt. Da die Überarbeitung noch nicht abgeschlossen ist, muss dies auf bereits erzielte Ergebnisse beschränkt werden. Zum Schluss werden zusammenfassend Anmerkungen vorgelegt, die eine Antwort auf die in der Einleitung gestellte Frage geben können.

II. *Reformziele und historische Hintergründe der Revision II*

Schon 1999 hat das taiwanesische Schuldrecht eine fast von A bis Z durchgeführte Renovierung erfahren (im Folgenden: Revision I)[2]. Die Vorbereitung der Revision I begann im Jahr 1976 und wurde von der Kommission im Jahr 1995 abgeschlossen – fast parallel zum Prozess der deutschen Schuldrechtsreform. Die Änderungen sind nach einer Übergangszeit 1999 in Kraft gesetzt worden. Dennoch wurden in Revision I weder ein Entwurf der deutschen Schuldrechtsreform noch das UN-Kaufrecht (1980) und die Principles of International Commercial Contracts (1994) berücksichtigt. Die Principles of European Contract Lawwurden ohnehin erst danach veröffentlicht. Die internationalen Entwicklungen sind also bei der Revision I weitgehend unberücksichtigt geblieben. Dies hat zwei miteinander verknüpfte Gründe. Zum einen beruht die Revision I eher auf eigenen Bedürfnissen als auf externen Anregungen.[3] Die ständige Rechtsprechung zu kodifizieren und für anhaltende

[2] Näheres siehe Tay-Sheng Wang (Fn. 1), 82.

[3] Die Revision I hatte folgende Reformziele: 1. Die Verwirklichung des – in der am 25. Dezember 1947 in Kraft getretenen Verfassung verankerten – Sozialprinzips, um den Schutz des Schwächeren und des Verbrauchers besser zu gewährleisten. 2. Die Anpassung des alternden Schuldrechts an die veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse. 3. Die Rückführung von Spezialgesetzen in das kodifizierte Zivilgesetz. 4. Die Übernahme,

Lehrfragen eine Stellungnahme im Gesetz unterzubringen und besondere Vertragstypen ins Gesetz aufzunehmen, schien den Mitgliedern der Kommission zur Revision I vielmehr eine dringendere Aufgabe zu sein. Die Lokalisierung oder genauer „Taiwanisierung" des von der Kuomintang auf die Insel mitgebrachten Zivilrechtsgesetzbuchs bekam also mehr Gewicht als eine nochmalige Einführung fremden Rechts. Zum anderen bestand die Kommission zur Revision I vornehmlich aus der ersten Generation taiwanesischen Zivilrechtswissenschaftler – um einen Ausdruck von Tay-Sheng Wang zu verwenden –.[4] Diese erste Generation, die über kontinentaleuropäische Rechtskenntnissen verfügte, bemühte sich vor dem Hintergrund damaliger Bedürfnisse in der Lehr- und Forschungspraxis vor allem um Gesetzesauslegung und Begriffsbildung. Die zweite Generation, die später zur Kommission eingeladen wurde, hat die gesetzgeberische Entwicklung des deutschen BGB zwar bedacht, sie allein vermochte aber nicht, die Richtung der Revision zu ändern.

Die deutsche Schuldrechtsreform im Jahre 2002, drei Jahre nach dem Inkrafttreten der Revision I, galt zunehmend als Desiderat für die dritte Generation zum taiwanesischen Schuldrecht[5]. Es ist daher wenig überraschend, dass sich unzählige Beiträge der Darstellung des neuen deutschen Schuldrechts widmen. Mitunter wird kritisiert, dass das chinesische Vertragsrecht auf der Grundkonzeption des CISG basiert, während das taiwanesische Kaufrecht noch dem „altmodischen" Stil des früheren BGB entspricht. Noch größer sind jedoch die

um das Schuldrecht übersichtlicher und damit zugänglicher zu machen. 5. Die Aufnahme neuer im Rechtsverkehr herausgebildeter Vertragstypen. Vgl. Tze-Chien Wang, AcP 186 (1986), 237, 248 f.

[4] Näheres zu den vier Generationen taiwanesischer Juristen, Tay-sheng Wang (Fn. 1), 80 ff.

[5] So Sheng-Ling Jan, Die Entwicklung des Systems der Leistungsstörungen in Taiwan, The Taiwan Law Journal, No. 241, 2015.6, p. 22–23 (chinesisch).

Einflüsse der zum 1. April 2020 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierung des japanischen ZGB[6]. So wie die seit Langem zum Vorbild genommenen Kodifikationen scheint auch das taiwanesische ZGB der fortschreitenden Globalisierung nicht standhalten zu können.

Kennzeichnend für alle Bemühungen um die Revision II ist deshalb, die verpasste Modernisierung und Internationalisierung des Schuldrechts nachzuholen. Die Frage ist aber *wie* das gesehen soll. Neben der deutschen Schuldrechtsreform stehen nun auch internationale Regelwerke des Vertragsrechts wie CISG, PICC und PECL als Referenzquelle zur Verfügung. Bei der Modernisierung und Internationalisierung ist es deshalb kaum zu vermeiden, zwischen verschiedenen Modellen zu schwanken.

III. *Start und Ablauf der Überarbeitung*

1. *„Diskussionsentwurf"*

Ob und wieweit das geltende Schuldrecht wirklich reformbedürftig ist, wurde zu Beginn nicht eingehend diskutiert. Unter Wissenschaftlern gab es zunächst nur vereinzelte Stimmen, die eine Modernisierung des Schuldrechts erhofft haben. Diese schlossen sich mit der Zeit zusammen. Im Dezember 2016 befassten sich das taiwanesische Justizministerium und die juristische Fakultät der Nationaluniversität Taiwan mit der Forschungsaufgabe „Auseinandersetzungen mit dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht, Sachmängelrecht und Verjährungsrecht und die Reformvorschläge – im Fokus auf den Entwicklungstrend des modernen internationalen Vertragsrechts". Das Ergebnis der fast einjährigen Forschung wurde in

[6] Zu einer ansatzweisen Darstellung siehe Keizo Yamamoto, Einführung in die Übersetzung des novellierten Zivilgesetzes 2020, Zeitschrift für japanisches Recht, 45 (2018), 177–182. Die in diesem Beitrag zitierte deutsche Fassung des neuen japanischen Schuldrechts ist Keizo Yamamoto zu verdanken. Vgl. Zeitschrift für japanisches Recht, 45 (2018), 183–305.

einem *Abschlussbericht*[7] veröffentlicht, der auch einen Entwurf enthält (im Folgenden: *Diskussionsentwurf*). Dass sich die Reformkonzeption des Diskussionsentwurfs stark am neuen deutschen Schuldrecht orientiert, lässt sich sowohl am beabsichtigten Umfang der Reform als auch an einzelnen vorgeschlagenen Bestimmungen ablesen. Sein Ziel ist, das Schuldrecht mit der neuen deutschen Version zu aktualisieren.

2. *Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts*

Nach der Veröffentlichung des Abschlussberichts hat das Justizministerium im April 2017 die „Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts" einberufen. Die Kommission besteht aus 13 Mitgliedern, zu denen zehn Inhaber eines Lehrstuhls für Zivilrecht[8], eine Beamtin des Justizministeriums, ein Richter und ein Rechtsanwalt gehören. Hinzu kommen noch Wissenschaftler, die die Kommission hinsichtlich des fremden Rechts unterstützen[9]. Vertreter der Wirtschaft, der Verbraucherschutzverbände oder Gewerkschaften haben dabei keinen Anteil. Die Sitzung der Kommission wird in der Regel einmal alle zwei Wochen einberufen. Den Diskussionen und Verhandlungen in der Kommission liegt der Diskussionsentwurf zugrunde. Zivilrechtslehrer machen also die Mehrheit der Mitglieder der Kommission aus. Deshalb sind ihre Ansichten für die Ausrichtung und die Gestaltung der geplanten Novellierung ausschlaggebend. Manche von ihnen sind ohnehin an der Bearbeitung des Diskussionsentwurfs beteiligt gewesen. Dies hindert aber nicht daran, einzelne Vorschriften des

[7] Online abrufbar unter: https://www.moj.gov.tw/cp-271-44935-d4a03-001.html (chinesisch).
[8] Die in der Kommission beteiligten Zivilrechtslehrer haben jeweils in Deutschland, Frankreich, Japan, den Vereinigten Staaten von Amerika und Taiwan eine Promotion abgeschlossen.
[9] Der Verfasser dieses Aufsatzes ist seit Oktober 2017 als Forscher in der Kommission.

Diskussionsentwurfs einer genaueren Überprüfung zu unterziehen. Freie Diskussionen beherrschen die jeweiligen Sitzungen, was der klugen Leitung des Vorsitzenden Grand Justice *Jan, Sheng-Lin* zu verdanken ist. Die Äußerungen der Mitglieder und die beschlossenen Reformvorschläge werden protokolliert, aber erst nach Abschluss der Reformarbeit veröffentlicht.

Nach der Agenda der Kommission sollte die Überarbeitung mit dem Verjährungsrecht beginnen. Entgegen der ursprünglichen Einschätzung haben die Verhandlungen zu diesem Teil mehr als vier Monate gedauert. Aufgrund dieser Erfahrungen hat die Kommission versucht, die Arbeitsweise zu verändern, bevor sie zur nächsten Phase überging. Auf den Vorschlag von Herrn Prof. Chen, Tzu-Chiang hat die Kommission „Grundprinzipien für die Gesetzgebung des Leistungsstörungsrechts" postuliert, um Diskussionen und Verhandlungen möglichst auf wesentliche Thesen zu konzentrieren. Manche Thesen sind bereits im Kommissionsentwurf verwirklicht. Deswegen werden hier die „Grundprinzipien" nicht eins zu eins erörtert, sondern im Folgenden nur je nach Bedarf angeführt.

Mit der 32. Sitzung am 25.10.2018 trat die Kommission in die Überarbeitung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts ein. Bis zur letzten (76.) Sitzung vor der Erstellung dieses Beitrags hat die Kommission erst mit der Rechtsfolge des Rücktritts begonnen. Ein anderer Schwerpunkt der Reform – Gewährleistungsrechte des Kauf- und Werkvertrags – ist bislang noch unberührt geblieben. Im Folgenden werden bereits entworfene Vorschriften des Kommissionsentwurfs (KE) dargestellt.

IV. *Erzielte Zwischenergebnisse*

A. *Verjährungsrecht*

Jede Verjährungsordnung besteht hauptsächlich aus vier Bestandteilen: die Länge der Verjährungsfrist, der Beginn des Verjährungslaufs, Hindernisse, also Hemmung bzw. Ablaufhemmung und Neubeginn der Verjährung, und schließlich die Zulässigkeit der Vereinbarung über die Verjährung[10]. Diese Bestandteile hängen so eng miteinander zusammen, dass die Einführung einer allgemeinen Verjährungsfrist ohne Modifikationen anderer Bestandteile nicht auskommt. Dem entspricht die Hauptaufgabe des Verjährungsrechts, das Interesse sowohl des Gläubigers als auch des Schuldners in einen Ausgleich zu bringen. Abgesehen von möglichen Differenzen im Detail stimmen das Verjährungsrecht des BGB und die internationalen Regelwerke darin überein, grundsätzlich eine kurze Verjährungsfrist anzusetzen und diese dann durch Hemmungs- und Ablaufhemmungsgründe zu erweitern. Außerdem wird die überkommene Einschränkung der Vereinbarung über die Verjährung entweder gelockert oder ganz aufgehoben.

Die gleiche Tendenz ist auch in der taiwanesischen Verjährungsreform erkennbar. Die geplante Reform bedeutet für das geltende Verjährungsrechts einen Systemwechsel. Im Folgenden werden ihre Schwerpunkte vorgestellt und unter anderem auf ihre Abweichungen und Variationen von den von ihr verfolgten Modellen hingewiesen.

1. *Das subjektive System und die Länge der allgemeinen Verjährungsfrist*

Für den Verjährungsbeginn gibt es im Wesentlichen zwei Alternativen: das subjektive

[10] Zimmermann, „...ut sit finis litium": Grundlinien eines modernen Verjährungsrechts auf rechtsvergleichender Grundlage, JZ 2000, 853, 857.

System und das objektive System. Das deutsche BGB gehört zu ersterem, während PECL und PICC zu letzterem gehören.[11] Die Kommission hat sich fast einstimmig für das subjektive System entschieden. Das ist nachvollziehbar. Schon § 197 taiw. ZGB enthält eine mit § 852 Abs. 1 BGB a.F. vergleichbare Regelung, wonach der Schadensersatzanspruch aus einer unerlaubten Handlung in zwei Jahren von dem Zeitpunkt an verjährt, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt.

Nach § 125 Abs. 2 KE beträgt die allgemeine Verjährungsfrist 5 Jahre ab Kenntnis des Gläubigers von seinem Recht. Abweichungen vom BGB bestehen in der Fristlänge und dem der Kenntnis gleichgestellten einfachen Kennenmüssen. Insoweit findet das französischen Recht Niederschlag. Die Kommission hält die Lockerung des Verjährungsbeginns und eine etwas längere Verjährungsfrist für ausgewogen.

2. *Objektive Höchstfrist*

Ohne Rücksicht auf Kenntnis bzw. Kennenmüssen verjährt der Anspruch in 15 Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Gläubiger den Anspruch geltend machen kann (§ 125 Abs. 2 KE). Hiermit ist die Fälligkeit des Anspruchs gemeint. Schadensersatzansprüche, die auf der vorsätzlichen Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit und der sexuellen Selbstbestimmung beruhen, haben eine besondere Höchstfrist von 20 Jahren (§ 125a KE).

[11] Zum objektiven System des Verjährungsrechts vgl. PECL Art. 14:203 (1) und PICC Art. 10.2.

3. *Ansprüche aus Eigentum*

Ansprüche aus Eigentum unterliegen nicht der Verjährung (§ 125b KE). Das gilt sowohl für Herausgabe- als auch für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche. Bei dieser im diametralen Gegensatz zu § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB stehenden Bestimmung handelt es sich um eine Fortentwicklung der Interpretationen des Verfassungsgerichts Nummer 107 und 164, nach denen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche aus dem Eigentum an einem Grundstück, das im Grundbuch eingetragen ist, nicht der Verjährung unterliegen.

4. *Verjährungshemmung und „Nichterfolg der Hemmung"*

Für das taiwanesische Zivilgesetzbuch ist die Verjährungshemmung ein fremder Begriff. Die Kommission hat vor, die Klageerhebung, die nach geltendem Recht die Verjährungsunterbrechung bewirkt, zum Hemmungsgrund zu modifizieren (§ 129 Nr. 1 KE). Andere Gründe, die der Klageerhebung gleichgestellt sind, werden dementsprechend gleichbehandelt (§ 129 Nr. 2–10 KE). Auf Vorschlag des in der Kommission anwesenden Richters wurde ergänzt, dass die Hemmung durch Klageerhebung als nicht erfolgt gilt, wenn die Klage zurückgenommen oder abgewiesen wird (§ 131 KE)[12]. Dies beruht auf der Überlegung, dass die Berechnung der Tage zwischen Klageerhebung und Klagerücknahme bzw. Klageabweisung die Gerichtspraxis unnötigerweise belasten könnte.

5. *Ablaufhemmungsgrund bei Verhandlungen*

Völlig neu ist die Einführung der Verhandlung als Element der Verjährungsordnung.

[12] Dementsprechend wurden auch weitere Vorschriften zu ähnlich gelagerten Fällen angepasst, vgl. §§ 131a, 132, 132a, 132b, 133, 134, 134a KE.

Bisweilen versäumt der Gläubiger wegen anhaltender Verhandlungen mit dem Schuldner, die Klage rechtzeitig zu erheben. In solchen Fällen kann die Rechtsprechung dem Gläubiger bislang nur mit dem Grundsatz von Treu und Glauben helfen. Auch vor dem Hintergrund der Überlegung, dass Verhandlungen zwischen Parteien auch dazu beitragen können, Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden und daher die Belastung der Gerichte zu reduzieren, hält die Kommission die Berücksichtigung der Verhandlung als Hemmungsgrund für notwendig.

Über den Tatbestand und die Rechtsfolgen der Verhandlung entstanden aber heftige Diskussionen. Der Antrag der Rechtspraktiker, dass in Anlehnung an Art. 151 des japanischen Zivilgesetzbuchs (jap. ZG) das Einverständnis zur Verhandlung in schriftlicher Form erfolgen muss, fand keine Mehrheit. Nach § 136b KE reicht deshalb jeder Meinungsaustausch über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände aus. In Bezug auf die Rechtsfolge stehen die Hemmung des BGB und Ablaufhemmendung der PECL Folge zu Auswahl. Aus dem Grund der Klarheit bevorzugt die Kommission zwar das Modell der PECL. Nach § 136b KE beginnt die Ablaufhemmung aber – anders als Art. 14:304 PECL – von dem Zeitpunkt an, in dem eine der Parteien die Fortsetzung der Verhandlung abgelehnt hat.

6. *Qualifizierte Lockerung der Vereinbarung zur Verjährung*

Nach dem geltenden § 147 taiw. ZGB kann die Verjährungsfrist durch Rechtsgeschäft weder verlängert noch verkürzt werden. Dem internationalen Trend folgend hebt nun § 147 Abs. 2 KE das Verbot weitgehend auf. Im Prinzip können Parteien frei über Verjährungsfrist, Verjährungsbeginn, Hemmungs- und Ablaufhemmungsgründe disponieren. Ausgeschlossen

sind aber Verjährungsvereinbarungen, die mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen geschlossen werden. Die Verjährung kann bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Vereinbarung erleichtert (§ 147 Abs. 4 KE). Diese Regelung wurde § 202 Abs. 1 BGB nachgebildet. Darüber hinaus sieht § 147 Abs. 3 KE eine Obergrenze von 20 Jahren und eine Untergrenze von 2 Jahren vor. Insoweit werden § 202 Abs. 2 BGB und Art. 2254 Code Civil herangezogen. Dass auf die Verjährung nicht im Voraus verzichtet werden kann, wird beibehalten (§ 147 Abs. 1 KE).

B. *Das allgemeine Leistungsstörungsrecht*

1. *Neue Konzeption zum Leistungsstörungsrecht: Pflichtverletzung als Grundtatbestand*

Dem Abschlussbericht zufolge ist eine neue Konzeption des Leistungsstörungsrechts erforderlich: „Der Begriff der Leistungsunmöglichkeit steht im Mittelpunkt des allgemeinen Leistungsstörungsrechts und bildet eine ständige Quelle von Abgrenzungsschwierigkeiten." Entsprechend der „Grundprinzipien" ist die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörungen vorgesehen. So schreibt § 226 Abs. 1 KE vor: „*Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen.*" Diese Norm geht offensichtlich auf die Konzeption des § 280 Abs. 1 BGB zurück.

2. *Schadensersatz statt der Leistung*

Dass die Kommission weitgehend dem deutschen Modell folgt, zeigt sich unter anderem in der Aufnahme des Konzepts des Schadensersatzes statt der Leistung. Diesbezüglich geht das deutsche BGB bekanntlich von drei Konstellationen aus: Leistungsverzögerung mit/ohne Nachfristsetzung (§ 281), Unmöglichkeit der Leistung (§ 283) und Verletzung einer

Schutzpflicht (§ 282). Ein anderes herangezogenes Modell – das neue japanische Schuldrecht – verknüpft dagegen Schadensersatz statt der Leistung mit deren Unmöglichkeit, der Leistungsverweigerung des Schuldners und schließlich dem gesetzlichen Rücktritt (§ 415 Abs. 2 jap. ZG)[13].

Das deutsche Modell, das für die jeweilige Art der Leistungsstörung eine Rücktrittsmöglichkeit vorsieht, halten die Mitglieder der Kommission für zu kompliziert. Damit wird versucht, alle möglichen Rücktrittsgründe in einen spezifischen Paragrafen zu integrieren. Das Ergebnis ist § 226a 1 Abs. 1 KE: „*Unter den Voraussetzungen des § 226 Abs. 1 kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er zugleich vom Vertrag zurücktreten kann."* Mit dieser Regelung soll dem japanischen Modell gefolgt werden.

Der Abstraktionsgrad des § 226a Abs. 1 KE ist noch höher als der des § 415 Abs. 2 jap. ZG. Das erschwert in erheblichem Maße die Rechtsfindung. Als Beispiel diente der Fall der Unmöglichkeit der Leistung: Die §§ 226 und 226a KE gereichen nicht zu einer vollständigen Anspruchsgrundlage. Mit nur unbestimmter Verweisung („wenn er zugleich vom Vertrag zurücktreten kann") muss man gut 30 Paragrafen weiter blättern und findet insbesondere vier Paragrafen: §§ 254, 255, 255a, 255b KE. Eine passende Bestimmung findet sich hier endlich in § 255 Nr. 2 KE. Für eine vollständige Anspruchsgrundlage müssen aber zusätzlich noch die §§ 226 und 226a KE miteinbezogen werden. § 226a KE macht es nach allem erforderlich, zwischen zwei Regelungskomplexen hin und her zu springen. Eine reibungslose Rechtsanwendung ist somit kaum möglich.

[13] Gemäß Art. 416 (2) des jap. ZG kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn
1. die Erfüllung der Schuld unmöglich ist,
2. der Schuldner eindeutig die Absicht erklärt hat, die Erfüllung der Schuld zu verweigern, oder
3. ein Rücktritt von dem Vertrag, aus dem die Schuld entstanden ist, erfolgte oder ein Recht auf Rücktritt vom Vertrag wegen Nichterfüllung der Schuld entstanden ist.

3. *Schicksal des Unmöglichkeitsbegriffs*

Gemäß der neuen Konzeption soll der Begriff der Unmöglichkeit seine zentrale Stellung im Leistungsstörungsrecht verlieren. Die Unmöglichkeit der Leistung soll – so wird es im Abschlussbericht und in den Grundprinzipien ausgedrückt – nur ein Grund für Ausschluss der Leistungspflicht sein. Wiederum wird die Konzeption des deutschen BGB zum Vorbild genommen. So lautet § 225 KE: „*Der Anspruch auf primäre Leistung ist ausgeschlossen, soweit die Leistung unmöglich ist.*" Das Prädikat „primär" bedeutet, dass der Gläubiger nur die Leistung so wie geschuldet nicht verlangen kann. Die sekundäre Leistungspflicht richtet sich nach §§ 226, 226 Abs. 1 KE. § 225a KE[14] stellt sich als vereinfachte Fassung des § 275 Abs. 2, 3 BGB dar.

Eine weitere grundlegende Änderung zum Unmöglichkeitsrecht ist § 246 KE. Wie § 311a BGB stellt auch § 246 KE klar: „*Der Vertrag ist auch dann wirksam, wenn er auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist.*" Offensichtlich wurde hier aber eine Bezugnahme auf §§ 225, 225 KE versäumt.

4. *Unterscheidung zwischen Leistungspflicht und Schutzpflicht*

Seit Langem ist in Lehre und Praxis umstritten, ob das taiwanesische Leistungsstörungsrecht den Begriff der Schutzpflicht kennt. Mit der Revision I wurde zwar § 227 a.F. aufgegeben, der lautete: „*(1) Soweit die Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstands*

[14] § 225a KE: „Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit
1. die Leistung einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leitungsinteresse des Gläubigers steht oder
2. die Leistung der Schuldner persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zumutbar ist."

unvollständig bewirkt wird, kann der Gläubiger seinen Anspruch nach den Regeln des Verzugs oder der Unmöglichkeit geltend machen. (2) Für Schäden, die über den in Absatz 1 bestimmten Rahmen hinaus entstehen, kann der Gläubiger ebenfalls Ersatz verlangen." Trotzdem wird weiterhin argumentiert, dass es bei den Regeln des Verzugs und der Unmöglichkeit lediglich um die Leistungspflicht und nicht um eine Schutzpflicht gehe. Während die Leistungspflicht das Erfüllungsinteresse des Gläubigers betreffe, hänge die Schutzpflicht mit dem Integritätsinteresse des Gläubigers zusammen. Rein formal gesehen handelt es sich hier um die Suche nach einer gesetzlichen Anspruchsgrundlage. In den Blick zu nehmen sind hier drei theoretische Problemkreise: (1) Es bestehen zwei unterschiedliche, aber nicht völlig voneinander zu trennende Perspektiven: Interesse vs. Pflicht; (2) vertragliche Privatautonomie vs. Eingriffsberechtigung des Richters; (3) die Abgrenzung der vertraglichen von der deliktischen Haftung.

Ohne nähere Diskussion zu theoretischen Fragen hat die Kommission die Einführung des Begriffs der Schutzpflicht beschlossen. Mit § 199a KE wird ausdrücklich geregelt: „*Ein Teil ist nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses verpflichtet, das Leistungsinteresse zu verwirklichen und Rechte und Interessen des anderen Teils zu schützen.*" Der Antrag, einige Wörter wie „mit Rücksicht auf Treu und Glauben" hinzufügen, wurde mit der Begründung nicht angenommen, dass das Prinzip von Treu und Glauben bei der Vertragsinterpretation ohnehin zu berücksichtigen ist.

5. *Geringe Änderungen des Verzugsrechts*

Regelungen hinsichtlich des Verzugs unterliegen nur geringen Veränderungen. Sie richtet sich auf Anpassung an § 226a und § 255a KE. Bei § 226a KE in Verbindung mit § 255a KE handelt es sich um einen integrierten Tatbestand für Schadensersatz statt der Leistung.

Damit ist § 232 des geltenden taiw. ZGB[15] nach dem Entwurf ersatzlos aufzuheben. Des weiteren wird der Tatbestand des § 229 um die Regelung erweitert, dass die Mahnung entbehrlich ist, sofern der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert.[16] Eine vergleichbare Vorschrift im BGB ist § 286 Abs. 2 Nr. 3.

6. *Neuerungen bei den Voraussetzungen des Rücktritts*

(1) *Grundlinie der Reform*

Das allgemeine Leistungsstörungsrecht des geltenden taiw. ZGB beinhaltet drei Rücktrittstatbestände: § 254 für die Verzögerung der Leistung unter der Voraussetzung der Fristsetzung, § 255 für relative Fixgeschäfte und schließlich § 256 für die Unmöglichkeit der Leistung. In den „Grundprinzipien" wurden zunächst zwei Reformziele aufgestellt: die Voraussetzungen des Rücktritts unabhängig vom Vertretenmüssen zu machen und das Konzept der wesentlichen Vertragsverletzung („*fundamental breach of contract*" im Sinne der CISG Art. 25) zu berücksichtigen. Dem ersten Ziel hat die Kommission einhellig zugestimmt. Dies führt dazu, dass in § 254 KE der Ausdruck „Verzug" zu vermeiden ist. Dagegen bereitete das zweite Ziel schon in der frühen Phase der Verhandlungen Schwierigkeiten. Beim Konzept der wesentlichen Vertragsverletzung handelt es sich um ein neuartiges Regelungsmodell der internationalen Regelwerke. Das Konzept ist der taiwanesischen Zivilrechtswissenschaft

[15] § 232 des geltenden taiw. ZGB: „Besteht an der Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse mehr, so kann dieser unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen."

[16] § 229 KE: „(1) Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Zustellung der Klageschrift im Fall der durch den Gläubiger erhobenen Klage sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich. (2) Hat der Gläubiger bei der Mahnung eine Frist gesetzt, so kommt der Schuldner nach Ablauf der Frist in Verzug. (3) *Die Mahnung ist entbehrlich, wenn 1. für die Leistung eine feste Zeit bestimmt wird und der Schuldner nicht leistet oder 2. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert.*"

zwar nicht völlig fremd, jedoch nicht leicht zu handhaben.[17] Im Hinblick auf die schwerwiegenden Auswirkung des Rücktritts für Vertragspartner und die Verkehrsanforderung an feststellbare und transparente Tatbestandsvoraussetzungen bevorzugt die Kommission das überkommene Modell. Daneben ist indes nicht ausgeschlossen, dem Grundgedanken der wesentlichen Vertragsverletzung (z.B. schwerwiegende Beeinträchtigung der Vertragserwartung der Partei) im Sonderfall Rechnung zu tragen. Mit dieser Entscheidung verzichtet die Kommission zugleich auf einen einheitlichen Rücktrittstatbestand.

Die Rücktrittstatbestände lassen sich im Wesentlichen in zwei Gruppen unterteilen: Rücktritt unter der Voraussetzung der Nachfristsetzung und Rücktritt ohne Nachfristsetzung. Damit wendet man sich vom überkommenen Modell ab und folgt gleichzeitig dem Modell des japanischen Zivilgesetzbuchs (§§ 541, 542 jap. ZG). Der weichenstellende Maßstab ist also die Notwendigkeit der Fristsetzung. Im Folgenden wird sich zeigen, dass das Kriterium für die Systembildung von ausschlaggebender Bedeutung ist und einen strukturellen Unterschied zu §§ 323–325 BGB darstellt.

(2) *Rücktritt mit Nachfristsetzung*

Als Grundtatbestand für die erste Gruppe gilt § 254 KE, der vorschreibt: „*[1]Erbringt der Schuldner die Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt hat, vom Vertrag zurücktreten. [2]Hat*

[17] Für Mitglieder der Kommission besonders unverständlich ist beispielweise die Formulierung des Art. 25 CISG „substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract". Insbesondere halten Rechtspraktiker diese Bestimmung für zu vage. Ferner enthält die Regelung mit der Maßgabe der „Voraussehbarkeit" („unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result") eine subjektive Voraussetzung des Rücktritts, die die Reform jedoch gerade vermeiden möchte. Zur Entstehungsgeschichte des Art. 25 vgl. Gsell in: H. Honsell (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., 2010, Art. 25 Rn. 1–7.

der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist." Wie bereits erwähnt, wird die Verwendung des Begriffs „Verzug" vermieden. Die Bestimmung ist mit § 323 BGB vergleichbar. Einige Unterschiede sind dennoch auffällig. Zum einen fehlt eine § 323 Abs. 2 entsprechende Bestimmung. Fälle, in denen die Fristsetzung entbehrlich ist, fallen unter § 255 KE und bestehen beispielsweise im Fall der Leistungsunmöglichkeit. Zum zweiten wird der Fall der Teilleistung, der von § 323 Abs. 5 S. 1 erfasst ist, herausgenommen und in § 255b KE mit der Teilunmöglichkeit zusammen geregelt. Schließlich erkennt man in Satz 2 nur noch einen geringen Einfluss des § 323 BGB.

(3) *Rücktritt ohne Nachfristsetzung*

Alle Fälle, in denen die Fristsetzung entbehrlich ist, fallen unter § 255 KE, der lautet: „*Erbringt der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger ohne Fristsetzung zurücktreten, wenn 1. sich aus dem Wesen des Vertrags oder aus den Willenserklärungen der Parteien ergibt, dass die Leistung zu einem bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist erbracht werden muss, um dem Vertragszweck gerecht zu werden, 2. der Schuldner nach § 225 oder § 225a nicht zu leisten braucht, 3. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder 4. besondere Umstände vorliegen, sodass die Fristsetzung oder Nacherfüllung dem Vertragszweck nicht gerecht werden kann.*"

Bei Nr. 1 handelt es sich um den Fall des Fixgeschäfts, der ohnehin im geltenden § 255 geregelt ist. Dieser wird hier nur sprachlich klarer gefasst. Auch die Bestimmung der Nr. 2 stellt nur eine modifizierte Fassung des geltenden § 256 dar, um die Begriffserweiterung des § 225 KE zu berücksichtigen. Völlig neu eingeführt sind lediglich Nr. 3 und Nr. 4.

Besonderes Augenmerk gilt Nr. 4. Die Bestimmung geht auf § 542 Abs. 1 Nr. 5

jap. ZG zurück; hier wird jedoch die Aussichtlosigkeit der Nachholung der Leistung nicht deutlich genug zum Ausdruck gebracht. In diesem Zusammenhang wird aber auch geklärt, dass Nr. 4 kaum als ein Fall der wesentlichen Vertragsverletzung angesehen werden kann. Vielmehr bedeutet diese Regelung nur, dass im Falle besonderer Umstände eine Fristsetzung oder Nacherfüllung nicht mehr sinnvoll ist.

(4) *Rücktritt wegen der schwerwiegenden Verletzung einer Schutzpflicht*

Die in § 199a KE ausdrücklich anerkannte Schutzpflicht spielt nicht nur beim Schadensersatz, sondern auch beim Rücktritt vom Vertrag eine Rolle. Nach § 255d KE kann ein Teil vom Vertrag zurücktreten, wenn eine Schutzpflicht durch den anderen Teil so schwerwiegend verletzt wurde, dass ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. Dieser Rücktrittsgrund ist systematisch gesehen nicht perfekt positioniert und stellt eine Ausnahme vom zweigleisigen System dar. Er müsste folgerichtig in § 255 KE geregelt werden. Hier wird abermals der Einfluss des deutschen Rechts deutlich und zwar des § 324 BGB.

(5) *Rücktritt vor Fälligkeit*

Im geltenden taiwanesischen ZGB ist der Rücktritt vor Eintritt der Fälligkeit grundsätzlich ausgeschlossen[18]. Bislang hält die Rechtsprechung an dieser Position fest.[19] Demgegenüber trägt die Kommission Sonderfällen Rechnung, in denen das Abwarten des Fällig-

[18] Eine Ausnahme bildet § 503 taiw. ZGB, wonach der Besteller, ohne den Lieferungstermin abzuwarten, unter den Voraussetzungen des § 502 Abs. 2 vom Vertrag zurücktreten kann, wenn sich infolge eines vom Unternehmer zu vertretenden Umstandes die Ausführung des Werks so sehr im Rückstand befindet, dass die rechtzeitige Vollendung des Werks nicht mehr abzusehen ist.

[19] Neuerdings siehe Urteil des obersten Gerichts, 2015, Taiwan Revision Nr. 816.

keitszeitpunkts dem Gläubiger unzumutbar ist, sodass das Interesse des Gläubigers, sich sofort vom Vertrag zu lösen, weitgehend dem Schutzinteresse des Schuldners überlegen ist. In solchen Fällen soll der Gläubiger eine Möglichkeit zum sofortigen Rücktritt haben. So schreibt § 255a KE vor: „*Bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten, wenn 1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder 2. aufgrund besonderer Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit vorauszusehen ist, dass der Schuldner nicht leisten oder nicht vertragsgemäß leisten wird und dem Vertragszweck nicht gerecht werden kann.*"

Die Rücktrittsmöglichkeit vor Fälligkeit der Leistung auf diese zwei Fälle zu beschränken, erscheint wenig sinnvoll. Ist die Unmöglichkeit der Leistung bereits vor Fälligkeit eingetreten, dann sollte dem Gläubiger nicht die Möglichkeit verwehrt werden, sofort vom Vertrag zurückzutreten. Denn in diesem Fall steht das Erbringen der Leistung ebenfalls nicht mehr in Aussicht. Hinsichtlich der Aussichtlosigkeit der Leistungserbringung ist aber auch eine doppelte Regelung der ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung des Schuldners (§§ 255 Nr. 3 u. 255a Nr. 1 KE) verfehlt. Es genügt eine Bestimmung, die darauf hinweist, dass der Gläubiger bereits vor Fälligkeit vom Vertrag zurücktreten kann, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden (vgl. § 323 Abs. 4 BGB).

(6) *Rücktritt vom ganzen Vertrag bei Teilleistung*

Das geltende Rücktrittsrecht enthält keine Bestimmung für Teilleistung und Teilunmöglichkeit. Für den Fall der Teilunmöglichkeit sieht § 226 Abs. 2 taiw. ZGB aber eine Mög-

lichkeit zum Schadensersatz statt der ganzen Leistung vor, wenn der Gläubiger an der Teilleistung kein Interesse hat. § 255b KE[20] folgt dieser Konzeption und enthält jeweils einen Absatz für Teilverzögerung und Teilunmöglichkeit der Leistung. Eine vergleichbare Einschränkung für die nicht vertragsgemäße Leistung findet sich dagegen in § 254 S. 2 KE. Hier hängt – in Anlehnung an § 323 Abs. 5 S. 2 BGB – der Rücktritt von der Unerheblichkeit der Pflichtverletzung ab.

(7) *Ausschluss des Rücktrittsrechts*

Schließlich enthält § 255c KE eine mit § 323 Abs. 6 und § 326 Abs. 2 S. 1 BGB vergleichbare Regelung. Demnach ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.

V. *Zusammenfassende Anmerkungen: Mischung verschiedenartiger Regelungsmodelle*

In der taiwanesischen Schuldrechtsreform spiegelt sich auf einer Seite die andauernde Rezeption des fremden Rechts wider, auf der anderen Seite die Reaktion auf den Wettbewerb der unterschiedlichen Rechtskulturen in der immer weiter fortschreitenden Globalisierung der Rechtswelt. Die Kommission zur Revision II hat eine Aufgabe zu erfüllen, die keineswegs leichter ist als bei der Revision I. Zum einen stellen die nationalen Kodifikationen nicht mehr

[20] § 255b KE: „(1) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. (2) Braucht der Schuldner nach § 225 oder § 225a einen Teil der Leistung nicht zu leisten, so kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat.

die einzigen Vorbilder für Reformvorhaben dar. Auch CISG, PICC und PECL stellen in vielen Fällen erwägenswerte Lösungsansätze dar. Zum anderen folgen internationale Regelwerke für Vertragsrecht auch eigenen Systemen und Vorstellungen und haben eigene Regelungsideen, die sich in nicht unerheblichem Maße von nationalen Zivilgesetzbüchern unterscheiden. Schon die internationalen Regelwerke weisen ihrerseits dogmatische Inkonsequenzen auf, die in der Harmonisierung und Überbrückung kontinentaleuropäischer und angloamerikanischer Rechte begründet sind. Dies erschwert es, die Anforderungen der Modernisierung und Internationalisierung dadurch zu erfüllen, ein paar Vorschriften aus dem BGB oder internationalen Regelwerken ins taiwanesische ZGB umzupflanzen und die alten Regelungen abzulösen. Bewährt hat es sich dagegen, die verschiedenen Regelungsmodelle zu studieren, Unterschiede herauszuarbeiten und sie sowohl rechtsdogmatisch als auch rechtspolitisch auszuwerten.

Das oben Gesagte lässt sich anhand zweier Beispiele demonstrieren. Als das erste Beispiel dient die Systematik des Schadensersatzes wegen Leistungsstörung. Vor Beginn der Überarbeitung wurde in der Literatur teils *de lege lata*, teils *de lege ferenda* dafür plädiert, alle Erscheinungsformen der Leistungsstörung unter den Oberbegriff der Pflichtverletzung oder den der Nichterfüllung zu fassen und das taiwanesische Leistungsstörungsrecht auf die gleiche Stufe wie CISG, PICC und PECL zu stellen. § 226 Abs. 1 KE gilt als die Verwirklichung dieses Gedankens. Es stellte sich aber heraus, dass – wie oben schon gesagt – der Entwurf ausführliche Bestimmungen für Schadensersatz statt der Leistung enthält. Infolgedessen muss der Begriff der Pflichtverletzung noch in verschiedene Typen eingeteilt werden. Dabei spielt die Unmöglichkeit der Leistung immer noch eine eigenständige Rolle. Hinzu kommt, dass die Verzugsvorschriften fast unverändert bleiben. Sie dienen nach wie vor als Grundlage

für Verzugsschaden. Es lässt sich lediglich feststellen, dass das „breach of contract" als Blankett- oder Sammelbegriff mittels des deutschen Begriffs der „Pflichtverletzung" in das taiwanesische Schuldrecht eingeführt wird. Ein ähnliches Phänomen lässt sich auch beim neuen Rücktrittsrecht als zweitem Beispiel beobachten. Statt der Aufnahme eines einheitlichen Tatbestands der wesentlichen Vertragsverletzung entsprechend der internationalen Regelwerke oder des dreispurigen Modells des neuen deutschen Schuldrechts setzt der Kommissionsentwurf teilweise das überkommene System fort. Das zweigleisige System lehnt sich grundsätzlich an das neue Rücktrittsrecht des japanischen ZG an. Immerhin lässt sich der Einfluss von deutscher Seite bei der schwerwiegenden Verletzung der Schutzpflicht als Rücktrittsgrund erkennen.

Im Großen und Ganzen lässt sich eine Entwicklungslinie konstatieren: Die Idee der Schuldrechts- oder genauer Vertragsrechtsreform ist zwar von Internationalen Regelwerken inspiriert. Im Laufe der Ausarbeitung des Gesetzestextes nähert sich der Kommissionsentwurf aber nach und nach dem deutschen BGB an. Im Kommissionsentwurf findet auch das neue japanische Schuldrecht seinen Niederschlag. Die dadurch erlangten Reformergebnisse zeichnen sich durch ein vermischtes System aus.

Über die möglichen Hintergründe dafür lässt sich spekulieren. Hier wird nur von zwei Perspektiven ausgegangen. In erster Linie ist dieses Ergebnis mit der Systematik zu erklären. Die Reform nach dem Vorbild der CISG, PICC oder PECL bedeutet für das geltende taiwanesische ZGB einen gravierenden Systemwechsel. Charakteristisch für die internationalen Regelwerke ist das remedy-System, während das taiwanesische ZGB ebenso wie das BGB

auf dem Forderungssystem basiert[21]. Mit dem Forderungssystem eng verbunden ist der Vorrang des Erfüllungsanspruchs, was im remedy-System eben nicht der Fall ist. Im remedy-System ist Schadensersatz der primäre Rechtsbehelf, der Erfüllungsanspruch ist dagegen sekundär und lediglich ergänzend und steht unter vielerlei Vorbehalten. Der systematische Unterschied spiegelt sich besonders deutlich im „Schadensersatz statt der Leistung", in dem Unmöglichkeitsbegriff und in der Gestaltung des Rücktritts wider. Denn im Forderungssystem steht gerade das Schicksal der Forderung bzw. der Leistungspflicht im Vordergrund. Die systematische Stellung des Erfüllungsanspruchs ist der entscheidende Rahmen für die Schuldrechtsreform.

Nicht zu übergehen ist der zweite, nämlich der gesetzestechnische Grund. Zahlreiche Bestimmungen in den internationalen Regelwerken sind als Generalklauseln oder mit unbestimmten Begriffen gefasst. Im Hinblick auf die beachtlichen Unterschiede der verschiedenen Rechtsordnungen ist es bei der Gesetzgebung unerlässlich, bei der Ausarbeitung der Grundsätze abstrakte Formulierungen zu verwenden. Für den nationalen Reformgesetzgeber ist das jedoch ganz anders. Es widerspricht der vernünftigen Erwartung an die Gesetzesreform, den relativ klaren Text des geltenden Rechts durch einen vagen, dunklen, unsicheren Text abzulösen. Als der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung einmal in die Diskussion einbezogen wurde, wurde er von Rechtspraktikern besonders in Zweifel gezogen.

[21] Dazu H. H. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 170; Sung-Mao Huang, Die Schadensersatzhaftung wegen anfänglicher Leistungshindernisse und anfänglicher unbehebbarer Mängel der Kaufsache, 2018, S. 195 ff.

Abstract

Il diritto taiwanese delle obbligazioni è stato in molti aspetti fortemente influenzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche precedente la riforma del 2002. Adesso, poco dopo 90 anni dalla sua entrata in vigore, il diritto taiwanese delle obbligazioni viene completamente revisionato per la seconda volta dal 1930. L'obiettivo di questa seconda revisione è la sua modernizzazione prendendo come modello il CISG, i PICC, i PECL e altri diritti contrattuali internazionali.

Questo contributo vuole principalmente esaminare se e in che misura la riforma del diritto delle obbligazioni taiwanese segua il modello tedesco o un altro modello internazionale. Premessi gli obiettivi della riforma e il contesto storico, si passa nella seconda parte a delineare l'iter legislativo della revisione, in particolare la formazione della proposta del disegno di legge. Nella terza parte viene introdotto e analizzato il contenuto materiale dell'attuale disegno di legge. Dato che la revisione non è stata ancora completata, questo articolo si limita ai risultati fino ad oggi raggiunti. In base alle osservazioni sopracitate, si può affermare che i risultati della riforma sono una sintesi influenzata dal modello tedesco e da quelli internazionali.

Abstract

Before the modernisation of the law of obligations in Germany in 2002, the Taiwanese law of obligations was significantly influenced in many aspects by German doctrine and jurisprudence. Shortly after celebrating the 90th anniversary of ist enforcement, Taiwan is now on the way to a second comprehensive revision of ist law of obligations since 1930. It aims to modernize by taking the CISG, PICC, PECL and other instruments of international

contact law as models. This contribution examines whether and to what extent the reform of the Taiwanese law of obligations follows German or other international models. Consisting of a four-part analysis, it first presents the goals and historical background of the reform. The second part outlines its legislative process, with special emphasis on how the proposal of the draft was formed. In the third part, the substantial content of the current draft is introduced and analysed. As the legislative reform process is still ongoing, the article is limited to the draft's temporary proposals. Based on these observations, the author concludes in the last part that the draft is of a hybrid character, influenced mainly by German law, but also by international legal models.

Bochum, agosto 2021.

MARIA PIA GASPERINI[*]

La revisione degli strumenti ADR nella legge delega di riforma della giustizia civile: niente di nuovo (per ora) sul fronte consumeristico[**]

Sommario. 1. La legge delega per la riforma della giustizia civile e la revisione degli strumenti ADR. - 2. L'ADR consumeristico in Italia alla luce dell'attuazione della Direttiva 2013/11/UE. - 3. L'intervento della Corte di Giustizia. – 4. Meccanismi di accreditamento e ruolo delle "autorità competenti". – 5. Considerazioni critiche.

1. *La legge delega per la riforma della giustizia civile e la revisione degli strumenti ADR*

E' stata appena pubblicata la legge 26 novembre 2021, n. 206, che delega il Governo ad adottare norme per la semplificazione e razionalizzazione del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, la quale rientra in uno dei "pacchetti" di riforme strutturali fondamentali ai fini dell'attuazione del *Piano nazionale di ripresa e resilienza* (cd. *PNRR*) varato a seguito della crisi pandemica[1]. Essa costituisce l'approdo di un percorso piuttosto contrastato avviato con la presentazione di un primo disegno di legge da parte del precedente esecutivo[2] in cui si sono innestate modifiche e nuove proposte elaborate da una commissione nominata dall'attuale Ministro della

[*] *Professoressa associata di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Camerino.*

[**] *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

[1] La legge è stata pubblicata nella G.U., Serie Generale, n. 292 del 9 dicembre 2021. Il testo del *Piano* si può leggere in *https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf.*

[2] Si tratta del disegno di legge a firma del Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede (governo Conte-II) presentato al Senato nel gennaio 2020 (S. 1662).

Giustizia[3], sulla base delle quali il Governo ha presentato un maxiemendamento al testo originario poi approvato con voto di fiducia in entrambi i rami del Parlamento[4].

Per la parte relativa agli interventi in materia di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, la nuova legge si attesta sulla medesima linea delle riforme susseguitesi negli ultimi anni, enunciando principi e criteri direttivi sulla base dei quali il Governo è chiamato ad adottare misure normative atte a rendere più efficiente il funzionamento sia dell'arbitrato che della mediazione e della negoziazione assistita, incentivando ulteriormente il ricorso a questi strumenti al fine di alleggerire il carico del contenzioso civile sugli uffici giudiziari e, così, contribuire a ridurre significativamente la durata dei processi[5]. In particolare, per quanto attiene all'istituto della mediazione civile e commerciale, risulta confermata l'obbligatorietà del previo esperimento delle relative procedure in tutte le materie già contemplate dall'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lg. 4 marzo 2010, n. 28, con estensione della detta obbligatorietà in materia di contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di *franchising*, di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone e di subfornitura, fermo restando il ricorso alle procedure di risoluzione alternativa previsto da leggi speciali[6].

Dalla lettura della legge delega non si evincono significative novità con riguardo al ricorso alle procedure di mediazione ai sensi del d.lg 28/2010 nelle controversie aventi ad oggetto rapporti di consumo. Per un verso, infatti, permane l'obbligatorietà del ricorso preventivo alla mediazione, in alternativa ai sistemi ADR di settore, per le controversie in materia di contratti bancari, finanziari ed assicurativi, che nella gran parte dei casi vedono un consumatore contrapposto ad un soggetto professionale[7]; per altro verso, resta la "competenza" degli organismi di mediazione pubblici e privati iscritti nell'elenco tenuto dal Ministero della Giustizia a gestire le procedure volontarie di mediazione in materia di consumo, ancorché non sia stata mai istituita la sezione speciale del registro "per la trattazione degli

[3] La Commissione, presieduta dal prof. Francesco Paolo Luiso, è stata nominata dall'attuale Ministro della Giustizia Marta Cartabia il 12 marzo 2021 ed ha concluso i propri lavori il 25 maggio 2021 (*https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.pdf*).

[4] Il testo della legge delega, approvato dall'aula del Senato il 21 settembre 2021 ed immediatamente trasmesso alla Camera dei Deputati, è stato da questa approvato il 25 novembre 2021.

[5] In ottica *PNRR*, il "fattore tempo" rappresenta infatti l'obiettivo fondamentale di tutte le riforme nel settore giustizia (v. il testo del *Piano*, spec. p. 51 s.).

[6] Così l'art. 2, comma 1, lett. *c)*, della legge delega.

[7] Nel testo originario del disegno di legge delega, per contro, l'obbligatorietà del previo ricorso alla mediazione in materia di liti nascenti da contratti bancari, finanziari e assicurativi era soppressa.

affari in materia di rapporti di consumo", a vigilanza congiunta con il Ministero dello sviluppo economico, *ex* art. 3, comma 2, d.m. 180/2010[8].

Allo stato permangono, dunque, le criticità che già si era avuto modo di indagare ed evidenziare in un precedente studio, laddove si poneva in evidenza che il variegato mondo degli strumenti e modelli di risoluzione delle controversie dei consumatori affermatisi a partire dagli anni '80 del secolo scorso si è trovato a coesistere ed a concorrere con il sistema della mediazione civile disciplinato dal d.lg. 28/2010, per più di un aspetto non conciliabile con i principi informatori delle ADR consumeristiche inizialmente enunciati dalle raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE, e successivamente recepiti dalla Direttiva 2013/11/UE[9]. Si era rilevato, nello specifico, che l'assoggettamento di un numero assai elevato di controversie riguardanti rapporti di consumo (in ambito bancario, finanziario e assicurativo) all'obbligo legale dell'esperimento della procedura di mediazione prima della proposizione dell'azione giudiziaria finiva per comportare la soggezione di tali controversie ad una serie di vincoli e costi per le parti che, se in qualche misura giustificabili in relazione a tipologie di contenzioso prettamente civilistico-commerciali, tra parti in posizione paritaria, non lo erano con riguardo ad un contenzioso seriale ed "asimmetrico" come quello consumeristico[10].

In questa sede si intende evidenziare, innanzitutto, come il mantenimento della separazione tra il regime normativo della mediazione civile obbligatoria *ex* d.lg. 28/2010 e quello delle ADR di consumo propriamente dette (sistemi ADR delle Autorità regolatrici di

[8] Il Ministero dello sviluppo economico ha autonomamente provveduto ad istituire il proprio elenco di organismi ADR di consumo ai sensi della Direttiva 2013/11/UE (della quale si dirà ampiamente *infra*), inserendovi sia organismi di conciliazione paritetica che organismi delle Camere di commercio. Ne deriva che alcuni organismi ADR delle Camere di commercio svolgono la loro attività sia come organismi di mediazione civile e commerciale, in quanto iscritti nel registro tenuto dal Ministero della Giustizia ai sensi dell'art. 16 del d.lg. 28/2010, sia come organismi ADR di consumo, in quanto inseriti anche nell'elenco tenuto dal Ministero dello sviluppo economico ai sensi dell'art. 141-*decies* del d.lg. 130/2015.

[9] Sia consentito il riferimento a M.P. GASPERINI, *L'ADR di consumo in Italia dopo il d.lg. 130/2015 e la problematica coesistenza con la mediazione civile*, in M.P. Gasperini (a cura di), *Giustizia alternativa per una giustizia effettiva. Problemi e prospettive dell'ADR in Italia e in Europa*, Napoli, 2018, p. 25 ss.

[10] La ritenuta inadeguatezza del modello della mediazione civile per la risoluzione delle liti di consumo trova in qualche misura conferma nell'elevato tasso di insuccesso delle numerose mediazioni aventi ad oggetto controversie su contratti bancari e finanziari. I dati più recenti pubblicati dal Ministero della Giustizia, aggiornati al 30 giugno 2021, sono consultabili in: *https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20al%2030%20giugno%202021.pdf*. Dagli stessi si può constatare come l'elevata percentuale di insuccesso delle mediazioni bancarie e finanziarie (rispettivamente, 93% e 90%) sia in buona parte connessa alla mancata comparizione della parte professionale chiamata nella procedura, la quale parte, evidentemente, non reputa conveniente partecipare.

settore, media-conciliazione camerale, negoziazioni paritetiche) sia il frutto di una precisa scelta compiuta dal d.lg. 130 del 2015, attuativo della Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (d'ora in avanti anche Direttiva ADR). Si intende altresì verificare come l'intervento interpretativo della Corte di Giustizia nel 2017, sollecitato da un giudice italiano proprio per chiarire i rapporti tra Direttiva 2008/52 sulla mediazione civile e Direttiva ADR, sia avvenuto entro margini di ambiguità tali da corroborare addirittura detta separazione, finendo al contempo per svuotare di significato il riferimento, contenuto nel Considerando 19 della Direttiva ADR, alla doverosa l'applicazione "orizzontale" dei principi di questa alle procedure di mediazione aventi ad oggetto rapporti di consumo. Il sistema italiano degli strumenti alternativi di risoluzione delle liti resta dunque, un sistema a "protezione diseguale" per i consumatori, segnato dalla contrapposizione tra lo statuto normativo della mediazione disciplinata dal d.lg. 28/2010, caratterizzato dall'obbligatorietà e dall'onerosità non minimale, e quello delle procedure ADR relative a tutti gli altri contratti di vendita o di servizi, contraddistinto dalla volontarietà e dalla gratuità, o dall'onerosità puramente simbolica.

2. *L'ADR consumeristico in Italia alla luce dell'attuazione della Direttiva 2013/11/UE*

La Direttiva sull'ADR per i consumatori è stata attuata in Italia con il d.lg. 6 agosto 2015, n. 130, il quale ha inserito nel Codice del Consumo (d.lg. 6 settembre 2005, n. 206) una serie di disposizioni (gli artt. 141-141-*decies*) che hanno introdotto una disciplina della risoluzione stragiudiziale delle controversie di consumo indubbiamente molto più ampia e dettagliata rispetto alla precedente[11].

A proposito di questa attuazione si è osservato che il Governo italiano, legislatore delegato, non sia andato al di là di un recepimento meramente "notarile" dei principi enunciati dalla Direttiva ADR in materia di qualità degli organismi e delle relative procedure[12], limitandosi ad esercitare solo alcune delle opzioni espressamente consentite dal legislatore eu-

[11] La precedente disciplina normativa si esauriva in un'unica disposizione, l'art. 141, contenente, tra l'altro, il rinvio alle raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE sui principi applicabili agli organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in oggetto.

[12] Cfr. T. GALLETTO, *ADR e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, in *Ottavo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, p. 125 ss., consultabile al link: *https://www.camera-arbitrale.it/Documenti/08-ottavo-rapporto-giustizia-alternativa.pdf*.

ropeo (in primo luogo, quella prevista dall'art. 2, par. 2, lett. *a*), riguardante la possibilità di considerare come procedure ADR, a determinate condizioni, le procedure svolte presso organismi in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie sono assunte o retribuite esclusivamente dal professionista)[13]. A ben vedere, tuttavia, l'operazione di recepimento della Direttiva ADR nell'ordinamento italiano non è stata una mera trasposizione dei principi e delle regole dettati in sede europea, risultando di fatto ispirata dal chiaro e preciso intento di preservare gli strumenti già da tempo operativi in ambito nazionale nel settore della risoluzione alternativa delle liti, anche consumeristiche, in particolare quelli disciplinati come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, e dunque connotati da una preminente funzione deflattiva del contenzioso dinanzi agli organi giurisdizionali.

Sotto questo profilo, la scelta chiaramente espressa dall'art. 141, comma 4, come novellato dal d.lg. 130/2015, è stata quella di limitare l'applicazione delle disposizioni di recepimento "alle procedure volontarie di composizione extragiudiziale per la risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione europea, nell'ambito delle quali l'organismo ADR propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole e, in particolare, agli organismi di mediazione per la trattazione degli affari in materia di consumo iscritti nella sezione speciale di cui all'articolo 16, commi 2 e 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, e agli altri organismi ADR istituiti o iscritti presso gli elenchi tenuti e vigilati dalle autorità di cui al comma 1, lettera i), previa la verifica della sussistenza dei requisiti e della conformità della propria organizzazione e delle proprie procedure alle prrescrizioni del presente titolo".

Nondimeno, la Direttiva ADR non esclude in linea di principio dal proprio ambito applicativo le procedure obbligatorie eventualmente previste dalle legislazioni nazionali, e dunque non osta a che possano considerarsi procedure ADR, nel senso da essa inteso, anche quelle procedure il cui esperimento sia previsto dalle leggi interne quale condizione di procedibilità della domanda, purché non sia impedito alle parti l'accesso alla giustizia (art. 1,

[13] Ciò che ha permesso al legislatore delegato di inserire una specifica previsione (l'art. 141-*ter*) avente ad oggetto le negoziazioni paritetiche, con riferimento alle quali sono puntualizzati i requisiti di indipendenza e trasparenza necessari per l'accreditamento quali procedure ADR ai sensi della Direttiva.

ultimo periodo, Direttiva ADR). Per questo aspetto, dunque, l'attuazione della Direttiva nell'ordinamento italiano ha seguito una direzione chiaramente autonoma, spinta dalla volontà di evitare interferenze con taluni sistemi ADR preesistenti, cercando così di salvaguardare gli obiettivi delle politiche di "degiurisdizionalizzazione" perseguite negli anni più recenti[14].

Alla luce del nuovo testo dell'art. 141, tuttavia, non è possibile sostenere che la normativa italiana di attuazione della Direttiva ADR abbia tracciato una distinzione netta tra procedure ADR volontarie e procedure ADR obbligatorie, ricomprendendo solo le prime, ed escludendo del tutto le seconde, dal proprio ambito applicativo. Se è vero, infatti, che il comma 6 della norma citata fa salve le disposizioni che disciplinano i casi di condizione di procedibilità con riferimento alla mediazione civile e commerciale, nonché al tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore delle comunicazioni elettroniche e in quello dell'energia elettrica, gas e sistema idrico (lasciando intendere che tali fattispecie siano in linea di principio sottratte alle norme di recepimento della Direttiva ADR), per contro il successivo comma 7 precisa, più in generale, che "Le procedure svolte nei settori di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, della Banca d'Italia, della Commissione nazionale per la società e la borsa e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ivi comprese quelle che prevedono la partecipazione obbligatoria del professionista, sono considerate procedure ADR ai sensi del presente Codice, se rispettano i principi, le procedure e i requisiti delle disposizioni di cui al presente titolo".

Orbene, tale precisazione risulterebbe di difficile comprensione se riferita alle sole procedure volontarie svolte nei settori considerati, tenuto conto, da un lato, che la maggior parte delle procedure ADR in tali settori costituiscono condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria e, dall'altro, che Banca d'Italia e CONSOB, nei settori di competenza, hanno un unico sistema di risoluzione alternativa delle controversie (rispettivamente,

[14] Già prima dell'adozione del d.lg. 130/2015, infatti, ci si è interrogati su come il legislatore italiano, in sede di attuazione della Direttiva 2013/11, avrebbe gestito la relazione tra ADR dei consumatori e preesistente disciplina della mediazione civile e commerciale attuativa della Direttiva 2008/52, ed in particolare se, nel bilanciamento degli interessi in gioco, l'esigenza di decongestionamento del carico di lavoro pendente innanzi agli organi giurisdizionali sarebbe prevalsa rispetto all'esigenza di incentivare il consumatore a far valere i propri diritti attraverso strumenti di tutela più flessibili e adeguate alle dimensioni economiche delle controversie di consumo (cfr. M. BOTTINO, *La nuova normativa europea in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2014, p. 413 ss.).

l'Arbitro Bancario Finanziario e l'Arbitro per le Controversie Finanziarie), idoneo a soddisfare la condizione di procedibilità della domanda giudiziale in alternativa all'esperimento della procedura di mediazione (secondo quanto stabilito dall'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lg. 28/2010), al contempo rispondente ai requisiti richiesti agli organismi ADR consumeristici[15]. In realtà, anche nella prospettiva del legislatore delegato italiano chiamato ad attuare la Direttiva 2013/11, il problema non era tanto quello di escludere dall'ambito applicativo del decreto di recepimento il settore delle procedure ADR obbligatorie in quanto tali, quanto quello di non interferire con la disciplina attuativa della Direttiva 2008/52, facendo salve le specifiche procedure obbligatorie di risoluzione stragiudiziale delle liti, anche di consumo, gestite dagli organismi già iscritti nel registro degli organismi di mediazione civile e commerciale istituito dal Ministero della Giustizia ai sensi dell'art. 16 del d.lg. 28/2010, ed assoggettate ad un particolare regime normativo quanto ai rapporti con il processo e alla relativa condizione di procedibilità, oltre che ad una peculiare disciplina procedimentale, per alcuni aspetti incompatibile con i principi ADR consumeristici[16].

Ne consegue, ferma restando l'espressa soggezione al d.lg. 130/2015 delle procedure ADR volontarie, che riguardo alle procedure ADR costruite dalla legge come condizione di procedibilità della domanda giudiziale le scelte operate in sede di attuazione della Direttiva 2013/11 nell'ordinamento italiano hanno creato una sorta di "doppio binario" per i consumatori: da un lato vi sono le procedure svolte nei settori di competenza delle Autorità pubbliche di vigilanza e regolazione del mercato, che possono considerarsi procedure ADR, ai sensi e per gli effetti del d.lg. 130/2015 (e dunque della Direttiva 2013/11), qualora le dette Autorità verifichino ed attestino la conformità di tali procedure ai principi oggetto di recepimento; dall'altro vi sono le procedure di mediazione nei casi previsti dall'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lg. 28/2010, le quali, ancorché promosse per la risoluzione di controversie tra consumatori e professionisti (come accade di norma nelle liti su contratti bancari,

[15] V. il comunicato stampa della Banca d'Italia dell'8 gennaio 2016, con il quale l'Autorità di vigilanza del sistema bancario ha dato atto di aver verificato che l'Arbitro Bancario Finanziario rispetta i requisiti richiesti dal d.lg. 130/2015, ed è un sistema ADR riconosciuto ai fini dell'elenco di cui all'art. 141-*decies*, comma 1, del Codice del Consumo.

[16] In questo senso cfr. A. M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle contrversie dei consumatori dopo la Direttiva 2013/11/UE*, in *Europa e diritto privato*, 2017, p. 1080 ss. Sulla non interferenza tra il d.lg. 130/2015 e il d.lg. 28/2010 v. anche G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2016, p. 518.

finanziari ed assicurativi), sono *a priori* sottratte all'applicazione del d.lg. 130/2015, restando assoggettate in via esclusiva alla normativa di attuazione della Direttiva 2008/52.

3. *L'intervento della Corte di Giustizia*

Siffatta "anomalia" è ben presto giunta all'esame della giurisprudenza nazionale, chiamata ad applicare le norme sulla mediazione civile e commerciale nell'ambito di una controversia tra un cliente consumatore ed un istituto bancario[17]. Un giudice italiano ha colto immediatamente l'occasione per disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, ponendo il seguente duplice quesito: a) se la Direttiva ADR, nel fare salva la Direttiva 2008/52, abbia inteso preservare la possibilità dei singoli Stati Membri di prevedere la mediazione obbligatoria nelle sole ipotesi che non rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva ADR, dunque nei soli casi in cui la controversia non verta tra un consumatore e un professionista; b) se la Direttiva ADR osti ad una norma nazionale, come quella italiana, che prevede il previo ricorso obbligatorio alla mediazione anche per talune controversie in materia di consumo, disponendo altresì che in tali casi il consumatore debba necessariamente avvalersi dell'assistenza legale e non possa astenersi dal partecipare alla mediazione se non in presenza di un giustificato motivo.

Con il primo quesito il giudice italiano ha posto all'esame dei giudici eurounitari il principale nodo problematico, ovvero quello del rapporto tra la Direttiva ADR e gli altri atti giuridici dell'Unione già vigenti nel settore ADR, in primo luogo la Direttiva 2008/52[18]. A tal riguardo, tuttavia, la Corte ha "aggirato" il quesito facendo leva sull'applicabilità della Direttiva 2008/52 alle sole controversie transfrontaliere, ed ha quindi concluso che il carat-

[17] Il riferimento è all'ormai nota ordinanza del Trib. Verona, 26 gennaio 2016, pronunciata in una controversia riguardante un finanziamento concesso mediante apertura di credito in conto corrente (in *Contratti*, 2016, p. 537 ss., con il commento di N. SCANNICCHIO, *La risoluzione delle controversie bancarie. ADR obbligatoria e ADR dei consumatori*).

[18] Si tratta di un aspetto che la stessa Direttiva 2013/11 non ha affrontato con chiarezza, in quanto l'art. 3, dopo aver stabilito che in caso di conflitto tra una qualsiasi disposizione della Direttiva 2013/11 ed altra disposizione di un atto dell'Unione in materia di ADR di consumo prevale in ogni caso la prima, si premura di fare comunque salva l'applicazione della Direttiva 2008/52. La medesima ambiguità caratterizza la formulazione del Considerando 19, nel quale alla salvezza dell'applicazione della Direttiva 2008/52 si contrappone l'affermazione che, per esigenze di certezza del diritto, il conflitto tra Direttiva 2013/11 e altri atti dell'Unione in materia di ADR dei consumatori vada risolto sempre in favore della prima, la quale "è destinata ad essere applicata orizzontalmente a tutti i tipi di procedure ADR, comprese le procedure ADR contemplate dalla direttiva 2008/52/CE".

tere nazionale della controversia principale non rendeva necessario trattare il tema dei rapporti tra Direttiva 2008/52 e Direttiva ADR[19].

Il profilo centrale della decisione è però costituito dalla delimitazione dell'ambito applicativo della Direttiva ADR e, più precisamente, dall'individuazione dei presupposti in forza dei quali una procedura per la risoluzione stragiudiziale delle controversie può dirsi rientrante nell'ambito applicativo di tale Direttiva. Al riguardo la Corte ha affermato espressamente che la Direttiva ADR si applica "solo alle procedure che soddisfano i seguenti presupposti cumulativi: in primo luogo, la procedura deve essere stata promossa da un consumatore nei confronti di un professionista con riferimento a obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi, in secondo luogo (...) , tale procedura deve soddisfare i requisiti previsti dalla suddetta direttiva – e in particolare, sotto tale profilo, essere indipendente, imparziale, trasparente, efficace, rapida ed equa – e, in terzo luogo, detta procedura deve essere affidata a un organismo ADR (...) istituito su base permanente, che offre la risoluzione di una controversia attraverso una procedura ADR ed è inserito in elenco ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2, della direttiva 2013/11, elenco notificato alla Commissione europea".

Di particolare interesse, in questa elencazione, è il terzo dei presupposti indicati, ovvero il necessario affidamento della procedura ADR ad un organismo che sia inserito nell'elenco di tutti gli organismi ADR notificato alla Commissione da parte dell'autorità nazionale competente. In questa prospettiva, l'inserimento in tale elenco diventa il fulcro sul quale poggia tutto il sistema della Direttiva ADR e, con esso, l'effettiva attuazione dei principi da essa sanciti a protezione dei consumatori: solo gli organismi che siano stati inseriti nell'elenco dall'autorità competente, in quanto ritenuti rispettosi dei requisiti di qualità previsti dal Capo II della Direttiva, soggiacciono ad essa e sono tenuti a mantenere gli *standars* qualitativi richiesti, mentre gli organismi non inclusi nell'elenco sono, per ciò solo, esclusi anche dall'ambito applicativo della direttiva. La Corte finisce dunque per legittimare l'operatività di organismi ADR i quali, ancorché abilitati da altri atti normativi dell'Unione Europea e nazionali a svolgere procedure di risoluzione stragiudiziale di controversie di

[19] V. Corte di Giustizia, 17 giugno 2017, in causa C-75/16, *Menini* e *Rampanelli* c. *Banco Popolare* (in *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=191706&doclang=IT*).

consumo, restano fuori dal sistema della Direttiva ADR semplicemente perché non chiedono di esere inseriti nel relativo elenco (così l'art. 19, par. 1)[20].

Enucleati i presupposti di applicabilità della Direttiva ADR, i giudici di Lussemburgo hanno demandato al giudice nazionale di verificarne la sussistenza con riguardo alla fattispecie concreta, precisando che, fatte salve tali verifiche, la Direttiva ADR avrebbe potuto trovare applicazione anche con riguardo a una procedura di mediazione come quella oggetto del giudizio principale. Pertanto, non sembra incongruo ritenere che le successive considerazioni della Corte circa la legittima scelta dei legislatori nazionali di rendere obbligatoria la procedura ADR prima di agire in giudizio, a condizione di non limitare l'accesso al giudice[21], fossero indicazioni ipotetiche, che il giudice del rinvio avrebbe dovuto seguire solo ove avesse ritenuto applicabile la Direttiva ADR; e che anche la verifica circa l'effettivo pregiudizio del diritto di accesso al giudice riconducibile alla previsione dell'obbligatorietà della mediazione di cui all'art. 5 del d.lg. 28/2010 (punto 62 della motivazione) fosse subordinata alla ritenuta applicabilità nel caso concreto della Direttiva ADR[22].

Il giudice del rinvio, tuttavia, non sembra aver seguito la *road map* tracciata dalla Corte. Infatti, dopo aver escluso che gli organismi di mediazione civile potessero considerarsi organismi ADR ai sensi della Direttiva 2013/11 (difettando per l'appunto il terzo dei requisiti indicati dalla Corte), si è ritenuto comunque investito di una più ampia valutazione circa la compatibilità dell'istituto della mediazione obbligatoria con il principio eurounitario dell'effettività della tutela giurisdizionale, da compiersi alla luce della nota sentenza *Alassini*. Su questa base è giunto a disapplicare le disposizioni del d.lg. 28/2010 sulla necessaria assistenza legale in quanto contrastanti (non con l'art. 1 della Direttiva ADR, la cui applicabilità era stata esclusa nel caso di specie, bensì) con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. E ciò ha fatto, merita sottolinearlo, con riferimento a qualunque procedura di mediazione potenzialmente esperibile in relazione alla controversia pendente

[20] Cfr. M. B.M. LOOS, *Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law*, in *European Review of Private Law*, 2016, vol. 24, 1, p. 71.

[21] V. il punto 51 della motivazione, nel quale la Corte ha negato che abbia rilevanza il carattere obbligatorio o facoltativo del sistema di mediazione in sé considerato, ritenendo per contro decisiva la circostanza che sia preservato in ogni caso il diritto di accesso delle parti al sistema giudiziario.

[22] Lo dimostra il fatto che la Corte, nel demandare al giudice del rinvio tale verifica, abbia indicato quale parametro di riferimento l'art. 1 della Direttiva 2013/11, dopo aver richiamato i principi affermati dalla sentenza *Alassini* del 18 marzo 2010 (in *Foro Italiano*, 2010, IV, 361), riguardante proprio un caso di conciliazione obbligatoria per i consumatori (nella specie, nel settore delle comunicazioni elettroniche).

dinanzi a lui, ancorché non incardinata dinanzi ad un organismo ADR di consumo nel senso di cui alla Direttiva 2013/11[23].

4. *Meccanismi di accreditamento e ruolo delle "autorità competenti"*

La richiamata decisione della Corte di Giustizia rappresenta un passaggio assai significativo, ancorché non esente da critiche, di cui l'interprete non può non tener conto per tentare di ricostruire l'assetto complessivo dell'ADR nel contesto europeo ed i rapporti tra i vari strumenti normativi adottati nel settore della risoluzione extragiudiziale delle controversie, in particolare quelle di consumo. Non può sfuggire che, nel riconoscere all'inserimento nell'elenco di cui all'art. 20 della Direttiva il rango di "pre-requisito" per l'applicazione della stessa, la Corte ha finito suo malgrado per prendere posizione sulla questione a monte che pure aveva evitato di affrontare, relativa al rapporto tra Direttiva 2008/52 e Direttiva ADR.

Nell'impostazione della Corte, infatti, l'inserimento di un organismo in uno o nell'altro degli elenchi istituiti in attuazione delle diverse direttive comporta innanzitutto certezza in ordine all'assoggettamento al relativo regime normativo, oltre che una generale garanzia di sussistenza degli *standards* qualitativi rispettivamente richiesti agli organismi iscritti, strumentale al rafforzamento della fiducia del cittadino che usufruisce del servizio, e del consumatore in particolare. Per questo aspetto, come alcuni hanno esattamente osservato, l'atteggiamento della Corte riflette l'approccio regolamentare del legislatore europeo, ed in specie della Commissione, che ha mostrato di considerare il settore dell'ADR, al pari di ogni altro settore economico, come un mercato da disciplinare sul piano dell'organizzazione ed in primo luogo dell'accesso, ricorrendo al meccanismo

[23] Invero, nell'assegnare alle parti il termine per la presentazione dell'istanza di mediazione obbligatoria, il giudice ha precisato che: "nel caso in cui gli attori adissero un organismo di mediazione avente le caratteristiche proprie dell'ADR del consumo, come meglio esplicitate in motivazione, essi potranno parteciparvi senza dover essere assistiti da un avvocato e potranno ritirarsi dopo il primo incontro anche in assenza di un giustificato motivo, non essendo passibili delle conseguenze pregiudizievoli di cui all'art. 8, comma 4, d. lgs. 28/2010; nel caso in cui le parti adissero un qualsiasi altro organismo di mediazione potranno partecipare al procedimento senza dover essere assistite da un avvocato, fatta salva la loro facoltà di avvalersi dell'assistenza difensiva".

dell'accreditamento e della certificazione da parte delle autorità di controllo e di regolazione del settore di riferimento[24].

Ponendo l'accento sul requisito dell'inserimento nell'elenco, la Corte di Giustizia ha finito per avvalorare un'impostazione dei rapporti tra Direttiva 2008/52 e Direttiva 2013/11 in senso prettamente "verticale". In quest'ottica, la previsione contenuta nell'art. 3, par. 2, della Direttiva 2013/11, secondo cui questa trova applicazione "fatta salva la direttiva 2008/52/CE" ha il significato di salvaguardare l'operatività degli organismi già accreditati nei singoli Stati Membri quali organismi di mediazione civile e, con specifico riguardo a quelli operanti nei settori del consumo, consentire loro di proseguire la propria attività mantenendo l'iscrizione nel registro originariamente previsto dalle legislazioni nazionali adottate in attuazione della Direttiva 2008/52, senza dover modificare il proprio assetto amministrativo per iscriversi al nuovo elenco degli organismi ADR di consumo e, così, riaccreditarsi in conformità al mutato quadro normativo e regolamentare.

Non mancano, in realtà, letture di tipo diverso. Secondo alcuni interpreti, l'effettiva portata della sentenza della Corte sarebbe unicamente quella di aver sottolineato la distinzione tra i diversi registri, ed i correlativi meccanismi di accreditamento, ricollegandovi il diverso regime normativo rispettivamente stabilito dalle due direttive (registri diversi per diverse direttive), mentre, nell'affrontare le specifiche questioni poste dal giudice italiano con riferimento alle procedure di mediazione in materia di contratti bancari (obbligo di assistenza legale e diritto di ritirarsi dalla procedura senza conseguenze penalizzanti), i giudici europei avrebbero motivato su altre basi, ragionando sul piano dell'applicazione dei principi generali della tutela giurisdizionale effettiva consacrati dalla sentenza *Alassini*[25]. Tuttavia, questa lettura riduttiva del significato della decisione, per quanto mossa dal condivisibile intento di salvare in qualche modo l'applicabilità "orizzontale" della Direttiva ADR a tutte le procedure ADR aventi ad oggetto rapporti di consumo, non appare chiaramente desumibile dalla motivazione. Sembra piuttosto, come già detto, che le ineccepibili conside-

[24] V. in proposito, N. SCANNICCHIO, *La falsa attuazione della finta direttiva per l'ADR di consumo in Italia. Un caso di studio sulla tutela dei diritti individuali tramite poteri di regolazione* (in *Contratto e impresa*, 2019, p. 976), il quale nota come le norme regolatrici delle procedure ADR, sia in materia di consumo che in qualunque altra materia, sono considerate come *standards* qualitativi di un servizio o di un prodotto, destinate ad essere "regolate" dalle agenzie competenti.

[25] In questo senso N. SCANNICCHIO, *La falsa attuazione*, cit., p. 982.

razioni della Corte di Giustizia sull'insussistenza per i consumatori di un dovere di assistenza legale nelle procedure ADR, e sul diritto di ritirarsi da queste in piena libertà, siano state svolte sul presupposto (affidato alla valutazione del giudice del rinvio) che la procedura oggetto del giudizio principale ricadesse nell'ambito applicativo della Direttiva 2013/11[26]. Del resto, era rispetto alle disposizioni della Direttiva ADR che il giudice italiano aveva richiesto di valutare la conformità della normativa nazionale sulla mediazione, ed è sempre questa Direttiva che la Corte di Giustizia ha ritenuto ostativa ad una normativa che preveda per i consumatori un obbligo di assistenza legale e la possibilità di ritirarsi da una procedura di mediazione solo in presenza di un giustificato motivo. Quella stessa direttiva che, come espressamente affermato dalla Corte, non si applica a tutte le controversie che coinvolgono i consumatori, ma solo alle procedure che soddisfano ben precisi requisiti cumulativi, anche di carattere formale.

5. *Considerazioni critiche*

A ben vedere, la Direttiva 2013/11 non contiene alcun riferimento alla necessità della certificazione e all'inserimento dell'organismo del registro quale condizione per l'applicazione del relativo regime normativo[27]. Al contrario, dalla lettura del Considerando 19 (laddove fa riferimento all'applicazione "orizzontale" della Direttiva 2013/11 a tutti i tipi di procedure ADR, incluse quelle soggette alla Direttiva 2008/52) si ricava, semmai, un forte argomento a sostegno dell'applicabilità dei principi della Direttiva 2013/11 anche alle procedure obbligatorie gestite da organismi iscritti nei registri istituiti a livello nazionale in attuazione della direttiva sulla mediazione civile, ancorché non iscritti nell'elenco previsto dall'art. 20 della Direttiva 2013/11[28]. Dunque, la decisione della Corte, nella sua ambiguità, ha contribuito a creare ulteriori confusioni interpretative riguardo ai rapporti tra Direttiva 2008/52 e Direttiva 2013/11, con buona pace di quella certezza giuridica che, nelle inten-

[26] Di contrario avviso sul punto N. SCANNICCHIO, *op. ult. cit*., p. 984.
[27] V., ancora, N. SCANNICCHIO, *op. ult. cit*., p. 981.
[28] E' evidente che nessun problema si pone per quegli organismi di mediazione civile e commerciale inseriti nei relativi registri nazionali, i quali si siano accreditati anche come organismi ADR consumeristici mediante inserimento nell'elenco di cui all'art. 20. Essi, infatti, soggiacciono al regime normativo dell'una o dell'altra direttiva a seconda che operino con riguardo a procedure di mediazione civile o a procedure ADR in materia di rapporti di consumo.

zioni del legislatore europeo, dovrebbe rappresentare un fattore decisivo per l'accrescimento della fiducia dei consumatori nel buon funzionamento del mercato interno.

In definitiva, se per un verso il d.lg. 130/2015 di attuazione della Direttiva ADR ha volutamente tenuto fuori dal proprio campo applicativo tutto il settore della mediazione obbligatoria riconducibile all'attuazione della Direttiva 2008/52, per contro la Corte di Giustizia non ha "sanzionato" con la dovuta chiarezza l'operazione compiuta dal legislatore delegato italiano, affidando al sistema della certificazione un ruolo di equivoca centralità nella delimitazione dell'ambito dell'ADR consumeristico e di quello della mediazione civile e commerciale[29]. La conseguenza è che in ambito nazionale si è affermata l'idea di una valenza "costitutiva" della registrazione nell'elenco di cui all'art. 20 della Direttiva 2013/11, idea autorevolmente sostenuta anche dal Consiglio Nazionale Forense[30]. Secondo questa prospettiva, l'applicazione dei principi della Direttiva 2013/11 finisce per dipendere, da un lato, dalla scelta degli organismi di accreditarsi o meno come organismi ADR consumeristici e, dall'altro, dalla scelta del consumatore di rivolgersi o meno a tali organismi certificati per la risoluzione di una controversia con un professionista[31].

La disamina qui svolta evidenzia che il sistema italiano dell'ADR di consumo, ad oltre sei anni dall'attuazione della Direttiva 2013/11, resta profondamente eterogeneo e frammentato, tanto che qualche studioso ha parlato, senza mezzi termini, di "falsa" attuazione della direttiva in questione[32]. Si è visto, infatti, come la prevalente interpretazione volta a

[29] Osserva N. SCANNICCHIO, *La falsa attuazione*, cit., p. 996 ss., che la maggior parte delle norme poste dalla Direttiva 2013/11 in tema di legalità, efficienza, equità delle procedure, in quanto collegate alla tutela individuale dei diritti e, quindi, alla relazione orizzontale tra le parti, e tra le parti e gli organismi, costituiscono norme di ordine pubblico, la cui applicazione non può essere compromessa da un elenco. L'approccio regolamentare della Commissione fa sì che il controllo sulla tutela dei diritti passi dal principio di legalità alle decisioni discrezionali di autorità amministrative, con la conseguenza che tali diritti "vengono declassati a interessi legittimi".

[30] V., al riguardo, la scheda redatta dall'Ufficio Studi riguardo alla decisione della Corte di Giustizia, consultabile al link*: https://www.consiglionazionaleforense.it/search?delta=60 &start=48*.

[31] Emblematiche, in proposito, le indicazioni operative contenute nel citato parere dell'Ufficio Studi del CNF, le quali distinguono a seconda che il consumatore presenti istanza di mediazione dinanzi ad un organismo iscritto nel registro di cui all'art. 16 del d.lg. 28/2010 (sia prima della proposizione della domanda giudiziale per rispettare la condizione di procedibilità, sia a seguito di provvedimento del giudice), nel qual caso si applicherà il d.lg. 28/2010, compreso l'obbligo di asssistenza legale, "senza necessità di adeguamento alla decisione della Corte di Giustizia"; oppure presenti istanza di mediazione dinanzi ad un organismo ADR iscritto nell'elenco previsto dall'art. 141-d*ecies* cod. consumo, nel qual caso "l'organismo sarà tenuto ad adeguarsi alla pronuncia della Corte di Giustizia".

[32] V., ancora una volta, N. SCANNICCHIO, *La falsa attuazione della finta direttiva per l'ADR di consumo in Italia*, cit., p. 971 ss.

privilegiare l'inserimento negli elenchi ed i relativi meccanismi di accreditamento abbia finito per determinare una situazione in cui l'ambito applicativo dei principi di indipendenza, trasparenza, efficacia, equità, libertà e legalità sanciti dal legislatore europeo risulta concretamente circoscritto ai soli organismi ADR che abbiano fatto richiesta di inserimento nell'elenco di cui all'art. 141-*decies* del d.lg. 130/2015, assoggettandosi in tal modo al controllo di qualità e alle decisioni discrezionali delle autorità di regolazione[33]. Tutti gli altri organismi, iscritti in altri elenchi o non iscritti ad alcun elenco, restano estranei all'applicazione del d.lg. 130/2015 e, conseguentemente, dei principi sanciti dalla Direttiva 2013/11, in spregio agli obiettivi di armonizzazione da questa perseguiti[34]. Sfuggono pertanto all'attuazione di tale Direttiva tutti gli organismi di mediazione civile e commerciale, iscritti nel solo registro di cui all'art. 16 del d.lg. 28/2010, che si occupino anche di rapporti di consumo, così come quegli organismi che non siano iscritti in alcun registro, come alcuni organismi di conciliazione paritetica costituiti sulla base di accordi tra imprese e associazioni di consumatori, ad es. nei settori bancario, finanziario, assicurativo, o anche nel settore dei trasporti[35].

Alla coerenza del quadro non ha certo contribuito la scelta del d.lg. 130/2015 di delimitare l'applicazione delle proprie disposizioni alle procedure volontarie di composizione extragiudiziale delle controversie. Tale decreto, se da un lato ha tenuto ferma l'esclusione dal proprio ambito delle procedure di mediazione obbligatoria previste dall'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lg. 28/2010 (art. 141, comma 6, lett. *a*), dall'altro ha conferito alle autorità competenti per il settore bancario, finanziario, delle comunicazioni elettroniche e dell'energia la facoltà di considerare procedure ADR ai sensi del Codice del consumo, nel rispetto dei principi e requisiti da esso stabiliti, le procedure svolte nei settori di competenza (art. 141,

[33] Questi principi, "ridimensionati ai criteri di valutazione della "qualità del prodotto" da parte delle autorità di vigilanza, sono divenuti oggetto di decisioni amministrative, anche per quanto riguarda l'accesso aalla giustizia e ai diritti alla difesa" (così N. SCANNICCHIO, *op. ult. cit.*, p. 1009).

[34] Tali obiettivi possono essere completamente vanificati "nella misura in cui queste entità non certificate non devono conformarsi ai requisiti CADR e, in caso affermativo, non hanno alcun obbligo di raccogliere, comunicare e segnalare qualsiasi informazione a qualsiasi autorità istituita ai sensi della Direttiva n. 2013/11" (N. SCANNICCHIO, *op. ult. cit.*, p. 991).

[35] A tal proposito, nel documento del tavolo di coordinamento e di indirizzo istituito nel 2015 presso il Ministero dello Sviluppo Economico tra le varie autorità competenti, si afferma, in premessa, che l'entrata in vigore del d.lg. 130/2015 "non preclude l'operatività anche nel settore delle controversie di consumo, e sicuramente per le controversie fra imprese/professionisti, di organismi ADR diversi da quelli iscritti negli elenchi ivi previsti" (in *https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Tavolo_coordinamento_indirizzo.pdf*).

comma 7), con il risultato di consentire a queste autorità di ritenere conformi ai principi della Direttiva 2013/11 anche quelle procedure, spesso direttamente gestite dalle stesse attraverso propri organismi, il cui esperimento è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Un breve riepilogo della situazione nei vari settori può dare l'idea della frammentarietà del contesto italiano che pure si caratterizza, nell'ambito delle procedure ADR consumeristiche, per la presenza di strumenti di grande efficacia comunemente ritenuti *good practices* anche a livello europeo[36]:

a) nei settori dei rapporti bancari-finanziari e dei servizi di investimento Banca d'Italia e CONSOB non hanno neppure istituito l'elenco di propria competenza, dichiarando conformi ai principi ADR consumeristici, in via esclusiva, i propri sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie (rispettivamente, l'Arbitro Bancario Finanziario e l'Arbitro per le Controversie Finanziarie), i quali peraltro costituiscono procedure idonee ad integrare la condizione di procedibilità della domanda in alternativa all'esperimento delle procedure di mediazione previste dal d.lg. 28/2010[37]. Restano al di fuori dell'attuazione della Direttiva 2013/11, come detto, tutti gli organismi di mediazione civile pubblici e privati abilitati alle procedure obbligatorie per le controversie bancarie-finanziarie, nonché gli organismi di conciliazione paritetica costituiti tra banche-operatori finanziari e consumatori non iscritti in alcun elenco, fatta eccezione per qualche organismo di conciliazione paritetica (es. Poste Italiane s.p.a.) iscritto nell'elenco "residuale" del Ministero dello sviluppo economico, con competenza per le procedure volontarie in materia di servizi finanziari;

[36] A tal riguardo vale la pena richiamare la risoluzione del Parlamento Europeo del 25 ottobre 2011 sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare, la quale ha richiamato l'attenzione sulla conciliazione paritetica italiana "quale esempio di migliore prassi, basata su un protocollo stipulato e sottoscritto dall'azienda e dalle associazioni di consumatori, in cui l'azienda si impegna in anticipo a ricorrere all'ADR per risolvere le eventuali controversie che possono sorgere nei settori contemplati dal protocollo" (v. il punto 11 della citata risoluzione, consultabile in: *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0449_IT.html*). Sui vantaggi delle procedure di conciliazione paritetica v. P. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo: il d.lgs. n. 130/15 e le modifiche del codice del consumo (d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 519; M. MARINARO, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie. Percorsi di ADR nell'attività d'impresa*, Roma, 2010, p. 112; B. MANFREDONIA, *La conciliazione nelle telecomunicazioni fra prassi e favor conciliationis*, ne *Il giusto processo civile*, 2007, p. 452.

[37] Nel settore assicurativo, l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (IVASS) non ha ancora reso operativo l'Arbitro Assicurativo, il quale tuttavia dovrebbe essere strutturato sul modello di ABF e ACF, con competenza sulle procedure obbligatorie in materia di contratti assicurativi, in alternativa, anche in questo caso, alle procedure di mediazione civile.

b) nei settori delle telecomunicazioni e dell'energia, per contro, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) e l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) hanno istituito gli elenchi di competenza, ma mentre il Servizio Conciliazione di ARERA è iscritto nell'elenco (sia per le procedure obbligatorie di conciliazione nei settori energetici, sia per quelle volontarie nel settore idrico), la procedura di conciliazione obbligatoria gestita dai co.re.com su delega AGCOM non è inclusa nell'elenco di settore, e pertanto non è formalmente accreditata come procedura ADR ai sensi della Direttiva 2013/11. Sono inoltre iscritti in entrambi gli elenchi sia organismi privati di mediazione civile che organismi di conciliazione paritetica i quali, in forza di tale iscrizione, sono stati altresì abilitati dalle rispettive autorità, con proprie disposizioni, a svolgere anche i tentativi obbligatori di conciliazione, unitamente agli organismi delle Camere di commercio (non iscritti in elenco) aderenti ai protocolli d'intesa tra le autorità e Unioncamere;

c) in altri settori non specificamente regolamentati (es. trasporti, acquisto di beni e servizi di vario genere), i principi della Direttiva 2013/11 trovano applicazione con riferimento alle procedure volontarie gestite dagli organismi camerali e di conciliazione paritetica iscritti nell'elenco istituito dal Ministero dello sviluppo economico.

Il diverso assetto organizzativo-regolamentare dei vari sistemi ADR finisce inoltre per determinare, come da più parti sottolineato, alterazioni alle dinamiche concorrenziali all'interno di ciascuno di essi. Nei settori dei servizi bancari-finanziari e di investimento i sistemi propri delle autorità regolatrici concorrono con gli organismi di mediazione civile, potendo però contare sull'adesione obbligatoria degli operatori professionali e su risorse pubbliche che consentono di offrire il servizio a costi simbolici (ABF), o addirittura gratuitamente (ACF), e di garantire al contempo efficienza ed elevata qualità dello stesso. Nei settori delle comunicazioni elettroniche e dell'energia i sistemi interni alle autorità concorrono (dall'esterno dell'elenco, nel caso di AGCOM-co.re.com.; dal suo interno, nel caso del Servizio Conciliazione ARERA) con organismi di mediazione civile privati, delle camere di commercio, e con organismi di conciliazione paritetica, vigilati dalle stesse autorità, le quali hanno altresì provveduto a definirne le regole, non sempre omogenee (si pensi

all'efficacia esecutiva del verbale di conciliazione, esclusa per le sole conciliazioni paritetiche)[38].

Le aspettative riposte nell'attuazione della Direttiva ADR per un effettivo riordino del mercato italiano dei servizi ADR per i consumatori possono dirsi certamente deluse. Stesso discorso vale per i tentativi di razionalizzazione affidati a commissioni di studio e a tavoli tecnici insediati in questi ultimi anni dai vari esecutivi con il compito di elaborare proposte di riforma organica del sistema italiano di ADR[39], ovvero di consolidare tale sistema elaborando modelli innovativi e buone prassi da promuovere in ambito nazionale[40].

Per quanto riguarda la legge delega di riforma della giustizia civile recentemente approvata, si attende di vedere se il criterio direttivo dell'armonizzazione della normativa in materia di procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie, *ivi* enunciato, condurrà ad un intervento di armonizzazione sostanziale delle varie discipline da parte del legislatore delegato, oppure questo si limiterà a perseguire il risultato minimale, pure da tempo atteso, della raccolta delle dette discipline in un testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione (art. 2, comma 1, lett. *b)*, della legge delega). E' auspicabile, in ogni caso, che nel frattempo la giurisprudenza faccia la propria parte assumendo posizioni di maggior chiarezza in vista dell'adozione di soluzioni omogenee e coerenti, che siano in grado di assicurare concretamente ai consumatori un facile accesso a mezzi efficaci ed equi di risoluzione delle liti con un professionista e, con esso, quel livello elevato di protezione perseguito dagli strumenti normativi eurounitari.

---

[38] Per queste considerazioni v. M MARINARO, *Spunti di riflessione per l'armonizzazione e la razionalizzazione dei sistemi di ADR per le liti dei consumatori,* in *www.judicium.it,* p. 4 s. *(http://www.judicium.it/wp-content/uploads/2016/10/M.-Marinaro-1.pdf;* cit., p. 4 s.; N. SCANNICCHIO, *La falsa attuazione della finta direttiva*, cit., p. 975.

[39] Si fa qui riferimento alla commissione istituita nel marzo 2016 dal Ministro della Giustizia Orlando (governo Renzi), presieduta dal prof. Guido Alpa, che nel gennaio 2017 ha presentato una relazione contenente modifiche di carattere tecnico alla disciplina dell'arbitrato, della mediazione e della negoziazione assistita, occupandosi solo marginalmente delle controversie dei consumatori (*https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Alpa_relazione_articolato_7mar2016.pdf*).

[40] Il riferimento è, in questo caso, al Tavolo Tecnico sulle procedure stragiudiziali in materia civile e commerciale istituito nel dicembre 2019 dal Ministro della Giustizia Bonafede (governo Conte-II), presieduto dalla prof.ssa Paola Lucarelli, i cui lavori si sono interrotti nel giugno 2020 nonostante la richiesta di proroga.

Abstract

Il presente lavoro esamina il sistema italiano di risoluzione alternativa delle controversie di consumo alla luce dell'attuazione della Direttiva 2013/11/UE ed in relazione alla disciplina della mediazione civile e commerciale. Se da un lato il d.lg. 130/2015 ha mantenuto separati i due regimi normativi, dall'altro la Corte di Giustizia non ha chiarito alcuni profili problematici, sicché al consumatore è assicurata una protezione asimmetrica a seconda che la sua istanza sia proposta dinanzi ad un organismo ADR di consumo ovvero dinanzi ad un organismo di mediazione civile. La legge delega di riforma del processo civile e di revisione dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie non prevede, al momento, novità significative al riguardo.

Abstract

The present paper analyses the Italian regulatory system of alternative consumer disputes resolution in light of implementation of the Directive 2013/11 and in relation with the rules on civil and commercial mediation. Whilst the legislative decree 130/2015 keeps these regulatory systems separate, the European Court of Justice didn't clarify some problematic issues, so that consumer is asymmetrically protected depending on whether his claim is brought before a consumer ADR body or a civil mediation body. The new Italian reform of civil process and alternative disputes resolution doesn't provide for anything new in this matter at the moment.

Camerino, dicembre 2021.

ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ*

El daño a la persona en el derecho civil peruano
*Recepción, desarrollo y desafíos***

Sumario: 1. Recepción. - 2. Desarrollo. - 2.1. Consideraciones previas en torno a la estructura de la persona. - 2.1.1. Criterios para una clasificación (genérica) del daño. - 2.1.1.1. En función de la naturaleza del ente dañado. - 2.1.1.1.1. Daño a la persona. - 2.1.1.1.1.1. Daño psicosomático. - 2.1.1.1.1.1.1. Daño biológico. - 2.1.1.1.1.1.2. Daño psíquico. - 2.1.1.1.1.1.3. Daño a la salud o daño al bienestar. - 2.1.1.1.1.1.4. Daño moral. - 2.1.1.1.1.2. Daño a la libertad o libertad fenoménica. - 2.1.1.1.2. Daño objetivo. - 2.1.1.2. En función de sus consecuencias. - 2.2. Posicionamiento del Daño a la Persona en la codificación civil peruana. - 3. Desafíos. - 3.1. Hacia una unificación de criterios para cuantificar el daño a la persona.

1. *Recepción*

El "daño a la persona", en tanto creación doctrinal, fue incorporada al escenario jurídico peruano por obra del destacado jurista peruano Carlos Fernández Sessarego a principios de los años ochenta del siglo pasado, a su regreso de un largo *soggiorno* académico en tierras itálicas (1977-1983), en las que tuvo ocasión de ejercer labor investigativa y de enseñanza en las universidades de Siena y Nápoles.

* *Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Candidato a Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Becario DAAD (Deutscher Akademischer Austauschdienst). Estudios de especialización en Derecho Civil en la Philipps-Universität Marburg (Alemania). Adjunto de Docencia en la Pontifica Universidad Católica del Perú. Asistente de Cátedra en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.* A Juan Espinoza Espinoza, con mucha gratitud y admiración.

Es precisamente en este contexto de nutrida interacción académica en la que el jurista, graduado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tomó contacto directo con el surgimiento del "daño a la persona", participando en numerosos congresos, foros, seminarios, así como en diversas conversaciones con sus pares italianos, pudiendo asimilar de primera mano la discusión académica en torno a esta novísima figura doctrinal.

A través de dicho *percorso*, pues, Carlos Fernández Sessarego entendió que era necesario sistematizar todas las voces de daño que por ese entonces circulaban -sobre todo en el formante doctrinal italiano-, estableciendo una clasificación ordenada de los mismos, así como, también, elaborar un dispositivo legal que pudiera permitirle al operador jurídico, fundamentalmente jueces, alcanzar una mejor y más adecuada reparación de los perjuicios sufridos. Este fue uno de los objetivos más importantes a los que se dedicaría el jurista sanmarquino luego de su retorno al Perú.

De esta manera, a partir de 1983 emprendió un infatigable trabajo en la conformación teórica del *daño a la persona*, dotándole -como es habitual en la metodología de Carlos Fernández Sessarego- de un sustento filosófico que la respalde y, además, que le distinga de aquellas otras voces de daño, poco sólidas teóricamente, pero que aspiraban a identificarse como aquélla.

En 1984, como consecuencia de su perseverante trabajo, Fernández Sessarego logró que la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil peruano -que se promulgaría en julio del mismo año- decidiera incorporar la obligación de indemnizar el "daño a la persona" junto a las clásicas voces de daño resarcible, esto es, el daño moral, el daño emergente y el lucro cesante.

Fue así, entonces, que luego de casi medio siglo, con la promulgación del Código Civil peruano de 1984, se logró positivizar la categoría del *daño a la persona*, a través del art. 1985, el cual establece lo siguiente: «*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño*».

La incorporación legislativa del *daño a la persona* en el Código Civil peruano de 1984 constituyó un hito importante en la historia de las codificaciones latinoamericanas -sobre todo en lo

tocante a la tutela civil de la persona- ya que fue el primer código de la región en regular de manera más precisa y adecuada aquellas lesiones que no se encuadraban en el estricto concepto de daño moral y que, por su naturaleza, merecían un tratamiento más cuidadoso y reflexivo por parte del operador jurídico. De ahí que el propio Pietro Rescigno haya reconocido que el Código Civil peruano«es un texto legislativo de gran interés para el jurista de Europa continental y, en particular, para el italiano»[1]. En similar sentido se pronunció el jurista argentino Jorge Mosset Iturraspe, destacando que «El daño a la persona es, como expresión o fórmula concisa, un feliz hallazgo del eminente jurista peruano Don Carlos Fernández Sessarego, nacido al conjuro del artículo 1985° del Código Civil peruano de 1984»[2].

Finalmente, consideramos, junto a Fernández Sessarego, que «El aporte peruano en cuanto "al daño a la persona" radica, como está dicho, en su sistematización y el haberlo recreado para desarrollar sus modalidades, entre las que se hallan el "daño biológico", el "daño al bienestar" y el "daño al proyecto de vida", entre otras»[3].

2. *Desarrollo*

Para comprender en qué consiste la formulación del daño a la persona, es necesario hacer una breve revisión de la sistematización de daños elaborada por Carlos Fernández Sessarego ya que sólo así tendremos un marco conceptual más apropiado para abordar el asunto en cuestión.

2.1. *Consideraciones previas en torno a la estructura de la persona*

Antes de entrar a considerar los criterios en función a los cuales se erige esta nueva sistematización del daño a la persona, es importante conocer, previamente, de qué manera está estructurada la persona a fin de establecer con precisión a qué *zona* de su *estructura* se le ha lesionado, y cuáles son sus consecuencias jurídicamente relevantes a considerar.

---

[1] Pietro RESCIGNO, *Comentarios al Libro de Derecho de las Personas del nuevo Código Civil peruano de 1984*, en *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Cultural Cuzco, Lima, 1986, p. 235.
[2] Jorge MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, Tercera Edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 327.
[3] Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los veinticinco años del Código civil peruano de 1984: historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Primera Edición, Motivensa, Lima, 2009, p. 468.

De este modo, debemos partir delineando la estructura de la persona, señalando que "**el ser humano es una unidad piscosomática, constituida y sustentada en su libertad**"[4].

La realidad ontológica que puede ser dañada, además de los objetos o cosas, es la del propio ser humano y, en atención a ello, es sobre la estructura de éste que recaen todos los daños existentes a la persona. Así, la persona está constituida, en principio, por una *estructura psicosomática*. De ahí entonces que los daños ocasionados en este ámbito puedan ser localizados, bien a nivel del *soma* (daños a la estructura-integridad física), bien a nivel de la *psique* (daño psíquico, daño moral, etc.). Sin embargo, es de suma relevancia apuntar que la persona está constituida -además de una estructura psicosomática- por otro elemento de no menos importancia que el primero. Se trata de aquel elemento consustancial a la propia naturaleza del ser humano, que lo define como tal y lo diferencia del resto de las especies vivientes. Nos estamos refiriendo, pues, a la *libertad*.

Como ya lo adelantáramos en el capítulo segundo del presente trabajo, la libertad es un elemento consustancial de la persona. Sin libertad, no podríamos ser el *ser* que somos: un *ser humano*. Es, pues, gracias a esa libertad que podemos constituirnos en la especie más evolucionada de los seres vivientes, así como distinguirnos, de la manera más clara posible, de nuestro ancestro común: el primate, cuya característica distintiva es la de carecer, precisamente, de eso que nos hace ser lo que somos: la libertad.

Pues, bien. Esa libertad, de la cual gozamos todos, tiene dos formas de manifestarse (o plasmarse) en la realidad. La primera, denominada como *libertad ontológica*, que se revela en aquel soporte material (estructura psicosomática) sobre la cual se sostiene y posibilita el ejercicio de nuestra libertad. Y la segunda, pero no menos importante, denominada como *libertad fenoménica*, que consiste en la libertad desplegada en actos, en comportamientos. Es la ejecución propiamente dicha de la libertad ontológica, la cual se exterioriza, justamente, en actos de conducta, en un hacer, en un obrar, en actividades desplegadas por la propia persona.

[4] Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, en *Foro Jurídico*, Año 1, N° 2, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 17.

De este modo, estamos frente a dos ámbitos que conforman la estructura misma de la persona. Por un lado, la así llamada *libertad ontológica*, representada en la estructura psicosomática de la persona y, por el otro, la denominada *libertad fenoménica*, la cual se traduce en actos y comportamientos tendientes a concretizar el proyecto de vida de la persona. Pues bien, sobre cualquiera de estos dos aspectos integrantes de la estructura de la persona puede recaer un daño al ser humano en cuanto tal. Es por ello que, no existe un daño a éste que no recaiga sobre alguno de estos dos ámbitos existenciales antes referidos.

Finalmente, una vez delineada claramente la estructura de la persona y advirtiendo, en consecuencia, los únicos ámbitos que pueden ser lesionados a raíz de la ocurrencia de algún hecho dañoso a su dimensión existencial, tenemos camino abierto para proceder a analizar a detalle las vías y modos en que se le puede ocasionar daño, en función, siempre, a determinados criterios que a continuación procederemos a explicar.

2.1.1. *Criterios para una clasificación (genérica) del daño*

En esta sección nos corresponde exponer la nueva clasificación (o sistematización) del daño a la persona concebida por Fernández Sessarego, la cual se configura, básicamente, en función a dos criterios matrices. El primero, referido a *la naturaleza del ente* que se ha lesionado y, el segundo, en lo que concierne a *las consecuencias derivadas del daño*. Cada uno de estos criterios será explicado con mayor detalle a continuación.

2.1.1.1. *En función de la naturaleza del ente dañado*

Este primer criterio busca centrar la atención del análisis, fundamentalmente, sobre qué elemento o estructura de la realidad ha recaído la acción del daño. Y tal como ya lo hemos venido señalando anteriormente, las únicas "entidades" existentes que pueden ser pasibles de ser lesionadas son dos: o bien las cosas u objetos, los cuales forman parte del patrimonio de las personas, o bien los seres humanos. De manera genérica, estas son las únicas dos categorías sobre las cuales podemos observar se pueden incidir daños. A la primera, la doctrina le ha asignado la denominación de *daño objetivo*, en tanto se tratan de entidades materiales o no personales y, a la segunda,

se le conoce ampliamente como *daño a la persona* o *daño subjetivo*[5]. En consecuencia, sobre estos dos ejes -daño a la persona (o daño subjetivo) y daño objetivo- versará este apartado. Aunque, como es evidente, por tratarse del tema central de la presente investigación, nuestra mayor preocupación durante todo el desarrollo de la misma se abocará en el primer eje de análisis, esto es, en el daño a la persona.

2.1.1.1.1. *Daño a la persona*

Como ya hemos advertido previamente, empleamos la expresión "daño a la persona" de manera equivalente a la de "daño subjetivo", la cual hace referencia a todos los daños que se le pueden hacer al sujeto de derecho *ser humano* y cuyo ciclo vital, tutelado de manera expresa por nuestro orden constitucional, comienza desde la concepción hasta su muerte.

Asimismo, partiendo de la premisa que el ser humano es aquella "**unidad psicosomática, constituida y sustentada en su libertad**", cualquiera de los daños que se le cause recaerá, indefectiblemente, en alguno de sus dos ámbitos constitutivos de su estructura vital. Es decir, o bien el daño incide en su estructura psicosomática, o bien lesiona su libertad fenoménica (o como nosotros lo llamamos, su proyecto de vida).

Sin embargo, como acertadamente apuntara nuestro maestro Fernández Sessarego[6], cuando hacemos uso del término *libertad*, lo hacemos en su acepción fenoménica, haciendo referencia, precisamente, a aquella libertad exteriorizada en actos y comportamientos, tendientes y encaminados hacia la realización de nuestro proyecto vital; y no así de aquella otra acepción, la

[5] Sobre la preferencia en el uso del término "daño subjetivo", un atento sector de la doctrina peruana observó, precisamente, que la voz "daño a la persona" era muy limitativa en cuanto a los sujetos de derecho que englobaba, dejando sin protección a otro sujeto de derecho tan importante como los anteriores, como lo es el concebido. Este último, al no ser persona, no estaría protegido dentro de la categoría de "daño a la persona", motivo por el cual se optó por un *nomen iuris* más abarcativo y que incluyese de esta forma al concebido, el cual vendría a bautizarse con el título de "daño subjetivo", recogiendo en él a todos los sujetos de derecho pasibles de ser víctimas de daño. Al respecto, véase, Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, cit., p. 23.

[6] Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, cit., p. 26.

cual alude más bien a la libertad ontológica, y que se le daña de manera radical con la muerte, poniendo fin, de este modo, a su existencia.

2.1.1.1.1.1. *Daño psicosomático*

Como sabemos bien, el ser humano está compuesto de una estructura psicosomática. Esto quiere decir que cualquier daño que se le cause puede recaer, ya sea sobre su cuerpo (soma), *strictu sensu*, como también sobre su *psiche*. A su vez, la lesión en cada una de estas áreas puede repercutir en la otra, ello en la medida que se trata de una inescindible unidad psicosomática, como es propiamente la del ser humano.

A su vez, para efectos didácticos, se puede clasificar el daño psicosomático en dos tipos: en daño *biológico*, el primero, y *daño a la salud* o también conocido como *daño al bienestar*, el segundo. Asimismo, se suele señalar que ambos tipos de daño se encuentran en íntima vinculación. El daño biológico, *grosso modo*, viene a ser la lesión en sí misma –y por ende, el momento **estático**- y el daño a la salud o daño al bienestar, en cambio, se constituye como el momento **dinámico** del daño psicosomático. De este modo, se afirma que este último daño, el daño a la salud, representa las modificaciones y las alteraciones (en un sentido negativo) que provoca en el normal desenvolvimiento del dañado. Es lo que consideramos, junto a nuestro maestro Fernández Sessarego, que se le suele denominar en Italia con la voz de *daño existencial*[7].

2.1.1.1.1.1.1. *Daño biológico*

Podemos definir al daño biológico como *la lesión en sí misma* producida en cualquiera de las dos áreas de la estructura psicosomática del ser humano. Esto es, se puede configurar dicho daño en los casos de lesiones a la integridad física y/o psicológica de la persona, como podría ser, por ejemplo, la amputación de alguna extremidad, la pérdida o atrofia de algún órgano, el desequilibrio emocional sufrido, etc.

[7] Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, cit., p. 27.

En una excelente obra, y sobre todo con un perfil personalista del Derecho, Paolo ROZO define al daño biológico como «el daño representado por las lesiones de la integridad física y/o síquica y de la salud, prescindiendo de los efectos económicos negativos.

En otras palabras, el daño biológico consiste en aquellas situaciones de invalidez física, pérdida de funcionalidad de un órgano, deturpación, impotencia sexual, enfermedades nerviosas y sicosomáticas, insomnio, trastornos mentales y cualquiera otra lesión, permanente o no, de la persona en cuanto entidad biológica»[8].

Una autorizada doctrina italiana sostiene, en relación a la evolución de la categoría del daño biológico en Italia, que «ya no existen dudas: el daño biológico deriva de la simple lesión de la salud, y está vinculado con el menoscabo fisiopsíquico del sujeto; él es, justamente, "siempre lesivo, sin necesidad de ninguna prueba, del bien jurídico salud». De dicho evento puede, luego, derivarse un daño patrimonial, y si existe delito, también un daño moral. Sin embargo, el *derecho viviente* considera que el daño biológico sólo se enlaza con el artículo 2043 del Código Civil: la Corte se adecua a esta línea de pensamiento, pero no sin destacar que cuando se piensa en el daño biológico no se capta solamente el aspecto patrimonial, privilegiado por el legislador en la codificación, sino que se piensa también en los valores ideales de la persona, sin que con ello se trascienda al daño meramente moral, resarcible sólo en caso de delito («el artículo 2043 del Código Civil, en correlación del artículo 32 de la Constitución, debe ser extendido, necesariamente, hasta comprender el resarcimiento, no sólo de los daños patrimoniales en sentido estricto, sino (…) de todos los daños que, por lo menos potencialmente, obstaculizan las actividades realizadoras de la persona humana»)[9].

2.1.1.1.1.1.2. *Daño psíquico*

Se le denomina así - daño psíquico - a toda lesión provocada a nivel de la *psiche* del hombre, la cual, por la naturaleza del ente dañado, es de carácter extrapatrimonial, aunque -según sea el

[8] Paolo Emanuele ROZO SORDINI, *El daño biológico*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 112.
[9] Guido ALPA, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, traducción a cura de Leysser L. LEÓN, Primera Edición en castellano, Jurista Editores, Lima, 2006, pp. 509-510.

caso- puede tener repercusiones tanto a nivel patrimonial como extrapatrimonial en la esfera existencial de la persona.

Para un sector autorizado de la doctrina argentina, el daño psíquico (o también llamado *daño psicológico*) consiste en «la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológico, producida por un hecho ilícito, que genera en quien la padece la posibilidad de reclamar una indemnización por tal concepto a quien la haya ocasionado o deba responder por ella[10]. MILMANIENE afirma que el daño psíquico «se configura por la alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma[11] que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica»[12].

Por su parte, ZAVALA DE GONZÁLEZ define al daño psíquico «como una perturbación patológica de la personalidad de la víctima que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente»[13].

En este nivel de análisis, como afirmara GHERSI, «no se trata ni de "comprender", ni de identificarse empática o moralmente con alguien; lo que se impone es llegar a un diagnóstico clínico claro y preciso que nos otorgue la medida de la significación simbólica de determinado trauma sobre un sujeto en particular. Por lo tanto, deben tomarse en consideración estrictamente los trastornos de la estructura psicológica, las alteraciones sintomáticas, las movilizaciones fantasmáticas, las variaciones del humor, la disminución de las funciones psíquicas y vitales, etcétera. El profesional busca objetivizar un diagnóstico clínico que tenga entidad psicopatológica, ajeno en lo posible a valoraciones de tipo ideológico»[14].

---

[10] Hernán DARAY, *Daño psicológico*, Segunda Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 16.
[11] De acuerdo a WEINGARTEN, el *trauma* está caracterizado "por un estímulo súbito, de inusual intensidad, que sorprende y desarticula la arquitectura simbólica del aparato psíquico", Sima WEINGARTEN, *Impacto psicológico de un accidente automovilístico*, en AA.VV., *Accidentes de tránsito. Derecho y reparación de daños*, Parte Segunda, Segunda Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 23.
[12] José MILMANIENE, *El daño psíquico*, en AA.VV. *Los nuevos daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 70, citado en Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, cit., p. 27.
[13] ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Daños a la persona*, t. II, P. 264, citado en Hernán DARAY, *Daño psicológico*, cit., p. 16.
[14] Carlos Alberto GHERSI, *Teoría general de la reparación de daños*, 3ª. Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 82.

A nivel de la jurisprudencia argentina, se ha opinado en torno al daño psíquico (o psicológico), manifestando que éste «se configura mediante la alteración de la personalidad, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que altere su integración en el medio social»[15]. Asimismo, se ha dicho que el daño psíquico «consiste en la modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, etc., y cuya forma más acabada de acreditación es el informe psicopatológico»[16].

Es importante resaltar que un amplio sector de la doctrina argentina diferencia el denominado daño moral del daño psicológico[17]. Evidentemente, coincidimos en el extremo de afirmar que el daño psíquico no se encuentra dentro del daño moral, reconociendo así la autonomía que aquél ostenta. Sin embargo, más allá de reconocer *por separado* la resarcibilidad de ambas voces de daños, nosotros nos inclinamos, más bien, por la opinión de un sector autorizado de la doctrina nacional, el cual sostiene que el **daño moral**, en realidad, es un tipo de **daño psíquico no patológico**[18] y, por lo tanto, su existencia se circunscribe, coherentemente con la sistematización de los daños a la persona esbozada preliminarmente, dentro de la estructura psicosomática de la persona. Así lo explica FERNÁNDEZ SESSAREGO, cuando manifiesta que «El "daño a la persona" que compromete preferentemente la esfera síquica del sujeto puede incidir, primaria y notoriamente, en alguna de las manifestaciones en que teóricamente solemos descomponerla, como son el aspecto afectivo, el volitivo y el intelectivo. Precisamente, cuando la incidencia del daño se presenta fundamentalmente en la esfera afectiva o sentimental solemos aludir al daño

[15] CNEspCivCom, Sala II, 23/5/88, *ll,* 1989-B-622; Íd., Sala V, 31/8/81, *JA*, 1982-II-242; CNCiv, Sala H, 14/6/95, *ll*, 1997-A-179; íd., Sala K, 23/10/92, *ll*, 1994-B-298, citado en Carlos Alberto GHERSI, *Cuantificación económica. Daño moral y psicológico*, 2ª. Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 204.

[16] CCivCom Azul, Sala II, 12/7/96, *JA*, 1997-III-213, citado en Carlos Alberto GHERSI, *Cuantificación económica. Daño moral y psicológico*, cit., p. 205.

[17] Para una breve corroboración, pueden consultarse las siguientes obras, Carlos Alberto GHERSI, *Teoría general de la reparación de daños*, cit.; Hernán DARAY, *Daño psicológico*, cit.; AA.VV., *Accidentes de tránsito. Derecho y reparación de daños*, Parte Segunda, Segunda Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000; José MILMANIENE, *El daño psíquico*, cit.

[18] No obstante, es menester señalar que, como bien advierte Fernández Sessarego, en alguna ocasión una determinada perturbación psíquica no patológica - como de la que estamos haciendo referencia - puede a la postre mutar y convertirse en una patología psíquica.

"moral" en su restringido sentido tradicional de "dolor de afección". Se trata, en este caso, de un daño psíquico no patológico. El daño "moral", en cuanto dolor o sufrimiento, no es una enfermedad psíquica sino tan sólo un daño emocional o perturbación psíquica. No es frecuente que una perturbación psíquica de esta naturaleza pueda convertirse en una patología»[19].

Finalmente, resulta interesante acotar que - de acuerdo a la doctrina que venimos siguiendo - el daño psíquico tiene dos fuentes. La primera, que se presenta como consecuencia de anteriores agresiones físicas que generan en la víctima importantes lesiones en su aparato psíquico. Y la segunda, en donde, más bien, se presenta un daño a la psiche de la víctima sin verificarse lesiones a nivel somático (al menos no desde un primer momento), no obstante la repercusión existente siempre entre uno y otro plano[20].

2.1.1.1.1.1.3. *Daño a la salud o daño al bienestar*

El daño a la salud consiste, básicamente, en la repercusión que tiene cualquier lesión psicosomática en el normal desenvolvimiento de la personalidad del dañado. Tiene que ver con el impacto en el diario vivir que provoca alguna lesión, tanto a nivel psíquico como somático dentro de la esfera existencial de la víctima.

FERNÁNDEZ SESSAREGO señala que el daño a la salud - o daño al bienestar - «alude a las inevitables y automáticas repercusiones que produce cualquier lesión psicosomática en el bienestar de la persona, en sus intereses existenciales, con prescindencia de su magnitud e intensidad. El "daño a la salud" es de tal amplitud que compromete el estado de bienestar integral de la persona»[21].

Como se puede observar, es inevitable que alguna afectación a la esfera psicosomática de la persona modifique en mayor o menor medida - dependiendo de la intensidad de la lesión - el

[19] Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, cit., p. 27.
[20] Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, cit., p. 27.
[21] Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, cit., p. 27.

normal desarrollo de su vida cotidiana. En otras palabras, cualquier perjuicio somático o psíquico tendrá un impacto, ya sea leve o severo, en la salud de la persona, o como también se prefiere llamar, en su bienestar.

En ese sentido, conviene definir el término "salud" a fin de comprender mejor la dimensión del objeto materia de daño, para lo cual, recogemos la definición que hiciera la Organización Mundial de la Salud al respecto, señalando que «la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»[22].

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución ha tutelado el bienestar como uno de los derechos fundamentales de la persona. Así lo ha expresado en el inciso 1), artículo 2°, al sentenciar que: «*Toda persona tiene derecho: 1.- (…) a su libre desarrollo y bienestar (…)*».

Es ese sentido que FERNÁNDEZ SESSAREGO afirma que «el daño al bienestar (…) compromete, por lo tanto, el entero "modo de ser" de la persona. Las consecuencias del mismo, por decirlo de alguna manera, constituyen carencias, un déficit de diversa magnitud e intensidad en el bienestar integral del ser humano»[23].

Dicho todo esto, podemos concluir afirmando - como lo hiciera nuestro maestro FERNÁNDEZ SESSAREGO - que el daño biológico y el daño a la salud son las dos caras de una sola moneda. Esto es, que el daño biológico se configura como el momento estático (la lesión en sí misma) y el daño a la salud o daño al bienestar, como el momento dinámico del daño provocado. Precisamente, de acuerdo a la doctrina que venimos siguiendo, es a este último tipo de daño que en el ordenamiento jurídico italiano ha sido reconocido y asimilado con la voz de "daño existencial"[24].

[22] La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, Nº 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.
[23] Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, cit., p. 28.
[24] Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, cit., pp. 21-22.

2.1.1.1.1.1.4. *Daño moral*

Podemos comenzar esta sección, ofreciendo la que es conocida por todos como la noción clásica de daño moral, la cual se encarga de definirlo como aquel dolor, aflicción, pena, sufrimiento, de carácter no patológico, padecido por la víctima de un hecho dañoso (*pretium doloris*).

JANNARELLI define al daño moral como «los dolores y los sufrimientos morales, las preocupaciones y turbamientos de ánimo respecto de los cuales el dañado padece por efecto de la lesión sufrida, independientemente del hecho que esta última haya cubierto directamente la esfera personal o patrimonial de tal sujeto»[25].

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, pronunciándose en torno al daño moral, afirmó que este «en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo (…), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo "de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso»[26].

De todo lo expuesto precedentemente, así como de la observación hecha en lo atinente al daño psíquico, debemos concluir, junto a FERNÁNDEZ SESSAREGO, que el mal llamado daño moral no es en realidad una voz autónoma de daño ni mucho menos, sino que es, más bien, un tipo de lesión psíquica pero de carácter no patológico[27]. Así lo explica el destacado

[25] Antonio JANNARELLI, *Il danno risarcibile*, en AA.VV., *Lineamenti di diritto privato*, a cura di Mario Bessone, Terza edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 618.

[26] C. S. de J., Sala Civil, sent. 18 septiembre 2009, exp. 0001-3103-005-2005-00406-01. Magistrado ponente: William Namén Vargas, citado en María Cristina ISAZA POSSE, *De la cuantificación del daño. Manual teórico-práctico*, Segunda Edición, Temis, Bogotá, 2011, p. 55.

[27] Respecto al carácter no patológico y temporal del denominado "daño moral", una autorizada doctrina peruana ha opinado al respecto, señalando que «Si el daño moral es un sufrimiento que afecta a la psiquis de un individuo, dado que la naturaleza humana está hecha para superar padecimientos psíquicos (bajo el instinto de supervivencia, el ser humano está hecho para dominar el dolor), dicho daño tiene que ser temporal. Es muy raro y casi imposible que alguien "muera de amor" o "por amor o dolor"; o, más aún, pensemos en el más grande dolor que podría ser la pérdida de un ser querido: la naturaleza humana nos permite vencer dichos sufrimientos, y ello es parte –como se ha indicado- del instinto de conservación de la especie humana. Entonces, la característica esencial del daño moral es que el mismo afecta a la faz interna del sujeto, siendo de naturaleza temporal», Gastón FERNÁNDEZ CRUZ,

jurista sanmarquino, cuando sostiene que «Lo que se daña son los *principios morales* de una persona. Este específico daño al bagaje moral causa, en la persona que lo sufre, perturbaciones psíquicas de distinta magnitud e intensidad, generalmente no patológicas. En síntesis, a propósito de un agravio a los principios morales lo que se daña, por las perturbaciones que origina, es la esfera psíquica del sujeto (…) Una afrenta o agravio a los "valores morales" de una persona lo que lesiona, en última instancia, es su psiquismo, el mismo que sufre alteraciones o perturbaciones de distinta intensidad»[28].

De este modo, podemos afirmar, y con confianza, que el (mal llamado) daño moral no es en realidad uno tal, sino simplemente un tipo de daño psíquico, encuadrado dentro de nuestra sistematización de daños esbozada previamente, como un tipo de daño psicosomático, aunque con especialidad énfasis en virtud de la entidad lesionada, como uno de tipo psíquico.

Es así como nos adscribimos a aquella posición que propone un cambio de perspectiva en torno a la naturaleza del ser humano, comprendiendo cabalmente su estructura como una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad. Bajo esta visión del ser humano, es fácil reconducir en su exacta dimensión cualquier tipo de daño que se le pueda causar, así como emplear la denominación más adecuada en función, precisamente, a su estructura sobre la cual se constituye. Llevando a cabo esta metodología de análisis se logra vislumbrar, sin mayores inconvenientes, la problemática que existe al hacerse referencia a una supuesta "autonomía" de un tipo de daño extrapatrimonial denominado como "moral", cuando, en realidad, lo que se está lesionando, en su caso, es un aspecto del aparato psíquico de la persona. Y por lo tanto, al ser un tipo de daño psíquico –con alcances no patológicos- se posiciona, propiamente, como un daño a la persona, estableciéndose, así, **una relación de género-especie**, siendo el daño psíquico (refiriéndonos para este caso al mal llamado daño moral) la especie del genérico daño a la persona.

La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños, en AA.VV., *Análisis sistemático del código civil. A tres décadas de su promulgación,* coordinado por Juan Espinoza Espinoza, Primera Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2015, pp. 514-515.

[28] Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, cit., p. 21.

2.1.1.1.1.2. *Daño a la libertad o libertad fenoménica*

Como ya hemos adelantado líneas arriba, la *libertad*, que es el ser del hombre, está compuesta de dos tipos: la *libertad ontológica* -que también es conocida como el soporte psicosomático de la persona- y la *libertad fenoménica*, que consiste en la libertad desplegada en actos de conducta, en un hacer, en un obrar, en comportamientos tendientes a concretizar el *proyecto de vida* de la persona. Pues bien, cualquier perjuicio o afectación a esta libertad fenomenalizada es al que se le denomina como *daño a la libertad* o *daño al proyecto de vida*.

2.1.1.1.2. *Daño objetivo*

De acuerdo a la clasificación genérica del daño, señalábamos precedentemente que, frente a aquel daño que lesionaba concretamente a la persona - también llamado "daño subjetivo", se situaba aquel otro que recaía, más bien, en aquellos objetos o cosas pertenecientes a la realidad externa del ser humano, recibiendo aquél la denominación de "daño objetivo"[29]. El daño objetivo se refiere, entonces, a aquella lesión que recae sobre las cosas, los objetos, «de los cuales se valen instrumentalmente las personas para realizarse»[30]. Como expresara doctrina autorizada que ha devenido en clásica, «De ahí que podamos referirnos al daño subjetivo o "daño a la persona", que es el que agravia o afecta a los seres humanos considerados en sí mismos, y al daño objetivo, que es el que incide sobre los objetos que integran el patrimonio de las personas. El primero de dichos daños, por lo tanto, se refiere al *ser* humano, considerado en sí mismo, y el segundo de ellos atiende al "haber" del sujeto de derecho. Esta constituye, desde nuestra óptica, la primera y básica clasificación de los daños»[31].

[29] En ese sentido, se ha expresado que «No se puede discutir la fundamental diferencia ontológica que existe entre el ser humano, que es libertad, coexistencialidad y temporalidad y sensibiliza valores, y las cosas del mundo exterior que, contrariamente, carecen de libertad, no vivencian valores y son acabadas, terminadas, macizas. Esta tajante diferencia marca el diverso criterio y el tratamiento técnico jurídico que merece cada una de estas tan disímiles calidades de entes en el trance de indemnizar las consecuencias de un evento dañino», Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, cit., pp. 25-26.

[30] Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, cit., p. 26.

[31] Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, cit., p. 26. Asimismo, la funcionalidad de la citada distinción de acuerdo a la entidad lesionada no es mera retórica, sino que responde, precisamente, a un criterio de inspiración humanística y que da cuenta del valor primario de la

2.1.1.2. *En función de sus consecuencias*

Este segundo criterio de clasificación del daño se enfoca, más bien, en lo referente a todas aquellas consecuencias (desventajosas) que se pueden desencadenar, producto del evento dañoso. O, dicho de otra manera, lo que se busca escudriñar en este segundo nivel de análisis, es en qué medida repercute el impacto del daño en la esfera existencial de la víctima, entendida ella desde una perspectiva global.

Clasificando el daño en función a sus consecuencias, la doctrina clásicamente ha esquematizado a aquél en dos grandes categorías de daño: los *daños patrimoniales* y los *daños extrapatrimoniales*. A continuación expondremos en detalle cada uno de ellos.

- Daño patrimonial: se denomina así a aquel daño, cuya repercusión desfavorable en la esfera existencial de la víctima puede ser traducida directamente en términos económicos[32]. Al mismo tiempo, el daño patrimonial se subdivide en:

a) **Daño emergente**: Podemos definir al daño emergente como aquella disminución patrimonial sufrida por la víctima con ocasión del evento dañoso[33]. Una clásica doctrina

persona en el análisis jurídico. Así lo expresa el citado autor, cuando declara que «A nadie escapa, por lo demás, que la diversidad ontológica entre el ser humano y las cosas que integran su haber o patrimonio, se refleja en las especiales y distintas características que asume la indemnización por las consecuencias derivadas del daño que afecta específicamente a cada una de tales calidades de entes. No se puede, "con un criterio economicista y materialista, dejar de reconocer el diverso rol que cumple la indemnización en el caso que se destruya una cosa, que cuando se agravia al ser humano mismo, creador, eje y centro del Derecho», Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño moral" y "daño al proyecto de vida"*, cit., p. 26.

[32] En ese sentido, un sector de la doctrina colombiana, denominando más bien al daño patrimonial como *daño material* - como se estilaba mucho en diversas latitudes durante el siglo pasado - ha referido que «en la valuación del daño material se tiene en cuenta la situación anterior al hecho dañoso, lo que valía el objeto materia de la destrucción o deterioro, la situación de hecho preexistente en un contrato, y lo que quedó valiendo la cosa, el estado de ruina provocado por la inejecución del contrato. Es, pues, una operación aritmética de resta, de diferencia, la que se hace para la apreciación del daño», Rafael DURÁN TRUJILLO, *Nociones de responsabilidad civil (contractual y delictuosa)*, Temis, Bogotá, 1957, pp. 80-81.

[33] En relación al tema, doctrina autorizada española expresa que «En el llamado daño emergente se comprenden las pérdidas efectivamente sufridas que deben medirse en el valor común del mercado del bien sobre el que recaigan y las disminuciones de valor económico que por vía refleja se puedan producir (p. ej., la destrucción de un elemento de una colección repercute en la colección entera). En aquellos casos en que sea posible la reparación, si tras ella las cosas son susceptibles de cumplir su destino económico, habrá de considerarse como daño el valor de reparación», Luis DÍEZ PICAZO, *Derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 322-323. De manera muy interesante, DE CUPIS, fiel a su estilo, define el daño emergente, explicando que «Si el objeto del daño es un interés actual, o sea,

argentina ha definido el daño emergente como "aquellos perjuicios que se traducen en un *empobrecimiento del contenido económico actual* del sujeto y que puede generarse tanto por la destrucción, deterioro, privación del uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como por los gastos que, en razón de ese evento, la víctima ha debido realizar. Tanto en uno como en otro caso, hay un empobrecimiento, una disminución patrimonial provocada como consecuencia del evento dañoso"[34].

b) **Lucro cesante**: se define al lucro cesante como aquella ganancia dejada de percibir producto de la ocurrencia del evento dañoso. En ese sentido, se sostiene que «frente al daño emergente, que implica disminución de una utilidad ya integrada en el patrimonio (…), el lucro cesante supone la privación de una utilidad no poseída, pero que sí habría llegado a poseerse sin la producción del daño. Algo que previsiblemente hubiera ingresado en nuestro patrimonio si las cosas hubieran seguido su curso normal y en virtud del dinamismo jurídico-económico que las mismas son susceptibles de generar, se ha frustrado por el hecho de haberse producido un daño por causas imputables al deudor»[35].

- Daño extrapatrimonial: se denomina así a aquella lesión cuya valoración económica no puede ser traducida directamente en términos económicos. En esta categoría de daños podemos encontrar aquellos que hemos venido desarrollando precedentemente, como son el daño a la

el interés relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene un daño emergente», Adriano DE CUPIS, *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, traducido por Angel MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch, Barcelona, 1975, p. 312.

[34] Eduardo A. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, 3ª. Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 88.

[35] Pedro J. FEMENÍA LÓPEZ, *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 16. Resulta interesante la noción de lucro cesante en el escenario de responsabilidad civil contractual, cuando se afirma que «el lucro cesante es la ganancia que el acreedor ha dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento del contrato (…); implica un *provecho* o ventaja que hubiera obtenido en caso de cumplimiento del contrato, y del que se ha visto *privado* como consecuencia del incumplimiento. El provecho supone, normalmente, un incremento de valor de su patrimonio, aunque no sea ésa la idea primaria de lucro. Si consideramos que, en caso de retraso en la entrega de una cosa, el acreedor tiene derecho a ser indemnizado por la privación temporal del uso personal de ella, conforme al valor que dicho uso tenga en el mercado, el beneficio perdido en este caso, equiparable a un lucro cesante, no implica directamente un incremento del patrimonio», Antonio M. MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 31.

persona (o daño a su estructura psicosomática, esto es, daño biológico, daño psíquico, daño a la salud) y el daño al proyecto de vida.

2.2. *Posicionamiento del Daño a la Persona en la codificación civil peruana*

En primer lugar, debemos comenzar señalando que el legislador peruano ha recogido como las únicas voces de daño extrapatrimonial las que se señalan en el artículo 1985, el cual expresa que: «*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño*».

Como se puede apreciar, sólo son dos las voces de daño extrapatrimonial reconocidas por el legislador civil: el *daño a la persona* y el *daño moral*, siempre ellas al lado de las voces ya conocidas de daño patrimonial, como son el daño emergente y el lucro cesante[36]. Cabe aclarar que estas voces de daño (daño moral y daño a la persona) son las que se derivan de un supuesto de **responsabilidad extracontractual**, normadas bajo las reglas del 1969 c.c. y ss. Para el supuesto de daños generados en un escenario de **responsabilidad contractual** (art. 1321 c.c. y ss.), en cambio, el legislador ha optado por incluir como única voz de daño extrapatrimonial a la de daño moral. Así lo expresa claramente su artículo 1322, cuando indica que: «*El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento*».

De lo expuesto precedentemente, nos corresponde ahora elaborar algunas apreciaciones críticas, las cuales detallaremos a continuación:

[36] Sin embargo, cabe recordar que ello no siempre fue así. En el código derogado de 1936, en lo que se refiere a daños extrapatrimoniales, el legislador de aquel entonces sólo había considerado al daño moral como la única voz de daño extrapatrimonial, no existiendo aún la voz de daño a la persona, la misma que habría de desarrollarse en la doctrina comparada (fundamentalmente la italiana) recién a partir de las década de los setenta, llegando al Perú, como ya se señalado, por obra del jurista Carlos Fernández Sessarego. Configurado así dicho código, todas las afectaciones a los derechos personalísimos (daño a la integridad psicofísica, al honor, a la imagen, etc.) así como lo concerniente a las aflicciones emocionales-psicológicas, habrían de ser tratadas conjuntamente en la voz de daño moral, entendida ésta, entonces, en un sentido amplio. Para mayor abundamiento, véase a Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*.

1) en el artículo 1985 c.c. se regula de manera inapropiada los daños extrapatrimoniales. Como ya lo hemos venido sosteniendo, de acuerdo a la estructura psicosomática de la persona -constituida y fundada en su libertad- no es posible seguir afirmando que el denominado "daño moral" es una categoría autónoma de daño. Todo lo contrario. El así llamado "daño moral", entendido como *pretium doloris*, viene a ser una especie del genérico y omnicomprensivo "daño a la persona", en tanto no existe daño que se le pueda generar que no recaiga sobre alguna parte de su estructura psicosomática (para este caso, como se trata de daño moral en sentido estricto, se trataría, más bien, de una lesión de carácter psíquico no patológica). Por lo tanto, en virtud de un uso apropiado de los contenidos semánticos de los términos, es más conveniente afirmar como única voz de daño extrapatrimonial a la de daño a la persona -en tanto su carácter omnicomprensivo- y, más bien, como una especie de aquél, al denominado daño moral *stricto sensu*.

2) En materia de responsabilidad contractual, no puede ser posible que solamente se conciba como única voz de daño extrapatrimonial al daño moral, dejando de lado (erróneamente) al daño a la persona. Queremos creer que ello se debió a la mentalidad del legislador -fuertemente influenciada por el derecho francés y su código napoleónico- que mantenía como única voz de daño extrapatrimonial a la de daño moral, entendiéndola así en su sentido *lato sensu*, y que por ello el legislador peruano mantuvo la idea de regular cualquier daño de naturaleza extrapatrimonial bajo la genérica concepción de daño moral, aun en el supuesto de inejecución de obligaciones. Con todo, consideramos un despropósito no haber considerado como daño resarcible -en materia de responsabilidad contractual- al daño a la persona, máxime cuando, por lo ya dicho, su sentido viene a ser genérico y omnicomprensivo en términos conceptuales.

3. *Desafíos*

Quizá el problema mayor que se suscita en el terreno del daño a la persona, más que uno teórico o de conflicto doctrinal es, por el contrario, otro de índole práctico. Esto es, la cuestión de mayor preocupación gira en torno a cuáles son los mecanismos que los operadores del derecho (jueces y abogados) emplean - si es que así fuera - para cuantificar precisamente aquellos

bienes -o entidades- de difícil valoración económica. Es allí, recién, cuando los verdaderos problemas comienzan a surgir y en donde la solidez de los postulados teóricos es puesta a prueba como nunca antes.

A continuación, describiremos los problemas más resaltantes que hemos podido observar que se presentan con cierta frecuencia en nuestro medio:

a) **No existe uniformidad de criterios en la judicatura para cuantificar el daño a la persona**. En realidad, podríamos afirmar que este es quizá el mayor problema en el sistema de indemnizaciones peruano y desde cual se desprenden, a su vez, los demás errores y deficiencias que se suelen ver a diario en los tribunales. El no contar con un esquema único de criterios que permitan valorar *ex ante* el tipo de lesión sufrida (como sucede, por ejemplo, en sistemas como el italiano) y dejando todo el trabajo del cálculo del daño al criterio de equidad del juez, termina siendo sumamente pernicioso, no sólo para las partes procesales involucradas, sino, lo que es aún peor, para todo el sistema de indemnizaciones. Es muy frecuente ver, por ejemplo, que por la pérdida de una pierna el juez A otorgue una indemnización por un valor de 100, mientras que por la pérdida de la misma extremidad en otra persona el juez B asigne una reparación por valor de 500; o que por la muerte de un cónyuge en un accidente de tránsito el juez C ordene una reparación con un valor de 1 000 000 mientras que por similar daño el juez D conceda una indemnización por valor de 10 000 000. O que (casi) por la sola invocación del demandante de la frustración del daño a su proyecto de vida, el juez ordene montos resarcitorios casi millonarios, mientras que en otro caso donde efectivamente se acreditó la afectación al proyecto de vida invocado el juez no reconoció dicha pretensión o, si lo hizo, ordenó un monto resarcitorio minúsculo en atención a la gravedad del daño. Y así por el estilo, podríamos continuar relatando más ejemplos que se suscitan a diario en la práctica judicial en donde se evidencian serias irregularidades, pero respecto de los cuales aún no ha habido una toma de decisión seria por parte de los magistrados peruanos para corregir dichas incongruencias. A eso se le puede sumar la escaza o casi nula capacitación de los jueces en materia de técnicas de cuantificación de daños, los mismos que en muchos casos terminan por guiarse casi por su intuición al momento de definir el *quantum* indemnizatorio.

b) **Los demandantes reclaman cifras exorbitantes, las mismas que no se corresponden con la realidad de la lesión sufrida**. Este problema es una consecuencia (casi inmediata) del anteriormente citado. Cuando no existen criterios uniformes en el sistema indemnizatorio que permitan prever cuál será el *quantum* asignable, lo primero que surge es el caos. Comienza el desorden, nadie sabe qué es lo que se espera realistamente recibir como reparación, y los demandantes empiezan a plantear a su gusto y criterio lo que ellos creen merecen recibir por concepto indemnizatorio. Es así, pues, como se empieza a producir lo que se conoce comúnmente como la *inflación de los resarcimientos*, lanzándose a la colectividad toda un mensaje completamente distorsionado (y hasta perverso) de lo que en realidad significa la reparación justa de los daños. Finalmente, el sistema indemnizatorio se convierte casi en una suerte de *ruleta de la fortuna*, en donde dependiendo de qué juez analice tu caso podrás obtener un resultado (sentencia) que linda en algunas ocasiones con el ganarse una lotería millonaria, como también pudiera darse el caso donde la suerte jugaría en contra de uno, resignándose el demandante a una irrisoria reparación.

c) **Los jueces conceden montos indemnizatorios exorbitantes o irrisorios**. Como los jueces no cuentan con por lo menos una guía práctica e instrumental que los oriente a la hora de establecer el *quantum* indemnizatorio, se ven ellos así en la total soledad, desprovistos de herramientas o técnicas adecuadas que les permita hacer frente a tamaña tarea. A lo sumo, con el único texto legal de auxilio con el que cuentan es el propio Código Civil, pero como sabemos, este es por demás insuficiente para dicho cometido. Como consecuencia de ello, el sistema los deja a su libre juicio, a que simplemente echen mano de su criterio de equidad, y en base a este, formulen una suma monetaria resarcitoria. Monto económico que parece demandar más que sólo un bien intencionado criterio de equidad y el cual, finalmente, suele desnaturalizarse en su cifra final. De esta manera, se pueden verificar decisiones judiciales en donde los jueces, o bien modificaron el monto indemnizatorio planteado por el demandante, aumentándolo considerablemente y así enriqueciendo injustamente a la víctima, bien conservando el monto resarcitorio planteado por el demandante (el cual podría o no estar por encima del daño realmente sufrido) o bien reduciéndolo considerablemente, generando un serio perjuicio a la víctima así

como, en muchos casos, empobreciéndola injustamente. Como se puede observar, los jueces suelen "pecar" por exceso o por defecto en situaciones en donde no existe un claro panorama de cuáles son las valoraciones monetarias preexistentes que le corresponden a la lesión de un determinado bien –no patrimonial- de la persona. Mientras no se corrija ello, los casos descritos anteriormente persistirán y las situaciones de inequidad se incrementarán desagradablemente.

d) **La poca predictibilidad del sistema indemnizatorio afecta al sistema económico**. Está de más recordar que el fenómeno jurídico tiene un impacto no menor en la economía de un Estado, y viceversa. Es por ello, que no debería de extrañarnos que las decisiones judiciales a nivel indemnizatorio repercutan en cierta medida en los agentes económicos y en las decisiones que estos vayan a tomar dentro del mercado[37].

De este modo, cuando un sistema indemnizatorio ofrece poca predictibilidad, lo que termina proyectando (y en esta ocasión, de manera realista) es inseguridad jurídica. Y cuando existe inseguridad jurídica, la economía de un país no logra crecer adecuadamente, por cuanto los inversionistas y los empresarios no cuentan con las condiciones mínimas de estabilidad legal para desarrollar eficientemente su actividad económica. De hecho, con relación al impacto que dicha problemática genera en las empresas aseguradoras, se ha expresado que este tipo de indemnizaciones (exorbitantes) "es en la práctica un grave error, puesto que si bien la intención de los jueces es loable –por considerar que el estado físico y psíquico de la víctima amerita una indemnización lo más justa posible-, pone sobre el tapete la no existencia de tablas donde se fijen los montos indemnizatorios promedios - y utilizados por todos los operadores de derecho judiciales - que eviten indemnizaciones dispares e incluso astronómicas, con el perjuicio que no se puedan hacer efectivas para las víctimas y que se genere problemas colaterales en el sistema financiero -

[37] Primigeniamente, esto fue ya descubierto con gran pericia por el Premio Nobel de Economía, el profesor inglés Ronald COASE, en su revolucionario trabajo "*El problema del costo social*" publicado en el año 1960. En él, el destacado economista da cuenta del importante rol que juega la función jurisdiccional dentro del esquema mercantil (concretamente, en materia de asignación de indemnizaciones) y el comportamiento que asumen los agentes económicos dentro del mercado como reacción a determinadas decisiones producidas en el ámbito legal por parte de los operadores jurídicos (jueces, en este caso). Dicho binomio (fenómeno legal y actividad económica) se va configurando dinámicamente en virtud a los incentivos y desincentivos que se van generando en la interacción constante entre ambos polos de la relación.

concretamente, entre las aseguradoras". Y más adelante agrega que «Con ello, creemos que se conseguiría, por un lado, facilitar a los operadores jurídicos el tener una visión más humanista de la persona (dejando de lado criterios completamente patrimonialistas) y, por el otro, **tranquilizar a las aseguradoras, confiando que las indemnizaciones puedan ser cubiertas por las pólizas de seguros, siendo predecibles los fallos judiciales y evitando que se den sumas astronómicas, que en la práctica no se puedan hacer efectivas, sin riesgo a caer en riesgo de quiebra** (las negritas son mías)»[38]. Por otra parte, las propias empresas no podrían proyectar su contabilidad de manera medianamente estable, ya que las pérdidas por concepto de externalidades negativas (indemnizaciones por pagar) que eventualmente tendrían que asumir, no podrían ser contempladas *ex ante* debido a que no existe tal cuantificación de daños (previa) en el propio sistema judicial que permita tal planificación (aunque sea mínima). Peor aun cuando los montos indemnizatorios, como ya lo dijimos líneas arriba, pueden variar de un momento a otro escandalosamente. Esa inestabilidad jurídica en el terreno indemnizatorio no es neutral. Esto es, sí envía un mensaje al mercado, y en este caso el mensaje en cuestión es uno de desincentivación de actividades económicas, de inversión y de producción para el país, lo cual termina afectando en última instancia los niveles de crecimiento macroeconómico.

3.1. *Hacia una unificación de criterios para cuantificar el daño a la persona*[39]

Como ya hemos venido relatando líneas arriba, el problema mayor -y el gran desafío- que enfrenta actualmente el derecho de daños, y de manera especial nuestro propio ordenamiento jurídico, es el de establecer criterios uniformes para la cuantificación del daño no patrimonial (*rectius*, daño a la persona). Ante ello, lo que pretendemos a continuación es ofrecer una suerte de bosquejo que contenga las nociones y criterios elementales que deben de tener en cuenta

[38] Joel DÍAZ CÁCEDA, *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2006, pp. 63-64.

[39] Para una revisión detallada del estado de la cuestión en el escenario nacional, véase a Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano*, en AA.VV., *Responsabilidad civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*, a cura de Juan Espinoza Espinoza, Editorial Rodhas, Lima, 2006, pp. 251-281.

nuestros operadores jurídicos a la hora de valorar – acertadamente - el daño a la persona. Dado que el sistema indemnizatorio peruano urge de un esquema cuantificatorio previo, esperamos con este trabajo aportar con *un grano de arena* para alcanzar dicho propósito.

No quisiéramos comenzar esta sección sin antes aclarar que –como bien lo advierte ESPINOZA ESPINOZA- en nuestro medio, a pesar de que judicialmente no existen aún tablas o esquemas claros de cuantificación *ex ante* del daño a la persona (como sí ocurre en el derecho italiano, por ejemplo[40]), lo que sí existe es dicho criterio tabular, pero a nivel legislativo. Concretamente, éste se encuentra vinculado al tema de accidentes de tránsito y a la regulación del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT)[41].

A continuación, presentamos los aspectos principales que se deben tener en cuenta para valorar el daño a la persona:

1. **La gravedad del daño**. No todos los daños producidos comparten la misma dimensión y el mismo impacto en la esfera de las víctimas. Existen algunos perjuicios que, por su inferior tamaño o por el leve impacto que generan en aquéllas, reciben un monto indemnizatorio bastante reducido, lo cual resulta lógico. Inclusive, en algunos casos la indemnización otorgada no es una de naturaleza pecuniaria sino, por el contrario, de distinto orden (como puede ser, por ejemplo, la publicación de la sentencia condenatoria en un diario oficial, o el desagravio público de distinto tipo en un medio de comunicación de mayor repercusión social, etc.). Lo importante aquí radica en que el juez contemple a la víctima en su esfera global, y analice la dimensión de la repercusión del agravio en cada una de las áreas de la persona. Vale recordar

[40] Así lo demuestra el citado autor al referirse a las tablas empleadas por los jueces de los tribunales de Milán, Venecia, Boloña, Florencia, Roma, etc. Al respecto, Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano*, cit., pp. 268 ss.

[41] Para mayor abundamiento, véase a Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano*, cit., pp. 265-268.

que el propio Código civil peruano (art. 1984°) establece este criterio como imperativo[42], al afirmar lo siguiente: «*El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia*».

Como señalara MORALES GODO en torno a la intensidad del daño producido, «a.1) Algunos daños provocarán cambios en el proyecto de vida de la víctima, debido a las lesiones físicas o psíquicas que impedirán que desarrolle sus ocupaciones habituales, por el trastocamiento de su capacidad productiva (…) a.2) Otros, significando un atentado contra los derechos de la personalidad, no son de la magnitud de los anteriores, pero tienen una repercusión económica, aun cuando no medibles pecuniariamente (…) a.3) Otro grupo de daños que significan también atentado contra ciertos derechos de la personalidad sin ningún tipo de reparación económica y lo que produce es un malestar psíquico de dolor, angustia, pena, un ataque al sentimiento de la víctima»[43].

2. Condición del dañante. Ciertamente, en un supuesto de responsabilidad civil, la parte involucrada que genera mayor preocupación (o por lo menos, debería) es la víctima del

[42] Sobre su aplicabilidad a nivel jurisprudencial, podemos reproducir un extracto de la siguiente sentencia, recogida en Mercedes MANZANARES CAMPOS, *Criterios para valuar el* quantum *indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*, Primera Edición, Grijley, Lima, 2008, pp. 151-152.
CAS. N° 1676-2004 LIMA. INDEMNIZACIÓN. Lima, veintiséis de setiembre del dos mil cinco. Se trata del recurso de casación interpuesto por la Empresa Ingeniería Dinámica Sociedad Anónima, contra la sentencia de vista de fojas trescientos setenta y ocho, su fecha treinta de enero del dos mil cuatro, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocando la sentencia apelada de fojas trescientos cuarenta y dos, su fecha diecinueve de mayo del dos mil tres, declara Fundada en parte la demanda de fojas veinte, ordenando que la demandada cumpla con pagar a los demandantes por concepto de reparación civil la suma de cincuenta mil nuevos soles; con costas y costos. Que, en vista que las partes se imputaban responsabilidades respecto de cada una de ellas invocando cada una lo dispuesto en los artículos mil novecientos setenta y mil novecientos setenta y tres del Código Civil respectivamente, la Sala de mérito estaba facultada para graduar el monto de la reparación en base a los hechos materia del proceso y de acuerdo al artículo mil novecientos setenta y tres del Código Civil, no pudiendo considerarse que ello restituya un pronunciamiento sobre hecho no controvertido, toda vez que en virtud a lo preceptuado en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el juez está facultado para aplicar el derecho que corresponde al proceso; por la razón que en el presente caso no se ha incurrido en contravención del principio de congruencia a que se refiere el artículo cincuenta inciso sexto del Código Procesal citado ni en infracción de lo dispuesto en los artículos trescientos setenta y trescientos setenta y seis del acotado Código, respecto de los alcances del recurso de apelación cuando se absuelve el grado. (Diario oficial *El Peruano*, "Casación", Lima, viernes 2 de junio de 2006, pp. 16260, 16261).

[43] Juan MORALES GODO, *Naturaleza del daño moral, ¿punitiva o resarcitoria?, y criterios de cuantificación*, en AA.VV., *Responsabilidad civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*, pp. 200-201.

daño, la persona humana, constituyéndose ésta en el principal factor de análisis. Todos los esfuerzos de la disciplina jurídica deberían de estar encaminados a satisfacer el interés lesionado en su esfera personal. Sin embargo, muchas veces los jueces, a la hora de establecer el *quantum* indemnizatorio se enfocan tanto en el agraviado y el daño inferido, que pierden de vista al otro protagonista del fenómeno jurídico, esto es, al agente causante del daño: al responsable. Este es un personaje no menor a tener en cuenta, y respecto del cual el juez debe de considerar en todo momento[44]. La razón es muy simple. Si de algún lugar saldrá el dinero para pagar la indemnización ordenada será del bolsillo del dañante. Será este y únicamente este quien estará obligado jurídicamente a efectuar el pago por dicho concepto. En el mundo jurídico no existirá otro sujeto habilitado para hacer frente a dicho mandato judicial. Por tal razón, al no existir otro sustituto que pueda afrontar dicha obligación - y más aun tratándose de graves daños perpetrados y en donde eventualmente el *quantum* habrá de ser elevado - el juez deberá considerar el estado financiero del agente y su capacidad patrimonial para poder cumplir satisfactoriamente con el pago de la suma dineraria adjudicada por concepto de indemnización. De nada serviría a la víctima que el juez ordene una suma indemnizatoria exorbitante cuando, finalmente, el agresor nunca podrá cumplir con dicha obligación dada su precaria situación económica **existente antes** de la ocurrencia del hecho dañoso.

Ciertamente, nuestro vigente Código Civil establece un supuesto específico en donde el juez deberá tomar en consideración la situación económica de las partes. Así, el artículo 1977 del citado cuerpo normativo afirma lo siguiente: «*Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto*

[44] Aunque, como acertadamente nos lo recuerda MANZANARES CAMPOS, sobre este aspecto la doctrina clásica opinaba radicalmente diferente. Así, por ejemplo, los hermanos Mazeaud y Chabas sostenían que «si bien se debe examinar dentro de los límites antes indicados la situación de la víctima, el juez debe, por el contrario, para evaluar el perjuicio, cerrar los ojos sobre la situación personal del responsable y, especialmente, sobre su situación de fortuna y su situación de familia. Pobre o rico, poco importa; el responsable debe reparar todo el daño causado por la culpa. Sin duda, una sentencia que ordena el pago de una indemnización puede arruinar a un individuo, mientras que supone solamente una ínfima reducción del patrimonio de otra», MAZEAUD, Henri y León, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Segunda Parte, Vol. II, Editorial Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1975, pp. 762-763, citado en Mercedes MANZANARES CAMPOS, *Criterios para valuar el* quantum *indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*, cit., pp. 154-155.

anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo».

Como se ve, ya el legislador previó una circunstancia especial donde el juez puede considerar el *status* patrimonial del responsable del daño. El problema es que esta previsión no es una de aplicación general a todos los supuestos de daño, sino que está diseñada exclusivamente, en principio, para el caso de responsabilidad de los representantes de incapaces sin discernimiento. Sin embargo, a pesar de dicha ausencia normativa, los jueces han tratado de suplir la misma convenientemente para ciertos casos en donde las circunstancias así lo merituaban[45]. Esta actitud responsable de los jueces nos hace recordar, una vez más, que el Derecho no puede aplicarse de espaldas a la realidad, por más justa que aparentemente resulte la decisión judicial adoptada. Deberá tenerse en cuenta, por lo tanto, - además - la condición económica del responsable del daño[46].

Con relación al comportamiento del agente, otro aspecto que deberá de observar el juez al momento de valorar el *quantum* es el grado de culpabilidad con el que se actuó. Se tendrá que verificar, así, el nivel de negligencia o imprudencia con el que se cometió la lesión o si, por el contrario, el dañante ejecutó su comportamiento de manera dolosa. Este último dato puede ser de mucha utilidad para que el monto indemnizatorio sea incrementado a favor del demandante[47].

---

[45] Así lo expresaban, por ejemplo, las siguientes sentencias:

- Exp. 2562-98 (28/10/98): Si bien la vida de una persona no tiene precio, también es que el señalar una cantidad elevada por concepto de indemnización y fuera del alcance de los obligados, haría ilusorio su abono, por cuanto se evidencia de los autos, que los co-demandados no cuentan con los medios suficientes para pagar el importe de la suma demandada.
- Ejecutoria Suprema 30/11/96: A efecto de dosificar el *quantum* se debe tener en consideración la capacidad económica del obligado y las necesidades de quienes dependieron económicamente de la víctima", las mismas que se encuentran recogidas en Mercedes MANZANARES CAMPOS, *Criterios para valuar el* quantum *indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*, cit., p. 156.

[46] No obstante, como nos lo recuerda una clásica doctrina española, es importante precisar que "si su situación patrimonial es mala (la del agente), esto no debe conducir tampoco a la desaparición total de su obligación, ya que el factor patrimonial es sólo uno de los varios que se han de tener en cuenta. La mala situación económica del agente tendrá más o menos importancia según el motivo u ocasión del hecho dañoso", Jaime SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 143.

[47] Asimismo, la conducta de la víctima en la producción del daño deberá ser también materia de análisis, toda vez que su vinculación de casualidad con el hecho generador del daño atenuará (o no) la indemnización asignada o, en el peor de los casos, resultará en la exoneración de la misma a favor del demandado.

3. Incapacidad laboral generada. Este criterio tiene mucha relación con el de la gravedad del daño porque es precisamente a través de aquél con el que se puede visualizar mejor la dimensión del perjuicio producido. Con este criterio, el juez podrá darse cuenta de la repercusión económica actual - y sobre todo futura - que el daño ha provocado en la esfera del dañado. De este modo, al contar con circunstancias que permitan una mayor proximidad tangible a la lesión sufrida, el juzgador podrá disponer de parámetros contables más definidos para establecer el *quantum* indemnizatorio.

4. El proyecto de vida. A diferencia de la posición del creador de la figura, Carlos Fernández Sessarego -para quien el daño al proyecto de vida debe ser resarcido como voz autónoma de daño, al lado del daño moral y del daño a la persona-, nosotros somos de la opinión[48], más bien, que el proyecto de vida debe de considerarse - y en sobremanera - como un importante criterio a la hora de cuantificar el daño a la persona. Con cargo a desarrollar esta opción interpretativa de manera más amplia en una ulterior publicación[49], lo que podemos señalar al respecto es que, efectivamente, el proyecto de vida es un aspecto crucial que debe de evaluarse con bastante cuidado por el juez al momento de establecer el monto indemnizatorio. Evidentemente, el reconocer la dimensión del proyecto de vida lesionado podrá ayudar al juez a comprender cabalmente cuál ha sido la magnitud del daño producido en la víctima, y así, entonces, otorgar una indemnización que se acerque más al principio de reparación integral del daño, entendiendo que el proyecto de vida es un aspecto crucial en la estructura de la persona, y que su reparación debe de estar integrada pertinentemente en el monto indemnizatorio por concepto de *daño a la persona*.

[48] Junto a la del profesor Juan Espinoza Espinoza, quien fue, entre nosotros, el primero en adoptar dicha posición. Al respecto, véase a Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, Sétima Edición, Editorial Rodhas, Lima, 2013, p. 254.

[49] La cual tendrá como basamento nuestra investigación intitulada "*Funcionalidad del daño al proyecto de vida como criterio de cuantificación del daño a la persona en el ordenamiento jurídico peruano*" presentada como tesis para la obtención de nuestro Título de Abogado, la misma que sustentamos el 4 de abril del 2019 en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Abstract

The author describes how the theory of damage to person was incorporated into the Peruvian legal scene, highlighting the most important facts that served as background. Subsequently, it analyzes the most substantial aspects around the Peruvian elaboration of the damage to person, such as those consisting of the new systematization of damages, as well as the discovery of important voices of damage, among which stands out, the "damage to the project of life". Finally, he proposes various pending objectives to be resolved by the legal operator, which represent the greatest challenges that damage to person currently faces in the Peruvian legal system.

Abstract

El autor describe cómo la teoría del daño a la persona fue incorporada al escenario jurídico peruano, resaltando los hechos más importantes que sirvieron como antecedente. Posteriormente, analiza los aspectos más sustanciales en torno a la elaboración peruana del daño a la persona, como los consistentes en la nueva sistematización de daños, así como el hallazgo de importantes voces de daño, entre las que destaca, el "daño al proyecto de vida". Finalmente, propone diversos objetivos pendientes a ser resueltos por el operador jurídico, los cuales representan los mayores desafíos que enfrenta actualmente el daño a la persona en el ordenamiento jurídico peruano.

Lima, diciembre 2021.

CARLA GULOTTA*

Riflessioni in tema di responsabilità sociale d'impresa e governance *societaria nell'Unione europea* **

Sommario: 1. Considerazioni introduttive e piano del lavoro. - 2. La definizione di responsabilità sociale d'impresa e le sue implicazioni. - 2.1. La concettualizzazione della responsabilità sociale in sede ONU: i Principi guida delle Nazioni Unite su affari e diritti umani. - 3. La "procedimentalizzazione" della condotta come parametro di responsabilità delle imprese. 4. La convergenza della comunità internazionale sul modello di responsabilità sociale elaborato dalle Nazioni Unite. - 5. La duplice dimensione della responsabilità sociale d'impresa nell'ordinamento dell'Unione europea. - 5.1. La responsabilità sociale come strumento di rafforzamento del modello sociale europeo. - 5.2. La dimensione esterna della responsabilità sociale. - 6. La strategia normativa dell'Unione per la responsabilizzazione delle imprese: obblighi informativi e *due diligence*. - 7. L'evoluzione del modello: verso la responsabilizzazione dall'interno dell'impresa per l'impatto prodotto sulla società. - 7.1 Il coinvolgimento dei dipendenti quali primi *stakeholder* dell'impresa. - 7.2 La riconduzione della responsabilità sociale all'interno del perimetro dell'interesse dell'impresa e dei doveri dei suoi amministratori. - 8. Conclusioni: la responsabilità sociale come correttivo all'attuale modello di impresa nella transizione verso un'economia sostenibile.

1. *Considerazioni introduttive e piano del lavoro*

L'esigenza di improntare l'esercizio internazionale dell'attività d'impresa al rispetto di principi etici, vede impegnata la comunità internazionale in una sorta di laboratorio permanente che, dagli '70 del Novecento, ha dato vita in fasi successive a strumenti diversi, dai codici di condotta per le imprese multinazionali dell'Organizzazione per la cooperazione e

* *Professoressa Associata di Diritto internazionale presso l'Università di Milano-Bicocca, dove insegna International Trade Law, International Economic Law e European Union Law. È co-direttrice del Master "Sustainability in Law, Finance and Management-SiLFiM" all'Università di Milano-Bicocca.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

lo sviluppo economico (OCSE) e dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), a iniziative volontarie promosse da organizzazioni intergovernative o da singole imprese, all'avvio di negoziati volti alla stipulazione di un trattato internazionale. L'esperimento ad oggi più riuscito può essere individuato nella progressiva ricostruzione, nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), di un inquadramento dell'interferenza tra attività dell'impresa e i diritti umani all'interno di uno schema organizzativo-comportamentale la cui non osservanza da parte dell'impresa denota l'irresponsabilità di quest'ultima.

La concettualizzazione in questi termini di una responsabilità sociale dell'impresa si è affermata nel periodo a cavallo della crisi economico-sistemica iniziata nel 2007 e si è radicata negli anni successivi, divenendo oggetto di un vasto consenso a livello internazionale. La crisi economica conseguente alla pandemia da Covid-19, insieme all'aggravarsi degli effetti del cambiamento climatico in atto hanno accelerato l'istanza di eticità rivolta dalla società civile internazionale alle imprese, aprendo la strada ad un ripensamento del ruolo di queste ultime nella transizione verso un sistema economico più sostenibile sotto il profilo sociale e ambientale. Il presente contributo si propone di ripercorrere l'evoluzione della nozione di responsabilità sociale con particolare riguardo all'ordinamento dell'Unione europea, esaminando quanto la capacità di questo istituto di promuovere un effettivo cambiamento nel modo di concepire e svolgere le attività economiche dipenda dalla misura in cui i principi e il metodo della responsabilità sociale – oggi coincidente con la cosiddetta procedimentalizzazione della diligenza dovuta (*due diligence*) – vengano assorbiti all'interno della struttura stessa dell'impresa e del veicolo societario che ne costituisce il sostrato in termini di diritto.

Nelle pagine che seguono si compirà, pertanto, una breve ricognizione delle aree dell'ordinamento europeo direttamente interessate dallo strumento della responsabilità sociale d'impresa (di seguito anche RSI) e si segnaleranno alcune rilevanti iniziative adottate negli Stati membri, nel tentativo di fare emergere l'apporto effettivo che la RSI può fornire nel difficile compito di governo della globalizzazione.

2. *La definizione di responsabilità sociale d'impresa e le sue implicazioni*

Sebbene il limitato oggetto di questo studio impedisca di ricostruire compiutamente la genesi della nozione di responsabilità sociale d'impresa[1], preme tuttavia rilevare che la stessa ha subìto un'evoluzione sostanziale nell'ordinamento dell'Unione europea. Venendosi ad occupare per la prima volta *ex professo* di questo tema, nel 2001 la Commissione definiva la RSI come "l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate"[2]. A questa accezione volontaristica la Commissione è rimasta sostanzialmente fedele per lungo tempo, riproponendola più volte in comunicazioni successive[3]. Il fondamento di questa impostazione va individuato nel tradizionale favore manifestato sin dagli anni '70 del Novecento dall'allora Comunità nei confronti delle imprese di grandi dimensioni, considerate alla stregua di "campioni nazionali" (o meglio "europei") che, nonostante le periodiche prese di posizione del Parlamento europeo contro gli abusi delle multinazionali, non si voleva limitare con vincoli unilaterali di condotta, ipoteticamente capaci di determinare un pregiudizio competitivo a danno delle imprese europee rispetto alle concorrenti straniere.

La responsabilità sociale è stata, pertanto, definita in senso volontaristico, nell'adesione alla dottrina economica della RSI come strumento idoneo a conferire vantaggi competitivi alle imprese europee che si presentassero sul mercato, ed in particolare sul mercato globale, come portatrici di valori etici ai quali la società civile internazionale iniziava ad attribuire importanza crescente ai fini delle scelte di consumo.

Nel 2011, peraltro, l'approccio al tema subisce una radicale trasformazione: il riferimento alla natura volontaristica della responsabilità sociale viene abbandonato e quest'ultima

[1] Si rinvia, sul punto, ai lavori di A. DI PASCALE, *La responsabilità sociale dell'impresa nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2011 e P. ACCONCI, (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa in Europa*, Napoli, 2009.

[2] Libro verde Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese, COM (2001) 366, Bruxelles, 18 luglio 2001.

[3] Cfr.: Comunicazione della Commissione relativa alla responsabilità sociale delle imprese: un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile, COM(2002) 347 def., Bruxelles, 2 luglio 2002; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo Il partenariato per la crescita e l'occupazione: fare dell'Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese, COM(2006) 136 def., Bruxelles, 22 marzo 2006.

è definita dalla Commissione come "la responsabilità delle imprese per il loro impatto sulla società"[4].

Non è difficile ravvisare in questa evoluzione concettuale gli effetti della crisi economico-sistemica esplosa nel 2007, le cui ricadute sulla società, in termini di aumento della disoccupazione e innalzamento dei livelli di disuguaglianza, sia sul piano globale, sia all'interno dei singoli Stati, hanno avviato una riflessione sul prevalente modello economico del liberismo istituzionalizzato, innescando la ricerca di correttivi. La responsabilità sociale d'impresa è apparsa rispondere a questa esigenza: da strumento rimesso interamente alle scelte discrezionali di quelle imprese intenzionate a conquistare nicchie del mercato sensibili alla tutela dell'ambiente o dei diritti sociali, è divenuta essa stessa strumento di politica normativa, consentendo al legislatore di richiedere o comunque di attribuire rilevanza alla valutazione da parte dell'impresa dell'impatto che la stessa produce nel contesto sociale in cui opera.

2.1. *La concettualizzazione della responsabilità sociale in sede ONU: i Principi Guida delle Nazioni Unite su impresa e diritti umani*

Dal punto di vista del *modus operandi*, lo schema della responsabilità sociale consiste nel richiedere l'adozione della "diligenza dovuta" nella conduzione dell'attività economica e/o istituzionale: il grande "salto" si è avuto, dunque, con la concettualizzazione dell'importanza del *processo di individuazione e gestione dei rischi* da parte dell'impresa/ente. Sebbene l'espressione più articolata e completa di questa dottrina della "*due diligence*" sia da individuarsi nel *Framework* ideato dal Rappresentante speciale del Segretario Generale delle Nazioni Unite (NU), John Ruggie come asse portante dei Principi Guida su impresa e diritti umani, non si tratta di uno schema del tutto privo di precedenti. Già negli anni '90 del Novecento l'esperienza dell'*Inspection Panel* della Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo, la procedura della Commissione europea di valutazione d'impatto delle politiche (SIA) e analoghe procedure interne adottate da istituzioni finanziarie internazionali e nazionali avevano aperto la strada verso la *procedimentalizzazione* della richiesta di eticità della condotta introdotta, vent'anni prima, dai primi codici di condotta per le imprese multinazionali.

[4] Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese, COM(2011) 681, Bruxelles, 25 ottobre 2011.

3. *La "procedimentalizzazione" della condotta come parametro di responsabilità delle imprese*

Per sintetizzare i tratti essenziali del sistema di tutela dei diritti fondamentali da lui proposto, il Rappresentante speciale Ruggie è ricorso all'immagine dei tre pilastri di comunitaria memoria[5], nella specie identificandoli con l'obbligo di protezione dei diritti umani incombente sullo Stato (*duty to protect*), con la responsabilità delle imprese di rispettare tali diritti (*responsibility to respect*) e con la necessità di approntare sistemi, giurisdizionali o non, idonei ad assicurare un'efficace riparazione dei danni subiti dai titolari dei diritti stessi in caso di loro violazione (*remedy*).

Dei tre pilastri del *Framework* il primo è certamente il meno innovativo, dal momento che la responsabilità dello Stato di tutelare i diritti fondamentali è pacificamente riconosciuta dal diritto internazionale. Qui, l'aspetto più interessante del nuovo approccio è costituito dall'invito agli Stati di farsi carico della tutela dei diritti umani andando oltre i limiti tradizionali, per conseguire che le società stabilite nel territorio o comunque soggette alla giurisdizione nazionale rispettino i diritti fondamentali dell'uomo nell'attività imprenditoriale ovunque esplicata (cfr. il principio base A, 2 dei Principi Guida). Non si tratta ancora, peraltro, del riconoscimento in capo agli Stati di un obbligo in tal senso, e proprio la prudenza manifestata dal Rappresentante speciale sul punto ha determinato un'accoglienza piuttosto tiepida dei Principi applicativi del *Framework* da parte di alcuni gruppi in difesa dei diritti umani. Si tratta, comunque, di un passo ulteriore nella direzione di un'espansione della protezione accordata dagli Stati ai diritti dell'uomo, della quale sono rinvenibili indizi sia a livello di ordinamenti nazionali (si pensi alle normative penali aventi ad oggetto l'affermazione della giurisdizione del foro in ordine a reati di particolare intensità criminosa commessi ovunque dal cittadino[6] o alla portata extraterritoriale dell'applicazione ai rapporti dell'impresa dell'ATCA

[5] Così il *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, UN doc. A/HRC/11/13 del 22 aprile 2009, par. 1.

[6] Si pensi alla legge italiana contro l'indegno fenomeno del turismo sessuale in danno di minori, che espressamente estende le fattispecie dei reati sessuali contro i minori previste dal nostro codice penale ai fatti commessi all'estero da cittadino italiano, da solo o in concorso con stranieri: legge 3 agosto 1998, n. 269, Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù, art. 10, in G. U. n. 185 del 10 agosto 1998.

– *Alien Tort Claims Act* negli Stati Uniti[7]), sia nell'ordinamento internazionale (si veda il progressivo ampliamento per via interpretativa della giurisdizione statale in materia di tutela dei diritti umani[8]).

Portata sicuramente innovativa va riconosciuta, invece, al secondo pilastro del *Framework*, che afferma la "responsabilità" delle imprese di "rispettare" i diritti umani. In questo caso, infatti, assistiamo all'inedita attribuzione di rilevanza ad una "dimensione orizzontale" di tutela dei diritti dell'uomo in uno strumento internazionale.

Questo nuovo livello "orizzontale" di tutela viene ad aggiungersi a quello "verticale" Stato- individuo, già garantito dal diritto internazionale e rispetto ad esso rivendica una totale autonomia.

Autonoma e innovativa è anche la terminologia usata nel *Framework*, che descrive la posizione soggettiva delle imprese non in termini di "*accountability*"[9] (con relativa esigibilità giuridica della tutela) ma di "*responsibility*", accreditando l'esistenza, a livello internazionale, di una figura intermedia di responsabilità, a metà strada tra la doverosità giuridica assistita da sanzione e la doverosità sociale, già configurabile in capo alle imprese e suscettibile di evolversi, in futuro, in piena vincolatività.

Secondo i Principi applicativi il "rispetto" dovuto dalle imprese si riferisce ai "diritti umani internazionalmente riconosciuti" e si estende a tutti i territori nei quali esse si trovino ad operare[10].

La nuova figura di responsabilità acquista effettività grazie all'approccio integrato proposto dal Rappresentante speciale, che ne sostanzia il contenuto, oltre che nell'astensione dal violare direttamente i diritti umani, nel dovere delle imprese di prevedere e gestire il rischio

[7] Sebbene da ultimo la giurisprudenza americana abbia messo seriamente in dubbio l'invocabilità di questa legge per fondare azioni risarcitorie di violazioni dei diritti umani commesse da imprese multinazionali. In argomento cfr.: M. FASCIGLIONE, *Il principio di corporate responsibility in materia di violazione dei diritti umani da parte di imprese multinazionali: il caso Kiobel, in Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2011, p. 131 e P. ACCONCI, *La rilevanza per le imprese multinazionali degli obblighi convenzionali in materia di diritti della persona umana*, *ibidem*, p. 313 ss.

[8] Cfr. P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

[9] Secondo i Principi applicativi, tuttavia, le imprese dovrebbero gestire già in termini di violazione di un obbligo giuridico il rischio di causare o di contribuire a "*gross human rights abuses*": cfr. Human Rights Council, *Report of the Special Representative (…) Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, principio 23, UN doc. A/HRC/17/31 del 21 marzo 2011, p. 21.

[10] Human Rights Council, *ibidem*, principio 23, lettera c).

di violazione di tali diritti (*due diligence*) anche lungo la catena di fornitura[11], e in un conseguente dovere di riparazione in caso di lesione.

La riparazione costituisce, anzi, il terzo pilastro del sistema di tutela e si qualifica per la natura multiforme, indifferentemente pubblica (giudiziaria o non giudiziaria) o privata e per il carattere di effettività che dovrebbe essere assicurato attraverso il rispetto di criteri differenziati a seconda della tipologia di riparazione presa in considerazione.

La valutazione preventiva del possibile impatto delle scelte aziendali sui diritti umani delle comunità di volta in volta interessate richiama l'approccio già introdotto da tempo nella Banca mondiale (si pensi all'*Inspection Panel*) e in altre organizzazioni e banche di sviluppo, con la differenza che qui la cosiddetta "*due diligence*" è prevista in capo a soggetti privati e non a organizzazioni internazionali intergovernative e quindi, in qualche misura, già vincolate al rispetto degli strumenti internazionali sui diritti umani[12].

4. *La convergenza della comunità internazionale sul modello di responsabilità sociale elaborato dalle Nazioni Unite*

Oggi su questo schema si è determinata una inedita convergenza di consensi. La concettualizzazione dell'obbligo degli Stati di proteggere e delle imprese di rispettare i diritti umani, insieme al dovere di entrambi di provvedere a una riparazione nel caso in cui una violazione si sia comunque realizzata è stata formalizzata dall'OCSE nell'edizione rivista dei Principi direttivi per le imprese multinazionali ancora prima che i Principi ONU venissero pubblicati; gli stessi tre pilastri sono stati oggetto più volte di richiamo da parte del G20.

L'Unione europea ha subito manifestato di voler recepire l'impostazione dei Principi Guida delle Nazioni Unite, aggiornando in corrispondenza la propria posizione in materia di RSI e incoraggiando gli Stati membri a dare tempestiva attuazione nei propri ordinamenti nazionali all'approccio dell'ONU. L'adesione al modello di responsabilità sociale d'impresa

[11] Le due fattispecie (violazione diretta o vericatasi lungo la catena di fornitura) darebbero luogo rispettivamente in capo all'imprenditore ad una responsabilità oggettiva ovvero ad una responsabilità per colpa: in questo senso J. BONNITCHA, R. MCCORQUODALE, *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, vol. 28, 2017, p. 899 ss.

[12] Per uno studio approfondito sulla misura in cui tale obbligo gravi sul Fondo monetario internazionale e sulla Banca mondiale si rinvia a P. DE SENA, *Fondo monetario internazionale, Banca mondiale e rispetto dei diritti dell'uomo*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia, Liber Amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 829 ss.

delineato nei Principi Guida delle Nazioni Unite ha confermato l'estensione della logica della RSI dall'ambito delle imprese multinazionali alla totalità delle imprese europee, indipendentemente dalle dimensioni e dal carattere esclusivamente nazionale o internazionale dell'attività prestata: ciò si riflette nei piani di attuazione dei Principi Onu degli Stati membri, compreso quello italiano, del quale è prossima l'adozione della seconda edizione. Tuttavia, mentre tredici dei Paesi membri hanno provveduto a dotarsi di Piani d'azione nazionali, l'adozione di provvedimenti attuativi da parte dell'Unione è stata episodica e residuale[13], tanto da indurre nel 2019 il Gruppo di lavoro del Parlamento europeo su impresa e diritti umani a pubblicare un Piano d'azione ombra, contenente l'indicazione di una pluralità di misure da assumersi entro il 2024 per realizzare quanto prefigurato in sede di Nazioni Unite. Tra le azioni contemplate, l'introduzione di una *due diligence* vincolante in capo alle imprese europee e di una responsabilità delle stesse per violazioni dei diritti umani e danni ambientali in caso di omessa diligenza (violazione del principio della *reasonable care*) costituiscono gli aspetti più innovativi del piano[14].

5. *La duplice dimensione della responsabilità sociale d'impresa nell'ordinamento dell'Unione europea*

All'interno dell'Unione europea la RSI si era andata sviluppando, precedentemente all'adozione dei Principi Guida Onu, lungo due percorsi paralleli, ciascuno rispondente a una specifica funzione e valenza dell'istituto. Diverso, infatti, è il ruolo che la responsabilità sociale d'impresa può essere chiamata a svolgere all'interno del territorio degli Stati membri dell'Unione, ovvero nei confronti degli operatori economici europei la cui attività si proietta sui mercati internazionali.

[13] Nel febbraio 2017 l'autore dei *Principi su imprese e diritti umani delle Nazioni Unite*, prof. John G. Ruggie, ha indirizzato al presidente della Commissione europea una lettera nella quale si duole espressamente dell'inerzia dell'istituzione in materia di responsabilità sociale d'impresa e la sollecita a riprendere un ruolo di leadership nella diffusione, sul piano globale, dei relativi principi.

[14] Cfr.: Gruppo di lavoro su Impresa e diritti umani del Parlamento europeo, *Shadow EU Action Plan on Business and Human Rights*, 19 marzo 2019, reperibile all'indirizzo https://Responsiblebusinessconduct.eu/wp/wp-content/uploads/2019/03/SHADOW-EU-Action-Plan-on-Business-and-Human-Rights.pdf.

5.1. *La responsabilità sociale come strumento di rafforzamento del modello sociale europeo*

Sotto un primo profilo, la RSI può essere intesa come una componente del modello sociale europeo e preordinata a consentire l'innalzamento del livello delle tutele sociali già garantite all'interno degli ordinamenti degli Stati membri.

Già nei primi anni '90 del Novecento Jacques Delors invitava le imprese europee ad andare oltre quanto espressamente previsto dall'ordinamento e a partecipare alla lotta contro l'esclusione sociale, mentre nel Consiglio europeo di Lisbona del 2000 veniva fatto appello al «senso di responsabilità delle imprese» per valorizzare le buone prassi maturate nei settori dell'istruzione, formazione e organizzazione del lavoro, in modo da contribuire allo sviluppo sostenibile dell'economia europea[15].

Nella sua dimensione "introversa", in quanto diretta a produrre effetti all'interno del territorio dell'Unione, la RSI si realizza da subito anche attraverso misure vincolanti che chiamano le imprese europee a operare in modo "responsabile". Ciò avviene innanzi tutto con riguardo al loro rapporto con i dipendenti (si pensi alla direttiva quadro sulla salute e sicurezza sul lavoro del 1989), ma anche al rapporto con i consumatori (nel 1992 viene istituito il marchio di qualità Ecolabel, inteso a promuovere il consumo di prodotti "che durante l'intero ciclo di vita presentano un minore impatto sull'ambiente"[16]) o, ancora, con riferimento diretto all'ambiente (regolamento istitutivo del sistema di organizzazione aziendale *Eco-Management and Audit Scheme* - EMAS[17]).

All'interno dell'Unione, dunque, la RSI può stimolare le imprese a contribuire alla realizzazione più piena della "economia sociale di mercato" di cui all'art. 3.3 TUE, valorizzandone la componente sociale, mentre sino ad ora il *focus* è stato rivolto alla dimensione economica di tale espressione (di mercato, e dunque competitiva).

---

15 "Il Consiglio europeo rivolge un particolare appello al senso di responsabilità sociale delle imprese in materia di migliori pratiche concernenti l'apprendimento lungo tutto l'arco della vita, l'organizzazione del lavoro, le pari opportunità, l'inclusione sociale e lo sviluppo sostenibile." Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000, Conclusioni della Presidenza, pt. 39, reperibile sul *web* all'indirizzo: https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_it.htm#1.

16 Cfr il Preambolo del regolamento 1980/2000 del 17 luglio 2000 relativo al sistema comunitario, riesaminato, di assegnazione di un marchio di qualità ecologica.

17 Reg EMAS, n.1221/2009 del 25/11/2009.

Le modalità attraverso cui questa accentuazione dell'impegno sociale ed ambientale delle imprese può realizzarsi sono molteplici, vi si possono ricondurre la promozione dell'accesso al lavoro delle categorie più deboli, la riqualificazione lungo tutto l'arco della vita dei lavoratori, l'offerta di servizi sociali aziendali, o ancora, l'offerta di servizi alla comunità locale nel cui contesto l'impresa opera o l'assunzione di impegni nel mantenimento di aree a verde, la creazione di boschi-giardini aziendali, solo per evocare qualche esempio.

5.2. *La dimensione esterna della responsabilità sociale*

Sotto un secondo profilo, anche nell'ordinamento europeo la responsabilità sociale d'impresa è ritenuta strumento idoneo a gestire le criticità connesse all'esercizio transnazionale dell'attività economica e a ottenere dalle multinazionali il rispetto di *standard* internazionali di sostenibilità sociale e ambientale.

Intesa in questa seconda accezione, la RSI ha, evidentemente, poco spazio all'interno del territorio dell'Unione europea, dove è lo stesso avanzamento del diritto sostanziale in materia sociale e ambientale a imporre alle imprese un adeguato rispetto di valori non economici, e ciò anche nel caso in cui imprese multinazionali straniere operino all'interno dell'Unione direttamente o tramite loro controllate. Già negli anni '90 del Novecento, alcuni importanti interventi in materia di relazioni industriali, infatti, hanno imposto il confronto con i lavoratori nei momenti più delicati della vita aziendale alle imprese europee di dimensioni comunitarie, estendendolo alle multinazionali con controllante estera, ma operanti all'interno del mercato comune (modifica della direttiva sui licenziamenti collettivi del 1992, della direttiva sui trasferimenti d'azienda del 1998 e direttiva sui comitati aziendali europei del 1994).

Dal gennaio 2015, inoltre, con l'entrata in vigore del regolamento Bruxelles I-bis, l'estensione della giurisdizione dei giudici degli Stati membri nei confronti dei datori di lavoro domiciliati all'estero rende impossibile alle imprese multinazionali straniere sottrarsi all'applicazione della disciplina protettiva del lavoratore vigente nell'Unione. Analogo discorso può farsi per quanto concerne la tutela del consumatore e dell'ambiente, che negli Stati membri risulta adeguatamente tutelato da norme vincolanti.

Se, dunque, all'interno dell'Unione il rispetto da parte delle imprese, anche straniere, di adeguati *standard* di sostenibilità sociale e ambientale risulta assorbito nella tutela già garantita dall'ordinamento, la responsabilità sociale d'impresa si conferma invece, come strumento importante per assicurare il rispetto di parametri internazionalmente condivisi nelle attività svolte dalle imprese europee nei paesi terzi.

Espressione di questa funzione della RSI nell'ordinamento dell'Unione è, innanzi tutto, la risoluzione – nota come prima risoluzione Howitt- con cui il Parlamento europeo nel 1999 invitava la Commissione a proporre che le imprese europee operanti in Paesi terzi e che avessero goduto di finanziamenti dal bilancio della Commissione o dal FSE dovessero agire in conformità alle norme dell'Unione sui diritti fondamentali, e a istituire un sistema di incentivi per le imprese che ottemperassero "alle norme internazionali generate in stretta consultazione e cooperazione con gruppi di consumatori e ONG per i diritti umani e ambientali[18]. Lo stesso approccio veniva ribadito dal Parlamento europeo in una successiva risoluzione del 2007 e, quindi, nella relazione del 2013 a firma dello stesso Howitt, nella quale, oltre a sostenersi che la RSI debba essere applicata a tutta la catena globale del valore, si sottolinea l'importanza che la stessa rientri nella formazione dei dirigenti d'impresa per diventare "una pietra miliare della *governance* aziendale strategica"[19]. Questa ultima raccomandazione tradisce la convinzione che soltanto grazie a un effettivo cambiamento culturale che passi attraverso un ripensamento del ruolo e del governo dell'impresa sia possibile raggiungere gli obiettivi di sostenibilità[20]

Il progressivo rafforzamento della dimensione esterna della RSI in Europa è dimostrato, prima ancora che dall'introduzione dei primi obblighi di *due diligence* nei settori del legno e dei minerali da conflitto, dalla subordinazione dei finanziamenti della Banca europea degli investimenti per progetti da realizzarsi all'esterno del territorio dell'Unione - nonché

[18] Risoluzione sulle norme comunitarie applicabili alle imprese europee che operano nei PVS: verso un codice di condotta europeo" (prima risoluzione Howitt).
[19] Parlamento europeo, Relazione sulla responsabilità sociale delle imprese: promuovere gli interessi della società e un cammino verso una ripresa sostenibile e inclusiva del 29 gennaio 2013, pt. 84, (2012/2097(INI)).
[20] Si tratta di una posizione che va acquisendo consenso a livello globale, come emerge dalla rete di facoltà e dipartimenti di economia (*Business School)* impegnate a introdurre nell'offerta formativa insegnamenti in materia di impresa e diritti umani: si veda il sito della Global Business School Network for Business and Human Rights Impact Community, https://gbsn.org/gbsn-for-bhr/.

della garanzia prestata da quest'ultima - a una preventiva valutazione d'impatto volta ad assicurare la sostenibilità sociale e ambientale dei progetti finanziati[21].

Nell'ambito delle relazioni economiche con i Paesi terzi, l'impegno dell'Unione per la promozione di un modello di collaborazione improntata ai valori della RSI si è tradotto, inoltre, nell'introduzione nei trattati commerciali e di investimento di specifici capitoli su commercio e sviluppo sostenibile, e nell'impegno al rafforzamento dei relativi meccanismi applicativi in modo da garantirne l'effettività[22].

6. *La strategia normativa dell'Unione per la responsabilizzazione delle imprese: obblighi informativi e* due diligence

Più recentemente, la volontà dell'Unione di fare evolvere il modello adottato dalle imprese europee, o comunque operanti nel territorio degli Stati membri, verso parametri di maggiore sostenibilità ambientale e sociale si è concretizzata in una serie di interventi normativi che vanno a incidere in modo più o meno diretto sulla *governance* societaria. Mi riferisco alla direttiva 2014/95 sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità del 22 ottobre 2014[23] e alle direttive che hanno previsto le prime procedure di diligenza dovuta obbligatorie.

La direttiva sulla comunicazione delle attività non finanziarie, attuata in Italia con il decreto legislativo n. 254 del 2016, introduce per gli enti di interesse pubblico di grandi

[21] Cfr: Decisione n. 466/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, sulla concessione di una garanzia dell'Unione alla Banca europea per gli investimenti in caso di perdite relative ad operazioni di finanziamento a sostegno di progetti di investimento al di fuori dell'Unione, art. 9, par. 1, *GUUE L 135, 8.5.2014,* p. 1.

[22] Si veda, in questo senso la Comunicazione sulla riforma della politica commerciale comune "Riesame della politica commerciale - Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva", Bruxelles, COM(2021) 66 def. del 18.2.2021. La scarsa effettività dei meccanismi che attualmente assistono i capitoli dei trattati commerciali dell'Unione in materia di sostenibilità è stata evidenziata dal primo procedimento avviato sulla base dell'Accordo di libero scambio con la Corea, conclusosi a favore dell'Unione: cfr. R. WALKER, *The "trade-related" conundrum of the EU–Korea FTA Expert Panel: Are FTAs a novel forum to enforce sustainable development goals?*, in *Investment Treaty News*, vol. 12, ottobre 2021, p. 12 ss., reperibile all'indirizzo https://www.iisd.org/system/files/2021-10/iisd-itn-october-2021-english.pdf.

[23] Direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, recante modifica della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni Testo rilevante ai fini del SEE, *GUUE* L 330, 15.11.2014, p. 1ss.

dimensioni[24], vale a dire con oltre cinquecento dipendenti nell'ultimo esercizio finanziario e che, alla chiusura del bilancio, abbiano superato i 20 milioni di euro di stato patrimoniale o i 40 milioni di euro di ricavi netti di vendite e prestazioni, l'obbligo di presentare una relazione di carattere non finanziario che consenta di comprendere l'attività, l'andamento, i risultati dell'impresa e il suo impatto sull'ambiente, sulla società, sui diritti dei dipendenti, sul rispetto dei diritti umani e sulla lotta alla corruzione, attiva e passiva .

La comunicazione di queste informazioni da parte delle imprese - limitata per il momento a quelle di maggiori dimensioni che rivestano un ruolo di interesse generale in quanto quotate o operanti nel comparto finanziario, per non gravare di ulteriori adempimenti le piccole e medie imprese – è volta a promuovere uno sviluppo sostenibile dell'economia a livello globale, ma, prima ancora, viene a imporre alle imprese contemplate l'adozione di un modello di gestione responsabile. Queste, infatti, sono ora tenute a rendere conto agli investitori e ai consumatori della loro condotta rispetto a tematiche sensibili quali la scelta delle fonti energetiche, le emissioni prodotte, il rispetto dei diritti dei dipendenti, l'impatto sulle comunità locali, il controllo delle catene di fornitura e di subappalto.

La direttiva si spinge a richiedere che l'impresa renda note, tra l'altro, "le politiche applicate (…) in merito ai predetti aspetti, comprese le procedure di dovuta diligenza applicate" e "il risultato di tali politiche", così come i principali rischi di impatto negativo sui citati valori connessi alla sua attività e le modalità di gestione di questi da essa intraprese (art. 19 bis, par. 1, lett. b), c) e d) della direttiva 2013/34, come modificato dall'art. 1 della direttiva n. 2014/95).

Il nuovo modello di informativa e reportistica aziendale è ora in procinto di essere esteso ad una platea notevolmente più ampia di imprese, secondo quanto previsto dalla proposta di modifica presentata dalla Commissione[25].

Mentre alla direttiva che impone alle imprese (in previsione anche piccole e medie) trasparenza in merito alle politiche di sostenibilità deve riconoscersi una valenza trasversale,

[24] Si tratta, nel nostro ordinamento, delle società italiane emittenti valori mobiliari ammessi alla negoziazione su mercati regolamentati italiani e dell'Unione europea; delle banche; delle imprese di assicurazione e riassicurazione di cui all'art. 16, d. lgs. n. 39 del 27 gennaio 2010.

[25] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2013/34/UE, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e il regolamento (UE) n. 537/2014 per quanto riguarda la comunicazione societaria sulla sostenibilità, COM(2021) 189 def., 21 aprile 2021, Bruxelles.

essendo funzionale a fare emergere pubblicamente il livello di impegno delle imprese europee in tale ambito, in modo da renderne agevole la comparazione e la valutazione da parte di potenziali investitori, consumatori e concorrenti, gli atti che hanno introdotto nell'ordinamento dell'Unione i primi obblighi di diligenza dovuta possono, al contrario, essere concepiti come interventi "verticali" in quanto applicabili soltanto a settori economici molto specifici.

Si tratta, per il momento, di due regolamenti adottati dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che hanno previsto obblighi giuridicamente vincolanti di diligenza nella costruzione della catena produttiva in capo agli operatori che commercializzano nell'Unione, rispettivamente, legno e prodotti da esso derivati[26] , o minerali e metalli (stagno, tantalio, tungsteno e oro) originari di zone di conflitto o ad alto rischio[27].

Si tratta di atti molto diversi tra loro per obiettivi - il primo dettato da motivazioni legate alla tutela dell'ambiente e alla lotta al cambiamento climatico e il secondo alla tutela dei diritti umani - e per settore di intervento, ma la logica che li caratterizza è analoga e suscettibile di applicazione generalizzata.

7. *L'evoluzione del modello: verso la responsabilizzazione dall'interno dell'impresa per l'impatto prodotto sulla società*

Entrambe le linee di azione adottate dell'Unione in materia di responsabilità sociale delle imprese e richiamate nel precedente paragrafo (provvedimenti che introducono nuovi obblighi informativi o veri e propri obblighi di diligenza) vanno a interessare la struttura organizzativa degli operatori economici europei, con un'evoluzione indirizzata a internalizzare l'impegno per una gestione dell'attività che sia in linea con gli obiettivi di sostenibilità sociale e ambientale dell'Unione.

[26] Regolamento (UE) n. 995/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 che stabilisce gli obblighi degli operatori che commercializzano legno e prodotti da esso derivati, in GUUE, n. L 295 del 12 novembre 2010, p. 23 ss.

[27]Regolamento (UE) 2017/821 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, che stabilisce obblighi in materia di dovere di diligenza nella catena di approvvigionamento per gli importatori dell'Unione di stagno, tantalio e tungsteno, dei loro minerali, e di oro, originari di zone di conflitto o ad alto rischio, in *GUUE* n. L 130 del 19 maggio 2017, p.1 ss.

7.1 *Il coinvolgimento dei dipendenti quali primi* stakeholder *dell'impresa*

L'approccio qui segnalato non deve sorprendere, in quanto per lo meno dalla metà degli anni '90 del Novecento il diritto europeo è intervenuto a plasmare il modello di relazioni industriali degli Stati membri, introducendo un obbligatorio confronto tra direzione e rappresentanza delle maestranze, realizzabile in forme diverse comprensive, peraltro, dell'istituzione di nuovi organi interni alle società, denominati comitati aziendali europei[28].

Non sembra errato leggere questi interventi normativi come il primo segnale di una visione innovativa dell'impresa, resa responsabile di informare e consultare la componente più rilevante di quelli che oggi chiameremmo i suoi *stakeholder* - i dipendenti, appunto – in merito alle scelte di gestione idonee a produrre un impatto significativo sui diritti di questi ultimi.

Anche nell'affermazione dei diritti di informazione e consultazione dei dipendenti la disciplina europea si è consolidata seguendo un'evoluzione non dissimile da quella che sembra, oggi, caratterizzare l'introduzione di obblighi di *due diligence*, con provvedimenti inizialmente limitati a situazioni connaturate a un rischio particolarmente intenso di potenziali violazioni dei diritti sociali (rapporti di lavoro alle dipendenze di gruppi o imprese multinazionali, situazioni tanto gravi da mettere a rischio la continuazione stessa del rapporto come trasferimenti d'azienda o licenziamenti collettivi), e l'introduzione successiva di una disciplina generale, applicabile orizzontalmente[29]. In modo analogo, l'introduzione di obblighi di *due diligence* è sino ad oggi intervenuta con provvedimenti mirati, destinati a settori caratterizzati da un livello di rischio di violazione dei diritti umani, o di norme a tutela del clima, più elevato (si pensi ai regolamenti dell'Unione europea sulla provenienza del legname e sui minerali

[28] Direttiva 94/45/CE del Consiglio, del 22 settembre 1994, oggi sostituita dalla direttiva 2009/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie (rifusione) (GU L 122 del 16.5.2009, pag. 28).
[29] Direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori.

originari da zone di conflitto, o alle leggi nazionali sui rischi legati al lavoro nei gruppi transnazionali (Francia)[30], al lavoro minorile (Olanda)[31] o a forme moderne di schiavitù (Regno Unito, Australia[32]).

Il superamento di questo approccio settoriale è segnato dall'adozione, il 10 marzo 2021, di una risoluzione nella quale, esercitando il potere di iniziativa legislativa *ex* art. 225 TFEU, il Parlamento europeo ha chiesto alla Commissione la presentazione di una proposta di direttiva volta a introdurre, per le imprese europee e per quelle straniere che operino nel mercato interno, l'obbligo di elaborare e applicare una procedura di *due diligence* estesa alla catena del valore[33].

L'art. 5 della proposta di direttiva esplicita la linea di continuità rispetto la disciplina sui diritti di informazione e consultazione dei dipendenti, prevedendo che la strategia di dovuta diligenza divenga oggetto del flusso informativo nei loro confronti a norma delle direttive sui comitati aziendali europei, sul quadro generale della materia e sul coinvolgimento dei dipendenti delle società europee. Sindacati e rappresentanti dei lavoratori vengono qualificati come portatori di un interesse particolarmente intenso e meritevole di tutela, che li vede coinvolti in prima persona nella definizione e nell'attuazione della strategia di *due diligence*. L'attenzione prestata ad assicurare al sindacato il diritto a venire interpellato al livello più consono, e quindi non soltanto aziendale, settoriale o nazionale, ma eventualmente europeo e globale appare quanto mai opportuna in quanto in grado di prefigurare una sede di confronto adeguata a trattare in modo efficace i temi più delicati del lavoro informale e privo di tutele lungo la catena di fornitura.

[30] Legge n. 2017-399 del 27 marzo 2017 del Parlamento francese sul dovere di vigilanza delle società madri e delle imprese committenti: https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte.
[31] Legge del 14 maggio 2019 sulla due diligence contro il lavoro minorile (*Child Labour due diligence law*): https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20170207/gewijzigd_voorstel_van_wet.
[32] Si v. il *Modern Slavery Act* inglese all'indirizzo http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted; *il Modern Slavery Act* australiano all'indirizzo https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153
[33] Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese (2020/2129(INL)), reperibile all'indirizzo: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_IT.html.

7.2. *La riconduzione della responsabilità sociale all'interno del perimetro dell'interesse dell'impresa e dei doveri dei suoi amministratori*

I due approcci segnalati e, fino ad ora, seguiti parallelamente dall'Unione europea per indurre le imprese a fare propri gli obiettivi di sostenibilità sociale e ambientale dovrebbero, secondo quanto sostenuto da John Ruggie, padre dei Principi Guida Onu, in uno dei suoi ultimi scritti, porsi più correttamente in prospettiva, qualificandosi quella degli obblighi informativi come una "*first generation*" di provvedimenti normativi, che pur avendo avuto notevole rilievo ha dimostrato anche forti limiti e ha aperto la strada alla "*rapid acceleration of support for comprehensive human rights due diligence obligations, including from leading businesses themselves*"[34].

Sviluppando ulteriormente l'inquadramento proposto, il professor Ruggie e i coautori dello studio, osservano che sebbene i provvedimenti di natura vincolante ad oggi adottati per l'introduzione di obblighi di diligenza dovuta abbiano posto gli stessi in capo alla direzione aziendale (*management*), in realtà il loro adempimento implica necessariamente il coinvolgimento dei membri degli organi direttivi delle società (consigli di amministrazione), che sull'attuazione delle politiche aziendali da parte dei dirigenti sono tenuti a svolgere un controllo[35].

Dunque, la terza fase nell'evoluzione della disciplina su attività d'impresa e diritti umani dovrebbe prevedere la responsabilità degli amministratori per gli impegni assunti dall'impresa in materia di sostenibilità sociale e ambientale, esplicitando quanto, di fatto, è già implicato dagli obblighi di diligenza imposti in capo al *management* aziendale.

Questa impostazione trova già riscontro, nell'ordinamento dell'Unione europea, nella direttiva n. 2017/828, che si propone di promuovere l'impegno a lungo termine degli azionisti[36].

La necessità di intervenire sui meccanismi di remunerazione dei dirigenti e sul coinvolgimento degli azionisti nelle società per contrastare la tendenza delle imprese a elaborare

---

[34] J. G. RUGGIE, C. REES, R. DAVIS, *Making 'Stakeholder Capitalism' Work: Contributions from Business and Human Rights,* HKS Faculty Research Working Paper Series RWP20-034, November 2020, p. 22, reperibile sul *web* al seguente indirizzo: https://www.hks.harvard.edu/publications/making-stakeholder-capitalism-work-contributions-business-and-huma+n-rights.

[35] J. G. RUGGIE, C. REES, R. DAVIS, *Making 'Stakeholder Capitalism' Work: Contributions from Business and Human Rights*, *cit*., p. 22 e p. 31.

[36] Direttiva (UE) 2017/828 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017 che modifica la direttiva 2007/36/CE per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti, in *GUUE* n. L 132 del 20 maggio 2017, p. 1 ss.

politiche poco sostenibili perché finalizzate alla massima redditività nel breve termine, è ampiamente analizzata nello studio sui doveri degli amministratori e il governo sostenibile dell'impresa commissionato dalla Commissione e pubblicato nel luglio 2020[37], che raccoglie al riguardo i risultati convergenti di numerosi lavori di ricerca. Nell'autunno dello stesso anno la Commissione ha quindi avviato una consultazione pubblica volta a raccogliere le opinioni dei portatori di interesse su un'eventuale iniziativa normativa per l'integrazione della sostenibilità nel quadro del governo societario. Il rapporto pubblicato all'esito della consultazione rivela un notevole consenso per l'intervento prospettato[38].

In quanto strumento fondamentale di esercizio dell'attività economica, la forma societaria si è trovata ad essere al cuore di un sistema intrinsecamente non-sostenibile: la transizione a una nuova economia sostenibile, dunque, non può che passare da un ripensamento del ruolo e della funzione della società[39].

La riflessione sul ruolo dello strumento societario nei confronti degli azionisti ma anche della società in senso lato ha già condotto a significativi interventi a livello nazionale, dall'inclusione tra gli obblighi degli amministratori nel Regno Unito di quello di considerare "the impact of the company's operations on the community and the environment" (Section 172 (1), (d), del Companies Act del 2006)[40], alla più recente introduzione, nel nostro ordinamento, di un veicolo societario – la società benefit - specificamente pensato per associare il perseguimento di finalità di beneficio comune agli scopi declinati nell'atto costitutivo dei diversi tipi di società già contemplati dal codice civile[41]

[37]Commissione europea, Direzione generale della Giustizia e dei Consumatori, Ernst & Young, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance. Final Report*, luglio 2020, Bruxelles, p. 22 ss. In dottrina si rinvia allo studio di T. CLARKE, *The evolution of directors duties: bridging the divide between corporate governance and corporate social responsibility*, *Journal of General Management*, vol. 32, 2007, p. 79 ss, che già anticipava conclusioni raggiunte nel decennio successivo.

[38] La relazione di sintesi può essere consultata all'indirizzo https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance/public-consultation_it.

[39] B. SJAFJELL, *Redefining the Corporation for a Sustainable New Economy*, in *Journal of Law and Society*, vol. 45, 2018, p. 29 ss, a p. 9.

[40]Su cui si rinvia all'analisi di D. CABRELLI *The reform of the law of directors' duties in UK company law*, 2008, reperibile all'indirizzo: https://www.pure.ed.ac.uk/ws/portalfiles/portal/13215836/CABRELLI_D_PRESENTATION_FOR_UNIVERSITA_BOCCONI_ON_THE_REFORM_OF_THE_LAW_OF_THE_DIRECTORS_DUTIES_IN_UK_COMPANY_LAW.pdf

[41] Si veda l'art. 1, commi da 376 a 384 della legge di stabilità per il 2016 (legge 28 dicembre 2015, n.208).

L'adeguamento dell'istituto societario agli obiettivi di un'economia più sostenibile potrebbe certamente giovarsi dello schema della *due diligence* proposta dai Principi Guida ONU, intorno al quale si è coagulato un forte consenso a livello internazionale, ma perché il cambiamento non sia effimero, esso deve fondarsi su chiare regole ancorate nel diritto societario. Occorre, a tal fine, che la realizzazione delle politiche di sostenibilità divenga un tema sul quale gli organi di governo della società siano chiamati a rispondere, anche in via giudiziaria, e ciò è ipotizzabile in considerazione della coincidenza dell'interesse della società e dei suoi soci con quello della più ampia collettività (società civile) in cui la società/impresa opera e produce utili.

La ricaduta positiva sui risultati delle imprese conseguente all'adozione di politiche di sostenibilità è, del resto, ben nota alla Commissione la quale, sebbene non abbia incluso nel proprio programma d'azione per il 2021 l'impegno a presentare proposte normative volte a introdurre per le imprese l'obbligo di espletare procedure di *due diligence*, ha tuttavia sollecitato al riguardo uno studio, pubblicato nel gennaio 2020, dal quale tale assunto risulta ampiamente confermato[42].

8. *Conclusioni: la responsabilità sociale come correttivo all'attuale modello di esercizio dell'attività d'impresa nella transizione verso un'economia sostenibile*

L'indagine svolta consente di proporre alcune riflessioni conclusive sul ruolo che la responsabilità sociale è venuta assumendo nell'ordinamento internazionale e in quello dell'Unione europea.

Un primo dato rilevante può essere individuato nella convergenza determinatasi tra organizzazioni internazionali intergovernative e non governative e tra governi nazionali, in ordine al riconoscimento della responsabilità sociale come uno degli strumenti più efficaci di cui i decisori delle politiche nazionali e sovranazionali dispongono per governare il processo di globalizzazione economica indirizzandolo verso obiettivi di sostenibilità sociale e ambientale.

[42] Commissione europea, Direzione generale della Giustizia e dei Consumatori, BIICL, Civic Consulting, LSE, *Study on due diligence requirements through the supply chain, Final Report*, gennaio 2020, Bruxelles.

Ciò deve imputarsi, essenzialmente, all'idoneità della RSI di andare *oltre* quanto prescritto dal diritto, consentendo di "vincolare"(talora in forza di norme giuridiche, più spesso di principi e raccomandazioni etiche), le imprese operanti nei Paesi ospiti degli investimenti senza richiedere necessariamente l'introduzione, nelle legislazioni locali, di obblighi suscettibili di attivazione in giudizio, che risultano al momento preclusi dall'eccessivo divario dei livelli di sviluppo tra i membri della comunità internazionale.

Una seconda riflessione attiene alla natura della RSI: sarebbe del tutto erroneo, oggi, concepire l'aggettivazione "sociale" apposta al lemma "responsabilità" come preordinata a esprimere una contrapposizione tra *responsabilità sociale* e *responsabilità giuridica*. È infatti ampiamente riconosciuto, ormai, che la RSI, al contrario, debba essere intesa come uno strumento composito, che utilizza regole giuridicamente vincolanti insieme a principi di rilevanza etica per ottenere che gli attori delle relazioni economiche (imprese, innanzitutto, ma anche, come si è detto, organismi internazionali ed enti pubblici), rispondano dell'impatto che il loro agire provoca sulla società.

Così concepita, la responsabilità sociale assume un ruolo di complementarità rispetto alle tradizionali fonti normative nazionali, rivelatesi inadeguate a regolare la globalizzazione per motivi tecnico-giuridici, ma anche rispetto agli strumenti del diritto internazionale, la cui non adeguatezza è da ascriversi, invece, a motivazioni di ordine politico[43].

Del resto, che nelle relazioni economiche internazionali le fonti tradizionali della comunità degli Stati non fossero più in grado, da sole, di governare un numero crescente di fenomeni globali è dato acquisito[44]; allo stesso modo deve ritenersi che l'informalismo e la duttilità della responsabilità sociale possano ancora rendere prezioso questo strumento nell'affrontare e porre un freno alla crescente disuguaglianza tra Stati e tra fasce di cittadini

[43] L'avvio in sede ONU di un negoziato avente ad oggetto la stipulazione di un trattato in materia di impresa e diritti umani si è avuto soltanto nel 2014 e procede con estrema lentezza: la terza versione rivista del testo negoziale, pubblicata il 17 agosto 2021 è consultabile all'indirizzo https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf

[44] La manifestazione più evidente di ciò è data dall'autoproclamazione del G20 come "*premier forum*" della comunità economica internazionale: l'affiancamento di una sede informale di discussione/gestione delle nuove criticità delle relazioni globali alle tradizionali strutture istituzionalizzate della cooperazione tra Stati emerse dalla Conferenza di Bretton Woods si è dimostrata efficace nel consentire la ripresa dei flussi commerciali crollati all'inizio della crisi sistemica del 2007-2008 e nell'avviare una riforma della *governance* finanziaria internazionale.

all'interno degli Stati, disuguaglianza che appare come uno dei maggiori problemi connessi al processo di globalizzazione.

Assolvendo a uno dei compiti che erano stati assegnati ai codici di condotta, la RSI ha consentito di attivare forme di controllo/condizionamento delle imprese multinazionali, ma ha altresì esteso il proprio ambito di efficacia a tutte le imprese (si pensi ai Principi ONU su affari e diritti umani) e alle stesse organizzazioni che operano a livello globale (qui il riferimento è alle procedure interne di sostenibilità adottate da pressoché tutte le istituzioni finanziarie internazionali e agenzie nazionali di credito all'esportazione, così come da alcune istituzioni dell'Unione europea e amministrazioni nazionali).

Ciò è si è potuto verificare grazie a strumenti diversi - norme giuridiche vincolanti, raccomandazioni e linee guida fondate su principi etici, norme di autoregolamentazione, misure di incentivazione, meccanismi di premialità – rivolti e/o adottati da soggetti privati ma anche pubblici, il cui utilizzo coordinato ha consentito di superare il limite della territorialità dei comandi giuridici.

La responsabilità sociale d'impresa ha di fatto operato, per lo meno dalla pubblicazione dei Principi Guida delle Nazioni Unite su impresa e diritti umani in poi, come una sorta di correttivo all'attuale modello di impresa intesa quale soggetto indirizzato unicamente alla massimizzazione del profitto, avvicinando le politiche imprenditoriali alle nuove aspettative di una società civile più attenta ai beni comuni costituiti dal patrimonio dei diritti dell'uomo e dall'ambiente.

Pare importante sottolineare come si sia trattato, in questi ultimi due lustri, di un correttivo dimostratosi apparentemente capace di operare "dall'interno", grazie a una crescente adesione delle imprese, il cui interesse è parso convergere sul rispetto di parametri internazionalmente condivisi la cui violazione le esporrebbe a conseguenze talvolta di ordine giuridico, ma *sempre* di natura sociale-reputazionale.

Proprio la crescente adesione delle imprese a forme di internalizzazione della sostenibilità nelle funzioni organizzative aziendali ha progressivamente ingenerato la convinzione in

un numero crescente di decisori politici[45] e in autorevoli esponenti della dottrina che i tempi siano maturi per ridefinire il ruolo dell'impresa nei confronti della collettività dei consociati, attribuendole in modo esplicito la responsabilità di farsi carico dei possibili impatti negativi dell'attività economica espletata su società e ambiente.

Il consenso degli operatori economici aprirebbe, dunque, la strada alla trasformazione dell'attuale sistema in un *capitalismo degli stakeholder*, autolegittimatosi grazie alla spontanea adesione di una parte significativa di quegli stessi soggetti economici che detengono le quote di potere più rilevanti nel sistema di cui vorrebbe ora proporsi il superamento[46].

Se dunque, da, un lato, la giuridificazione della responsabilità sociale d'impresa attraverso l'emanazione di norme vincolanti che rendano la procedura di diligenza dovuta obbligatoria per la generalità dei soggetti che esercitano attività d'impresa appare legittimata dalle affermazioni di adesione a questo modello di parte delle imprese, dall'altro lato, la necessità di procedere in questo senso è determinata dalla constatazione che la quota di imprese che effettivamente praticano la sostenibilità in azienda è ancora molto esigua (oscillando intorno a valori vicini al venti per cento, mentre ancora minore è la quota delle imprese che si impegnano a offrire riparazione alle vittime di eventuali violazioni)[47].

Nelle sue forme attuali, pertanto, la responsabilità sociale d'impresa non sembra più sufficiente a realizzare quella transizione verso un'economia più sostenibile indicata come obiettivo delle politiche delle Nazioni Unite così come dell'Unione europea. L'aggravarsi dei livelli di disuguaglianza, acuito dagli effetti della pandemia e dalla crisi ambientale e climatica richiede uno slancio maggiore, conseguibile soltanto attraverso la vincolatività del diritto. È

[45] Diversi modelli di intervento normativo ispirati a un onere di diligenza dell'impresa o della capogruppo nelle imprese multinazionali sono stati adottati o sono allo studio in Paesi diversi, non solo europei: cfr. Commissione europea, Direzione generale della Giustizia e dei Consumatori, BIICL, Civic Consulting, LSE, S*tudy on due diligence requirements through the supply chain, Final Report*, *cit.,* p.192 ss.

[46] Nello studio in cui sviluppa questa tesi, John Ruggie attribuisce grande importanza a manifestazioni di adesione ad un nuovo modello di responsabilità d'impresa da parte del Gotha dell'industria americana riunito nel *U. S. Business Roundtable*, che nell'agosto 2019 pubblicò una dichiarazione su "the purpose of a corporation" e ad analoghe prese di posizione quali il *World Economic Forum* 2020 Davos Manifesto: Cfr. J. G. RUGGIE, C. REES, R. DAVIS. *Making 'Stakeholder Capitalism' Work: Contributions from Business and Human Rights*, *cit.*, pp. 1 e 2.

[47] Cfr.: Alliance for Corporate Transparency, Research Report 2019. An analysis of the sustainability reports of 1000 companies pursuant to the EU Non-Financial Reporting Directive, 2019. Ulteriori studi che avallano il basso livello di adozione di procedure di diligenza dovuta in alcuni Paesi europei sono richiamati da J. G. RUGGIE, C. REES, R. DAVIS, *Making 'Stakeholder Capitalism' Work: Contributions from Business and Human Rights*, *cit.*, a p. 25.

in questo cotesto che si moltiplicano gli interventi dei legislatori nazionali per l'introduzione in forme diverse di obblighi di *due diligence* e che il Parlamento europeo ha sollecitato la presentazione della direttiva sopra richiamata da parte della Commissione. Recenti notizie sullo slittamento di un anno del piano di presentazione della relativa proposta non possono non suscitare una reazione di amarezza, dimostrando quanto ancora sia lungo il percorso da compiere perché la ridefinizione del ruolo dell'impresa nei confronti della società sia generalmente condiviso. L'auspicio è che in questo ambito, così come in quello della regolamentazione dei flussi migratori o del rispetto dei principi dello Stato di diritto, l'Unione europea acquisisca la consapevolezza che il destino del processo di integrazione europeo è indissolubilmente legato alla capacità di fare prevalere con coerenza i valori che hanno sino ad oggi caratterizzato il modello giuridico e culturale dell'Europa.

Abstract

Prendendo avvio dal concetto di responsabilità sociale d'impresa quale affermatosi grazie all'elaborazione in sede di Nazioni Unite, il contributo ne esamina la funzione e l'evoluzione nell'ordinamento dell'Unione europea, individuando nella normativa sull'informazione e la consultazione dei lavoratori il primo nucleo di un più generale ripensamento del ruolo dell'impresa. Studi teorici e manifestazioni della prassi inducono a ritenere che tale ri-concettualizzazione possa compiersi attraverso l'internalizzazione della responsabilità sociale d'impresa nella struttura stessa delle società e che l'introduzione di obblighi giuridici di diligenza dovuta (due diligence) costituisca uno degli strumenti più efficaci per realizzare questa auspicata transizione.

Abstract

Starting from the concept of corporate social responsibility as established thanks to the elaboration in the United Nations, the contribution examines its function and evolution in the European Union, identifying in the legislation on information and consultation of workers the first nucleus of a more general rethinking of the role of the company. Theoretical studies and manifestations of practice allow to believe that this re-conceptualization can be

accomplished through the internalization of corporate social responsibility in the very structure of the companies and that the introduction of legal obligations of due diligence constitutes one of the tools more effective to achieve this desired transition.

Milano, dicembre 2021.

ANTONELLA MERLI*

*La solidarietà e altri strumenti di contrasto al covid-19 tra libertà e coercizione***

Sommario:1. Il ruolo della solidarietà individuale e collettiva al tempo del Coronavirus. – 2. Misure governative anti-Covid e libertà individuale. – 3. Le ragioni dell'atteggiamento di netto dissenso riguardo alle misure di contrasto all'emergenza pandemica.

1. *Il ruolo della solidarietà individuale e collettiva al tempo del Coronavirus*

L'attuale fenomeno di epidemia da Coronavirus che com'è noto si è sviluppato a livello planetario, ha contribuito in modo decisivo al consolidarsi di valori come la solidarietà e l'umanità. Una parola, quella di solidarietà, che nel suo significato semantico unisce ideale e concretezza. Non è solo un principio astratto, un concetto logico e epistemologico, il fondamento delle norme morali, un'aspirazione nobile ed elevata, una categoria culturale, il risultato di una costruzione confinata sul piano della filosofia e della teoria della politica. Riguarda anche l'essere, il mondo della vita reale, le relazioni umane. E', insomma, una vera e propria risorsa naturale, un modo di vivere, una caratteristica specifica e una condizione originaria dell'umanità (quanto meno di una sua larga parte). E lo è da sempre, dagli albori della civiltà al nostro presente.

A questa innegabile continuità si deve il fatto che la solidarietà è una condizione basilare del vivere civile, 'fisiologicamente' collegata alla vita sociale e da questa inseparabile: un presupposto ineliminabile di ogni vita associata passando la socializzazione attraverso la solidarietà e questa attraverso la naturale inclinazione umana alla socialità. E, insieme, valore indiscusso del pensiero occidentale (ma i confini sono a volte più larghi), che ha aperto le

* *Professoressa associata di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Camerino.*
** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

porte al linguaggio della tolleranza, all'uguaglianza, all'accoglienza, all'integrazione sociale, e al recupero degli ideali di una politica solidale e rivolta al dialogo. E, infine, principio cardine della democrazia, la sua vera forza animatrice. Applicare alla democrazia l'idea di solidarietà quale fondamento della convivenza democratica, significa privilegiare l'aspetto del confronto e della condivisione, della com-prensione (dal latino, *cum capere*: "prendere e mettere insieme"). Una democrazia compiuta e avanzata, sebbene antitetica a qualsiasi concezione verticale o gerarchica del potere politico, che richiede uniformità di vedute, pensiero unico su problemi che appartengono all'intera comunità, e che impone una vita sociale costruita su un intreccio di voci tutte uguali, omologhe e uniformi, cammina in parallelo (se non con la consapevolezza) con la percezione del singolo di avere un'identità comune con l'altro drasticamente diverso e insieme profondamente simile. Nella risoluzione democratica con cui cerca di contemperare gli interessi in conflitto, è ispirata ad una logica comunicativa, discorsiva, solidale; favorisce l'incontro anziché lo scontro; genera coesione sociale; rende una collettività di persone una comunità.[1]

L'idea di solidarietà, nella sua attitudine a creare forti legami all'interno della società, carica questo principio di valore universale e positivo; e tuttavia non si realizza con assoluta universalità, con un quadro omogeneo immutabilmente presente in ogni epoca, valido per l'intera umanità; subisce i mutamenti e le variazioni che i tempi le impongono, adattandosi alle diverse stagioni della storia, ai valori prevalenti, al contesto politico e sociale. Ma, quali che siano le forme diverse che assume a seconda del tipo di realtà presa in considerazione e nella quale opera, ha bisogno di un'opera costante di sostegno, messa a disposizione da ognuno (per quello che può) e dall'intera comunità, comprensiva in sé di tutte le altre realtà sociali minori (gruppi o associazioni di persone, enti collettivi, ogni molteplicità operativa che ha la solidarietà come suo bene comune e a cui è tesa come fine). Come dimostra il fatto che spesso è politicamente e culturalmente tradita e sostituita dal suo contrario: la diffidenza e la chiusura verso gli altri. Tuttavia, per quanto possa essere fattualmente sopraffatta e quindi

[1] La differenza fra ciò che è uniforme e ciò che è comune in una comunità di persone e l'idea che «soltanto se promuoviamo un comune che non sia riduzione all'uniforme, il comune di questa comunità sarà attivo, creando effettive opportunità di condivisione», è al centro del saggio di FRANÇOIS JULLIEN, *L'identità culturale non esiste*, Torino 2018, e oggetto di un interessante e acuto articolo di G. CAROFIGLIO, *Diritti e doveri di una comunità*, pubblicato sulla *Repubblica* del 3 novembre 2021, 27.

destinata a dissolversi nel confronto con le multiformi e cangianti realtà storiche e sociali, e con le varietà delle culture umane non potendo prescindere dai condizionamenti culturali,[2] non può mai essere definitivamente travolta. Tanto più nel contesto di un'epoca come quella di oggi. Nessun'altra epoca prima di quella attuale, infatti, era mai riuscita a collegare, in modo così efficiente, le comunità regionali dell'organizzazione sociale mondiale. Cioè società e popolazioni dove non hanno mai smesso di convivere tante tradizioni culturali, tante realtà politiche e tante identità profondamente diverse. L'esempio più macroscopico di questa tendenza verso aggregazioni sovranazionali e una comunità internazionale planetaria − una società politica mondiale (per ora solo l'utopia di un sognatore) − è il fenomeno chiamato "globalizzazione" alla cui nascita ha contribuito la crisi del principio di sovranità e degli stati nazionali, prevedibilmente destinata ad accentuarsi nel corso del terzo millennio.

Sulla scena dell'umanitarismo internazionale, la solidarietà, espressione di principi umanitari e quindi il simbolo di questa umanità, è profondamente cosmopolita consentendo alle comunità di evolvere assieme anche da epoche e contesti lontanissimi. Corrisponde a una condivisione di valori che accomuna società e culture molto diverse tra loro, aprendo scenari inediti sulla relazione tra i popoli, e dando vita a una cultura sempre più composita, eterogenea e feconda. E si presta bene a veicolare il messaggio di uguale dignità di tutti gli uomini − che ognuno ha la stessa dignità dell'altro, quindi di esclusione di qualsiasi distinzione, discriminazione e sopruso tra essere umano e essere umano − e dell'obbligo universale di assicurare a chiunque il diritto di ricevere assistenza materiale e morale di fronte a difficoltà, avversità, eventi negativi, garantendo alle popolazioni aiuti umanitari in occasione di disastri naturali o prodotti dall'uomo.[3]

L'intimo e spontaneo sentimento umano di solidarietà, il prendersi cura l'uno dell'altro, che nasce dal bisogno di creare relazioni all'interno della società in cui il singolo si rifugia per trovare un vincolo interiore − appunto − di solidarietà, è un sentimento del singolo, uno stato d'animo individuale. Ma alla fine si realizza attraverso un forte legame, o meglio ancora

[2] Sul punto, cfr. ampiamente A. COMTE, *Discours sur l'esprit positif*, 1844 (tr. it. *Discorso sullo spirito positivo*, Roma-Bari 1985), 80.

[3] Come osserva Zygmunt Bauman, «per essere in tutto e per tutto umani e al sicuro della nostra umanità, è necessario che altri umani si prendano cura di noi e che noi abbiamo la convinzione che tali cure ci saranno offerte nel momento del bisogno» (Z. BAUMAN, *Disamore e ginnastica*, *La Stampa*, 19 giugno 2004).

un particolare tipo di aggregazione con cui si rapporta con gli altri. Questo ci dice che la solidarietà non è solo un sentimento umano, come l'amore per gli altri, la spontanea osservanza delle azioni prescritte dalla morale, dalla religione, dal diritto. Al di là della solidarietà soggettiva del soggetto umano, c'è una solidarietà come fenomeno oggettivo, che poi è la somma degli impegni di solidarietà a cui ciascuno di noi dà tanto o poco spazio e di cui è ciascuno di noi a beneficiarne. E' in ragione di questa inseparabilità dal singolo che esiste una nozione più vasta di solidarietà come patrimonio collettivo dell'intera società umana, in forza della quale si produce il senso della comunità e una scelta di responsabilità generale. E' bene allora cominciare con una, sia pur sommaria, descrizione del fenomeno.

La solidarietà collettiva, intesa come solidarietà all'interno della società politica (la comunità più vasta e comprensiva) e di tutte le altre comunità minori, ha una storia secolare; il terreno in cui affiora è assai vasto; e si è diffusa in tutte le epoche e in tutti i luoghi sotto una pluralità di aspetti e nelle forme e contenuti più diversi.[4] Storicamente, nella cultura occidentale e in ambito europeo, è diventata un importante fenomeno sociale assumendo di fatto un ruolo preminente e indiscutibile a ridosso della rivoluzione francese, coniugandosi con gli ideali dell'"età dei lumi" [5] e i mutamenti politici e sociali della modernità. A partire dall'illuminismo riformatore, sul tema si è sviluppata una tradizione di riflessione sul piano logico-speculativo e nei suoi profili morali e socio-filosofici che ha avuto grande diffusione. E si è affermata l'idea che questo fenomeno, così radicato nella storia dell'umanità, deve essere "concettualizzato" nei suoi caratteri fondamentali e assunto "coscientemente" nell'orizzonte del pensiero etico-politico; ma, al tempo stesso, insieme a una compiuta teorizzazione dei suoi lineamenti, di pari passo con l'emergere di nuovi diritti e di nuove libertà che pure ambiscono ad essere regolamentati, "materializzato" nell'azione delle formazioni sociali, della politica e delle istituzioni, che hanno il compito di agevolarne il passaggio dal suo riconoscimento sul piano ideale alla sua più piena e completa concretizzazione storico-politica, e di gestirla razionalmente, e incrementarla ulteriormente, in forme stabili e continuative e, nel contempo, rielaborate nel concreto della vita storica e adattate alle nuove proposte di pensiero, ai nuovi valori e ai nuovi bisogni della società.

[4] Sulle diverse forme di solidarietà, v. A. COMTE, *Discours sur l'esprit positif*, cit., passim.
[5] *Fraternité*, che fa parte del Motto ufficiale della Repubblica Francese (libertà, uguaglianza, fraternità) e coniato durante la Rivoluzione francese, è sinonimo di solidarietà.

La molteplicità delle articolazioni in cui si sviluppa, che si affiancano e convivono tra di loro senza sovrapporsi, sembra sfuggire ad una definizione in termini di unitarietà.[6] Tuttavia, nella sua accezione moderna, che si ritrova anche nelle definizioni contemporanee, riceve una sponda teorica unitaria dal sociologo Léon Bourgeois per il quale «esiste un legame necessario di solidarietà tra ogni individuo e tutti gli altri»: «la solidarietà, ovvero la dipendenza reciproca di tutte le parti di un medesimo corpo, è la caratteristica della vita»;[7] e, già prima, dal sociologo Auguste Comte per il quale il concetto è sinonimo di «coesione o integrazione sociale» senza ulteriori specificazioni: il legame di ciascuno con tutti, la supremazia del noi sull'io, l'arricchimento del senso di comunità.[8] Un concetto che trasforma la solidarietà collettiva in una conquista "consapevole" (e definitiva) del genere umano, da cui si misura, tra l'altro, il grado di civiltà di un popolo e di una società, spesso fedele specchio di essa. Un concetto non dissimile fu espresso dal filosofo francese Pierre Leroux, che nella sua opera De l'humanité, apparsa nel 1840, parla della «mutua solidarietà degli uomini» come espressione più autentica di ciò che ci unisce come esseri umani.[9]

Un dato di fatto è inequivocabile: in pochi mesi la pandemia, in questo momento storico così delicato a causa dell'emergenza sanitaria e della crescente paura del virus, ci ha costretti a cambiare radicalmente il nostro stile di vita. Al tempo stesso, per effetto dell'acquisita consapevolezza nella nostra nuova vita pandemica che le sorti del singolo non sono separabili da quelle della collettività, ci ha insegnato il senso di comunità (anche se non a tutti), vale a dire «la necessità di riconoscere il legame fra l'Io e l'altro»,[10] e siamo diventati più consapevoli del ruolo centrale della solidarietà nella vita sociale, del suo valore ideale, politico e istituzionale, e, mai come oggi, a seguito del dramma sanitario che ha investito il pianeta in tutti i suoi angoli lasciando uno strascico di precarietà e d'incertezza, della nostra dipendenza dal

[6] Tra i significati del termine solidarietà, nel vocabolario Treccani, ci sono «il condividere le idee, i propositi e le responsabilità» con altri; in senso più ampio, su un piano etico-sociale, «rapporto di fratellanza e di reciproco sostegno che collega i singoli componenti di una collettività», ad esempio «gli appartenenti a una stessa classe sociale», o anche a «diversi partiti, pur se di contrastanti ideologie, di una stessa nazione»; in diritto, «modo di essere di un rapporto obbligatorio con più debitori (s. passiva) o con più creditori (s. attiva)», con possibilità che la prestazione sia richiesta a uno solo o adempiuta nel confronti di uno solo, avendo effetto anche per gli altri.

[7] L. BOURGEOIS, *La solidarité*, Parigi 1896, 15,

[8] A. COMTE, *Discours sur l'esprit positif*, cit., 80.

[9] P. LEROUX, *Doctrine de l'humanité. Aphorismes*, a cura di M. Selvaggio, 2021, Aga Editrice.

[10] E' il titolo di un articolo di M. MAGATTI sul *Corriere della sera* del 21 marzo 2020.

contesto globale. E' opinione largamente condivisa che, in un mondo globalizzato, è necessario spegnere la pandemia anche al di fuori dei propri confini, perché nessuno è sicuro fino a quando non saranno tutti sicuri.

Di fatto, si è rivelata un'arma fondamentale per consentire un'uscita (per quanto possibile, in modo rapido) dal regime eccezionale della pandemia e ostacolarne l'ulteriore sviluppo − se non per sconfiggerla (almeno per il momento). Per questo, la solidarietà è uno dei concetti portanti nella riflessione sugli strumenti di lotta alla diffusione del virus. Ovviamente, in campo etico sfugge al dominio del diritto; accoglierla, o respingerla, è un fatto personale di ogni essere umano, dipende dalla sua sovrana volontà. Tuttavia, la pratica della solidarietà è avvertita oggi da una buona parte dell'umanità come eticamente doverosa trasformandosi, di fatto, in prassi ordinaria. Per questo la spontanea sottomissione della generalità dei consociati a limitazioni della propria libertà per fronteggiare l'emergenza prodotta dal Covid Sars 19, con conseguente cosciente rinuncia a quote di autonomia e indipendenza e subordinazione condivisa ad uno stato di necessità, è un atteggiamento collettivo che, malgrado non poche voci dissenzienti (che restano però fortemente minoritarie) è diventato un fenomeno di massa. Tutto questo senza costringere nessuno − sul piano etico-sociale. Non così in ambito giuridico. Qui la solidarietà, l'assunzione della responsabilità di proteggere la comunità di cui siamo parte, ovvero "gli altri", proteggendo noi stessi, si può imporre (è un dovere) e si può pretendere (è un diritto). Nel nostro paese (e in numerosi altri) è un'esigenza umanitaria che, tradotta in termini giuridici, è alla base di vasti settori dell'ordinamento (e interessa, fra l'altro, numerosi ambiti del diritto penale).

In definitiva, la solidarietà è una acquisizione non solo antropologica, etica, politica; anche giuridica, sia da un punto di vista strettamente normativo che giurisprudenziale e dottrinale, entrando in gioco sul terreno, che le è congeniale, della tutela costituzionale dei diritti. In questa prospettiva, interviene all'interno del più vasto ambito dei principi fondamentali di libertà, parità, legalità. Il suo impianto nell'ordinamento prende forma nell'art. 2, co. 2, della Costituzione, che la impone con la forza della legge perché è un principio giusto, nel senso della giustizia costituzionale. Quale criterio di valore vincolante alla base del modello di convivenza sociale costruito nella Costituzione, governa il sistema delle norme giuridiche e dell'azione istituzionale − sia pure come *ultima ratio*, come eccezione rispetto alla regola, che

deve essere quella del consenso. E trova riscontro nelle Convenzioni internazionali e nella Carta europea dei diritti fondamentali, dove è strettamente legata, nelle sue varie declinazioni, al concetto di giustizia universale, che promuove i valori della solidarietà insieme ai diritti inalienabili dei popoli e delle singole persone.

In campo giuridico, il principio etico di solidarietà segna un netto passaggio dalla morale al diritto, vale a dire da una strategia basata sulla persuasione, sui buoni sentimenti, sulla necessità di riconoscere il legame fra l'io e l'altro,[11] a un sistema di obbligatorietà che chiama in campo il tema della libertà degli individui. Ma di questo parleremo fra un momento.

Nell'attuale fase di pandemia, nello stato di eccezione in cui viviamo a causa del Covid Sars 19, la politica, dunque il legislatore (e il governo), sul fronte della politica sanitaria, da un lato ha messo opportunamente in risalto l'importanza di una prevenzione culturale del diffondersi del virus, cercando di ridurre il più possibile l'imposizione di obblighi (quello del vaccino, ad esempio). Prevenzione culturale che fa leva − appunto − sulla solidarietà. E sul confronto e la possibilità di persuasione, che mira a convincere gli incerti e gli scettici. Insomma, sulla scelta personale consapevole non per costrizione. Per questo, perché una parte importante del buon esito della lotta al virus è affidata all'accettazione spontanea di limiti alla propria libertà, l'idea di solidarietà è al centro di tutte le iniziative anti-Covid. Ma anche l'idea di un'etica pubblica condivisa, anche se oggetto quasi sempre di un dibattito acceso tra le diverse posizioni culturali e politiche. Non va dimenticato che, in democrazia, la politica non può essere separata da una buona dose di etica comune (e ciò vale in special modo quando adotta misure che limitano l'esercizio di diritti e libertà fondamentali) ,[12] che da sempre è uno dei suoi fondamenti ed è alla base del nostro stare insieme: solo in casi eccezionali − dunque,

[11] M. MAGATTI, *La necessità di riconoscere il legame fra l'Io e l'altro*, cit.

[12] In relazione a tutt'altra problematica, che investe l'individuazione dei requisiti di compatibilità costituzionale/convenzionale delle misure fortemente limitative di diritti e di libertà fondamentali adottate dal governo per contenere la diffusione del COVID-19, cfr. i rilievi di G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sist. Pen.*, 2 aprile 2020. In materia v., inoltre, G. DE FRANCESCO, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica,* in *www.lalegislazionepenale.eu*, 23.4.2020, 6 ss., il quale mette in luce come è proprio la «dimensione 'corrispettiva', nel segno del paradigma 'solidaristico', delle limitazioni introdotte [che fa] emergere una sorta di contemperamento […] – se non altro, sul piano 'orizzontale', per così dire − del livello di compressione dei diritti con quello dei restanti spazi del loro libero esercizio da parte dei destinatari: sì da potersi affermare, in ultima analisi, che in una siffatta logica di portata essenzialmente 'egualitaria', parrebbero, di conseguenza, scongiurati quei timori di intollerabili discriminazioni […] che il richiamo alle esigenze di sicurezza hanno sovente favorito nell'allestire delle misure concepite in chiave preventiva».

in rari casi − è autorizzata a decidere ignorando il consenso (nel rispetto comunque della provvisorietà e temporaneità dello *spatium temporis* delle sue deliberazioni di urgenza).

Dall'altro lato, rispetto alle opinioni e ai comportamenti di un gruppo minoritario (ma consistente) di cittadini contrari alle inevitabili limitazioni della nostra libertà, che invadono tutti i campi del nostro modo di vivere[13] e ogni nostra attività[14], ha reso la solidarietà, per così dire, "coatta", contrapposta alla libertà (un rimedio "estremo" per difendere, oltre la sanità pubblica e con essa l'economia e una vita normale, la stessa libertà del singolo). Insomma, imposta per forza attraverso una serie di misure più o meno restrittive, dettate da un approccio basato sulla valutazione del rischio. Dunque, sulla base non di regole astratte bensì di criteri pragmatici necessariamente elastici. Per questo, la risposta dello Stato non può che essere articolata: cioè una strategia che si adatta (e si è adattata) alle singole realtà, alle situazioni occasionali e variabili delle realtà locali, e a un virus che cambia ad ogni stagione. La gestione degli spazi e dei rischi del contagio ha perciò trasformato più volte lo scenario alternando, sulla base dei responsi della scienza e di una valutazione specifica caso per caso, politiche di apertura e provvedimenti di salvaguardia, finalizzati a prevenire o a ridurre il più possibile nuovi focolai di contagi. E' la ragione per cui nelle misure adottate dal governo, durante l'emergenza Covid-19, la linea tra ciò che è consentito e ciò che è vietato si è spostata (e si sposta) in continuazione.

L'obbligo di solidarietà verso gli altri rispunta, dunque, nei confronti di una porzione della popolazione che rimane ostile al rispetto spontaneo delle regole di comportamento imposte per ragioni di tutela della salute, quale interesse della collettività oltre che fondamentale diritto dell'individuo (anche nel suo contenuto di libertà di cura). Per questo, il fatto che l'esercizio delle libertà individuali subisce controlli, restrizioni e sanzioni non contraddice l'ispirazione solidaristica della politica antivirus del Governo, per il quale restano

[13] «Le normative introdotte nell'emergenza covid-19 incidono pesantemente su diritti di libertà in senso forte: non solo la libertà di circolazione, direttamente bloccata dal lock down, ma anche diritti e libertà che il blocco impedisce di esercitare»: D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sist. Pen.*, 28.04.2020, 3.

[14] «L'emergenza da Coronavirus in Italia − scrive B. ROMANO, *Il reato di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità al tempo del Coronavirus*, in *il Penalista*, 16.3.2020, abstract − ha comportato l'adozione di una serie di misure mai prima viste, neppure in tempi di guerra o in presenza di altre epidemie», riferendosi soprattutto al decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, cui sono seguiti numerosi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ma anche al decreto legge 2 marzo 2020, n. 9 e al decreto legge 9 marzo 2020, n. 14.

fondamentali i comportamenti responsabili, com'è giusto. In altre parole, la necessità (e l'urgenza) del ricorso a misure coercitive per contrastare la pandemia e approdare a una stabile normalità, si spiega con lo sviluppo (tuttora in corso) di un atteggiamento di ostilità di una parte non trascurabile della popolazione (e di alcune forze politiche) che chiede piena autonomia, respingendo ogni misura di precauzione e ogni vincolo che comporti limitazioni all'esercizio di libertà fondamentali e di diritti costituzionalmente garantiti.

2. *Misure governative anti-Covid e libertà individuale*

L'esercizio dei diritti di libertà − e con esso il normale svolgimento della vita sociale − sta vivendo uno dei momenti più difficili. L'adozione di misure coercitive, in chiave di tutela della salute individuale e soprattutto di quella pubblica, ancorché non penalmente sanzionate ma pur sempre limitative in modo più o meno intenso della libertà personale con applicazione in caso di violazione di sanzioni sostanzialmente punitive (oltre che preventive), ha sollevato nel dibattito pubblico − e verosimilmente continuerà a generare nel prossimo futuro − non pochi dubbi (ma non manca chi ha espresso gravi preoccupazioni) sotto il profilo della loro legittimità, nella misura in cui derogano al rispetto di diritti e libertà costituzionalmente e convenzionalmente protetti.[15]

L'emergenza pandemica da coronavirus, con la quale il contesto al centro del dibattito è cambiato velocemente, è cambiato in tutto il mondo, rispolvera − il più che rispolverato − problema del rapporto tra il concetto di libertà e i suoi limiti, che incidono sulla possibilità di scegliere e decidere liberamente cosa fare: due estremi che hanno stretti legami, e insieme evidenti conflitti, ragionevolmente conciliabili. Dunque, una contraddizione che la politica ha il dovere di superare alternando, con sapiente dosaggio, due esigenze coesistenti e in

[15] In argomento cfr., fra gli altri, G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus,* cit.; G. O. CESARO*, La tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'emergenza COVID-19*, in *Diritto24- Il Sole24Ore* del 25 marzo 2020; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2020, 9; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2020, 2; C. ZUCCHELLI, *Lo "stato di eccezione" e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, in *Il Dubbio*, 4 aprile 2020; G. AZZARITI, Editoriale. *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020; D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 10.05.2020; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sist. Pen.*, 24 aprile 2020, 1-15; e, da ultimo, L. EUSEBI, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in *Sist. Pen.*, 13 gennaio 2021.

buona parte antagoniste. Pur consapevoli che l'impresa di tenere insieme libertà e limiti posti l'una in contrasto con gli altri e riuscire a superare il conflitto per trovare un punto di accordo, è un permanente "lavoro in corso" nella sostanziale continua rivedibilità delle sue ipotesi. Cioè un'attività tipicamente operativa che, in quanto tale, non definisce in modo statico la linea istituzionale (non naturale) che separa libertà e limiti, ma in modo dinamico e storicamente variabile. Perciò non troverà mai *la* soluzione, una compiuta ed esauriente sintesi delle due opposte esigenze apparentemente inconciliabili; una formula universale; una composizione definitiva. Bensì, lungi dall'essere cristallizzata in un modello ideale, solo soluzioni parziali e provvisorie, instabili e precarie, che necessitano di una costante ridefinizione del confine mobile tra le due opposte polarità, anche sotto un profilo etico-giuridico.

E' un tema sul quale nei mesi (ormai anni) drammatici aperti dalla crisi pandemica, non è mancato (ed è ancora in corso) un acceso dibattito politico-culturale. E una forte contrapposizione, sul piano ideologico e di politica del diritto, in materia di salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, che ha assunto una dimensione molto polarizzata e ha visto fronteggiarsi due partiti, quello dei fautori di misure anche coercitive necessarie per fare osservare comportamenti prudenziali a chi a questo tipo di misure guarda con sospetto e quello di coloro che sono radicalmente contrari alle scelte adottate dal governo.

L'atteggiamento di netto dissenso riguardo alle misure governative, per quanto circoscritte e temporalmente limitate, sembra guidato da un equivoco di fondo, che vede libertà e limiti come due realtà contrapposte (l'una esclude l'altra) e quindi è refrattario ai restringimenti della libertà e dei diritti. E, più in generale, è contrario a quella che, in quest'epoca (speriamo) di transizione, viene percepita (non a torto) come sospensione delle 'normali' libertà di ogni singolo individuo, come limitazione forzata, da parte dello Stato, del 'normale' svolgimento della vita sociale. Certo, le ragioni per temerla sono forti dato che comprime diritti e libertà fondamentali, ma quelle per mantenerla in funzione della salvaguardia del bene della salute non lo sono di meno, visto l'attuale livello dell'emergenza pandemica, che impone la necessità di fermare la corsa del virus a livello planetario (allo stato si teme un'altra evoluzione drammatica in tutta la popolazione mondiale che rischia di vanificare tutti gli sforzi

messi in campo finora). Naturalmente, come bilanciare − con legge o con forza di legge[16] − due valori entrambi garantiti dalla Costituzione, salute pubblica e libertà individuale, nel rispetto di standard minimi invalicabili di tutela dei diritti dei singoli, senza superare, cioè, nella gestione della crisi pandemica il limite che rompe la legalità costituzionale, chiama in causa la responsabilità della politica, a cui è affidato l'arduo compito di stabilire, di volta in volta, se l'emergenza sanitaria, la nuova realtà umana e sociale indotta da tale fenomeno, giustifica, e in che misura, le limitazioni alle libertà individuali e (perché no) le potenziali minacce per la democrazia.

Il rifiuto delle misure governative finalizzate a fronteggiare l'estendersi del virus e a vivere la vita sociale in sicurezza, dipende molto spesso da paura o diffidenza, da ignoranza o superstizione. Quanto al vaccino anti Covid, ad esempio, una parte della popolazione ne teme la pericolosità per la salute (malgrado sia emersa una percentuale microscopica di effetti collaterali gravi), mentre altra parte è scettica, ne pone in dubbio l'efficienza, nonostante i risultati rassicuranti e le affidabili dimostrazioni delle indagini scientifiche. E' interessante notare, a tale riguardo, che i dati dell'Organizzazione mondiale della sanità confermano che, dopo la somministrazione dei vaccini anti Covid, è diminuito ovunque drasticamente il numero di decessi e ricoverati in terapia intensiva. Non va trascurato, però, l'iniziale disorientamento dovuto alle incertezze continue degli organi sanitari e dell'informazione e, soprattutto, al fatto che le pretese "evidenze scientifiche" erano assai dubbie e in continuo mutamento e non avevano ancora raggiunto l'attuale livello di certezze.

C'è una differenza, e di non poco conto, tra il rifiuto del vaccino da parte di una categoria di persone per paura o ignoranza (un crescendo di diffidenza culminato in certi momenti e in alcune località o presso alcuni gruppi sociali con una preoccupante diffusione del

[16] Sulla necessità di intervenire con una fonte primaria a disciplinare in modo organico i presupposti per l'applicazione delle misure limitative delle libertà personali, giudicando «inaccettabile, pur in un contesto di emergenza, che la disciplina di simili misure, capaci di incidere profondamente sulle più basilari libertà, sia affidata a fonti di rango secondario» (un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, un'ordinanza del Ministro della Salute o un'ordinanza regionale), cfr. G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus,* cit., 16. Sul tema, cfr. anche A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Questione giustizia*, 28 marzo 2020. Giova qui ricordare che la Corte costituzionale ha precisato che è «conforme a Costituzione la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata» (Corte cost., sent. n. 617 del 1987).

contagio; tuttavia una giustificazione che merita la massima considerazione, sommandosi a questa insicurezza la sofferenza e il disagio che si portano addosso) e l'egoistica indifferenza del singolo per i diritti altrui, sacrificati dalle esternalità negative delle sue azioni (per usare un'espressione ben nota in campo economico), cioè dalle conseguenze del suo agire nella comunità di cui è parte.

L'obiezione al vaccino, all'uso delle mascherine, al distanziamento sociale, al *green pass* e ad altre precauzioni volte ad ostacolare la circolazione del virus, segna qui il riaffacciarsi al nostro orizzonte culturale (ammesso che lo abbia mai abbandonato) di quella tendenza individualista che, indifferente alla società che ci circonda e alla sua organizzazione istituzionale, non riconosce il bene comune e rigetta radicalmente ogni senso del limite. Al fondo, c'è una strenua difesa della propria libertà tesa a far prevalere gli interessi o le tendenze personali nei rapporti sociali, che, nei casi di un estremismo arbitrario e irresponsabile, punta dichiaratamente − non da oggi − sul godimento senza limiti delle facoltà che ne derivano, a scapito dei coesistenti e reciproci diritti degli altri e degli interessi della collettività. La stessa parola libertà è esposta al rischio di accogliere nel suo significato semantico l'idea di una libertà senza confini. Tuttavia, l'emergenza del Covid-19 ci dice, se ce ne fosse bisogno, che non è così: che libertà, per parafrasare Hegel, è accettazione della necessità, riconoscimento dell'esigenza di relazionarsi ad altri, inserendosi in una comunità plurale.[17] Dunque, niente di più fuorviante che usarla come sinonimo di libertà assoluta. Un concetto che considera libertà e limiti due categorie alternative (come già notato più sopra) e scatena processi di deresponsabilizzazione dei singoli, i quali assumono l'interesse collettivo, la società, le stesse istituzioni (che rendono possibile la vita insieme perché «incorporano al proprio interno la vita delle persone, che le rende a loro volta vitali»),[18] come un avversario della libertà individuale, sfuggendo a ogni tentativo di contemperamento fra due istanze contrapposte. E − soprattutto e di conseguenza − che esprime, "in negativo", l'essenza irriducibile della soggettività dell'individuo, la sua autonomia e la sua irriducibile indipendenza. Cioè uno dei difetti della teoria dell'individualismo e il volto oscuro che presenta nella sua realizzazione concreta nella pratica di ogni giorno. Che pure è una filosofia politica, un'ideologia, o prospettiva sociale,

[17] M. CAVALLERI, *La libertà nella necessità. Saggio sullo spirito oggettivo hegeliano*, Pisa 2019. Sul concetto di libertà nel pensiero hegeliano, cfr. G. DUSO, *Libertà e costituzione in Hegel*, Milano 2013, 104 ss.
[18] Così R. ESPOSITO, *Quei populisti che negano le istituzioni*, in *L'Espresso*, 10 ottobre 2021, 76.

caratterizzata da aspetti largamente positivi, ampiamente condivisi nell'attuale contesto socio-culturale e nella società irreversibilmente pluralistica in cui viviamo. Come l'idea che ognuno deve essere rispettato nella propria unicità e irripetibilità; nella consapevolezza e nella fiducia di autosufficienza di sé; e, in definitiva, nell'aspirazione a un progetto di vita individuale (che ogni individuo interpreta secondo il suo personalissimo codice), che permette all'essere umano, come persona, di realizzarsi nel ruolo che intende rivestire nella sua attività quotidiana.

Come già rilevato e ampiamente noto, la parola può avere, però, un'accezione (e un'applicazione) molto negativa: la sottrazione della propria volontà a qualsiasi condizionamento esterno, senza che lo stesso spazio di movimento sia riconosciuto (e quindi disponibile) per gli altri. All'individualismo spinto ("forte"), o singolarismo (un neologismo della società postmoderna), si associa un'inclinazione a negare la possibilità di rapporti di interdipendenza tra i singoli, quindi il vincolo, il legame sociale, la solidarietà, in nome del godimento senza limiti delle libertà individuali. In breve, l'idea di libertà come arbitrio della scelta. Un'idea che, portata alle estreme conseguenze, pone al centro di tutto l'individuo e il suo interesse immediato. Che, da un lato, è la negazione del principio di solidarietà e, dall'altro, eleva l'interesse di parte a interesse di tutti, in contraddizione con i diritti altrui e gli interessi collettivi. L'esasperazione, insomma, del principio individualistico fino al disconoscimento dell'opposto principio dell'interesse generale.

Al polo opposto, c'è l'idea dell'individuo come soggetto consapevole dei propri diritti e dei bisogni degli altri e quindi responsabile delle sue scelte e delle sue azioni conseguenti. In quest'ottica, quando il bene comune, la comunità ("l'etica collettiva") viene in primo piano, il bene singolare di una persona, la soggettività del singolo ("l'etica individuale") esce di scena. Alla base della libertà individuale, infatti, c'è il rapporto con il bene comune (ne è la forza), improntato alla solidarietà. Sicché l'individuo non può affrancarsi dai doveri verso la collettività e di conseguenza dalla responsabilità sociale in base alla propria coscienza, alle sue convinzioni personali, al suo apprezzamento soggettivo.

Emerge qui la nota teoria tommasiana – una teoria, ancora attuale, che ci parla e ci fa pensare, e che anticipa un principio fondamentale della cultura occidentale contemporanea − secondo cui la libertà individuale si fonda sul "Bene Comune", il bene di tutti e di ciascuno,

nel quale è incluso il criterio di solidarietà, intesa nel senso più ampio e comprensivo di condizione necessaria del convivere, anzi del vivere, e − in pieno accordo con un principio centrale del pensiero aristotelico, sia pure integrato nella visione cristiana − sulla "razionalità" dell'essere umano, da cui dipende la stessa natura specifica della "*civitas*", la quale è un "*opus rationis*",[19] cioè un'opera sollecitata dalla natura e realizzata dalla ragione, che si traduce in un progetto sociale e culturale che pone come obbiettivo − ad un tempo − (utilizzando espressioni moderne) di salvaguardare e promuovere l'autonomia dei singoli, il pluralismo delle idee, la libertà delle scelte (purché prive di ogni valenza istigativa al compimento di atti discriminatori o violenti) e (insieme) il "*bonum commune civitatis*" − il bene-fine della comunità degli uomini (in quanto totalità politicamente organizzata) e di ogni realtà sociale minore (ad esempio, la famiglia)[20] −, al quale la funzione legislativa, cioè la "legge giuridica",[21] ha il compito di orientare la vita socio-politica della collettività.

La combinazione del pensiero tomista e aristotelico mette in luce che la solidarietà è regolata da una razionalità molto rigorosa. Da qui il principio hegeliano che, nella critica all'individualismo (individualismo "forte", in opposizione al bene comune), afferma che l'uomo è libero non in forza del proprio libero arbitrio, funzionale ai soli interessi dell'individuo e a prezzo della libertà degli altri e dell'interesse generale, ma perché, in forza della sua natura sociale, riconosce fuori di sé una sostanziale etica razionale, che regola l'agire della persona umana, nell'alternanza fra diritti e doveri, per superare la prospettiva individuale (portata agli estremi) e assicurare il primato del bene comune.[22] Che − secondo l'insegnamento di Tommaso, sulle orme di Aristotele − coordina e concilia fra di loro il bene della comunità e l'interesse singolare dei suoi componenti, limitandolo per quegli aspetti dei diversi beni della persona che sono funzionali all'interesse comune e l'interesse comune è a loro funzionale.[23] Nella concezione tommasiana, il criterio del bene comune è un'idea liberale:

[19] F. BOTTURI, *Per una teoria liberale del bene comune*, in *Vita e Pensiero*, 1996-2, 5.
[20] F. BOTTURI, *Per una teoria liberale del bene comune*, cit., 5.
[21] Che, secondo Tommaso, non è eteronoma, ma è data nel suo contenuto sostanziale da tutto il popolo in quanto consuetudine radicata che precede la legge e obbedisce così unicamente alla volontà del popolo, anche se formalmente promulgata dall'autorità politica per delega del popolo.
[22] Cfr. N. BOBBIO, *Per una mappa della filosofia politica,* in AA. VV., *La filosofia politica oggi,* a cura di D. Fiorot, Torino 1990, 21 ss.
[23] Cfr. F. BOTTURI, *Per una teoria liberale del bene comune*, cit., 6, anche sulla ragione per cui questo insegnamento tommasiano non è né individualistico né collettivistico.

infatti, tra interesse generale (bene comune) e interessi di parte (cioè del singolo) non c'è essenziale contraddizione.[24] La sua concezione della società è dunque una concezione individualistica (fondamento della nostra democrazia liberale). L'idea di società, nella visione cristiana (e laica) di Tommaso, è il luogo dove ognuno è libero delle proprie decisioni, e, benché la sua libertà è finalizzata a contribuire alla vita sociale (al bene comune) − in quanto la sua singolarità non significa individuo isolato dal corpo sociale −, il singolo non è una parte del tutto, ma è qualcosa in sé, sicché «l'uomo non è ordinato alla comunità politica secondo tutto se stesso e secondo tutte le cose sue…ma tutto ciò che l'uomo è, e ciò che può, e ha, deve essere ordinato a Dio» (laicamente, ai diritti naturali e inviolabili dell'uomo).[25]

In tutto questo, il bene comune, teorizzato da Tommaso D'Aquino, si incontra (presenta forti analogie) con la finalità dell'azione politica nel liberalismo contemporaneo, frutto di tale eredità, che, in adesione all'"individualismo" e in opposizione all'"organicismo", cioè a una concezione politica organicistica della società (e dello Stato), cui si sono ispirate forme di governo autocratiche, la quale teorizza che l'individuo deve subordinare tutto se stesso al bene comune (allo Stato), rivendica (ha rivendicato), per ogni singolo uomo, il riconoscimento (e l'attribuzione) dei diritti umani universali.[26]

Questa correlazione tra autodeterminazione dei singoli e tutela della collettività, il filo che le tiene insieme − cioè la consapevolezza che la libertà di ciascuno (e ogni diritto costituzionale)[27] è per definizione limitata dal diritto di libertà degli altri e può subire un margine di sacrificio a favore di un prevalente interesse pubblico, senza che ciò produca effetti distorsivi, ossia che la democrazia subisca una ferita, una crisi di legittimazione, o ci sia un rischio d'illegittimità costituzionale, salvo il caso di una scelta irrazionale o non uguale per tutti o, per contro, una scelta generalizzata che non tiene conto di differenze essenziali − trovò una formulazione sintetica (è condensata) nella celebre massima ciceroniana: *Legum…omnes servi*

[24] F. BOTTURI, *Per una teoria liberale del bene comune*, cit., 6.
[25] S. THOMAE AQUINATIS, *Summa theologiae*, Roma 1927, I-II, q. 21. a. 4. ad tertium. Sul concetto tommasiano di "bene comune", cfr. E. BERTI, *Il concetto di "bene comune" di fronte alla sfida del terzo millennio*, Università di Padova, Congresso Tomista Internazionale, "*L'umanesimo cristiano nel III millennio: prospettiva di Tommaso d'Aquino"*, Roma, 21-25 settembre 2003, 6 ss.
[26] In argomento, cfr. N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Milano 2006, Cap 9,"*Individualismo e organicismo*".
[27] Come spiega Gaetano Azzariti sul *Manifesto* del 28 luglio 2021 (*Vaccino e green pass, impariamo a leggere la Costituzione*): «basta scorrere l'intero catalogo delle libertà costituzionali per rilevare che ogni singolo articolo ribadisce questa regola aurea e di civiltà: le libertà non sono mai assolute, incontrano sempre dei limiti al fine di salvaguardare gli altrui diritti».

sumus, *ut liberi esse possimus*,[28] che sottende il ruolo della legge nella vita associata e i suoi rapporti con la libertà individuale. Una massima nota soprattutto per aver distinto concettualmente la nozione di libertà senza limiti (la libertà fuori dalle istituzioni) da quella di libertà responsabile (la libertà nelle istituzioni), ossia l'idea che l'individuo è beneficiario di diversi diritti nei confronti della società, e, ancor di più, dello Stato, ma nel contempo responsabile di considerevoli doveri nei confronti della comunità ("doveri costituzionali", di cui da qualche tempo nella letteratura del costituzionalismo contemporaneo si è tornati a parlare, che trovano una radice di legittimazione nel valore, appunto, della solidarietà) e quindi che la legge, lo Stato, può agire da limite − da freno o regolatore − nei confronti delle libertà dell'individuo, in nome della libertà nel suo complesso, della dimensione comunitaria della libertà, e, in ultima analisi, della libertà di ciascuno (per inciso, l'idea della tutela della libertà attraverso la limitazione della libertà comporta che sia limitata solo per quel tanto strettamente necessario a garantire la libertà di tutti e il bene comune). Una distinzione che (per rimanere in tema) ha aperto la strada al sentimento umano di solidarietà, alla necessità di una cooperazione globale. E al connesso principio di libertà.

La solidarietà, infatti, è legata con un filo doppio con la libertà − è vivere insieme nella libertà di ciascuno. Coniugare libertà e solidarietà; costruire la solidarietà come garanzia di libertà, anzi come sua precondizione fondamentale e necessaria, così come la libertà lo è della solidarietà, mette in chiaro che la sfera della solidarietà intrattiene con quella della libertà un rapporto di stretta reciprocità, e aiuta a capire le ragioni politiche, etiche e giuridiche alla base del concetto di solidarietà. E proprio alla luce del legame tra solidarietà e libertà possiamo comprendere in maniera piena e compiuta l'idea che la solidarietà, nella sua accezione democratica, nell'accezione del modello democratico occidentale, è uno dei valori fondamentali di una società libera. Che, da una parte, rende possibile l'esercizio di una straordinaria varietà di libertà individuali e, dall'altra, di tale varietà definisce i confini.

In un analogo orizzonte concettuale, una sorta di sintesi di questi postulati si ritrova nell'opera del filosofo inglese John Stuart Mill, là dove, nel (giustamente) celebrato saggio sulla libertà e sulla storica lotta tra "libertà e autorità" che approfondisce e allarga il pensiero

[28] Cfr. L. FEZZI, *Legum…omnes servi sumus ut liberi esse possimus: citazioni e 'non citazioni' umanistiche, liberali e 'neoromane' di una celebre massima ciceroniana*, in *QLSD*, 3, 2013, 17. Vedi anche l'orazione di CICERONE, *Pro Aulo Cluentio Habito,* citata da G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano 1993, 159.

concentrato nella massima ciceroniana, scrive che le società liberali sono costruite sulla libertà degli individui, la quale trova il suo limite nella libertà di tutti e quindi con inevitabili limitazioni per quella di ognuno; che, cioè, un individuo è libero fino a quando non danneggi gli interessi altrui (per esempio, la salute).[29]

3. *Le ragioni dell'atteggiamento di netto dissenso riguardo alle misure di contrasto all'emergenza pandemica*

Tornando alle ragioni del rifiuto delle misure governative anti Covid, dalle quali siamo partiti, oltre alla paura, alla diffidenza, all'ignoranza, alla superstizione, c'è poi l'area grigia di chi ha problemi nella socialità, difficoltà a interagire con le persone, agevolata se non causata/concausata da una ingiustificata diffidenza e da una rigida e infondata sospettosità verso gli altri, che conduce a gravi difficoltà relazionali fino collocare l'individuo in un universo del tutto separato, a isolarsi dal contesto sociale, a estraniarsi dalla sfera pubblica, manifestando una insofferenza crescente per tutti i vincoli e quindi per qualsiasi regola. E, ancora, un'esigua minoranza rumorosa e minacciosa, che teme più del virus gli strumenti coercitivi per frenarne la diffusione, e che, erigendosi a paladino della libertà di cura, promuove un'onda di sospetti sulla reale portata della pandemia, minimizzando i rischi del contagio ed enfatizzando i rischi del vaccino (da qui l'idea ingenua, o simulata, che la rinuncia al vaccino sia la strada giusta da imboccare verso la sconfitta del virus). Un attacco che condanna acriticamente, in chiave propagandistica e populista, l'intera legislazione emergenziale, e che si avvale della fondamentale strategia dei populismi protestatari: ricette predefinite, vuote di concetti, spesso ingannevoli (talvolta fraudolente); argomentazioni disinvolte, semplicistiche e riduttive, che si sottraggono alla complessità e danno l'impressione di renderla più semplice; slogan efficaci e ad alto impatto emotivo senza nessuna base empirica, ripetuti senza tregua, in modo esasperato e ossessivo; e clamorose proteste (i più invasati e accaniti no-vax anche incitazioni

[29] J. S. MILL, *On Liberty*, traduzione di Stefano Magistretti, Milano 1997, 103. Già nel 1789, l'art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo elaborata nel corso della Rivoluzione francese aveva statuito che «La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limite solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento degli stessi diritti».

all'odio, linciaggio fisico, reazioni aggressive) nei confronti di chi ha adottato comportamenti responsabili e ha scelto di rispettare e far rispettare le misure anti-Covid servendosi della forza della ragione e dell'apporto della scienza.

Non è tutto: esiste anche una categoria antropologicamente diversa, una galassia variegata (una parte non trascurabile del nostro e di altri numerosi paesi) costituita da chi è "ideologicamente" ostile a questo tipo di misure e più in generale all'apparato sanzionatorio predisposto dal governo. Per ragioni e con motivazioni ideologiche le più disparate. Per "sfiducia epistemica" nei saperi e nella scienza: una sfiducia pervasiva che, nella varietà delle sue manifestazioni, unite nel rifiuto della razionalità scientifica, porta (ed è spesso correlata) alla sfiducia nello Stato, nelle istituzioni della democrazia rappresentativa, nella politica: una sorta di "fanatismo anti-scientifico" che nega l'efficacia del vaccino (a volte persino l'esistenza del virus) contro le evidenze della ragione e della scienza e l'opinione della quasi totalità degli scienziati. Per "fanatismo anti-politico" che, ostile alle misure di prudenza e di sicurezza sanitaria approvate dal governo, si materializza in estrema protesta contro una fantomatica dittatura "nazi-sanitaria", che condiziona la politica, anzi decide in anticipo sulle scelte politiche, e si propone di convincere che la politica messa in atto dal governo allo scopo di fronteggiare attraverso l'uso del vaccino l'emergenza pandemica è asservita agli interessi economici delle più grandi e influenti multinazionali farmaceutiche.

C'è, infine, chi è attratto (sedotto) dalla teoria cospirazionista, secondo la quale le imposizioni in materia sanitaria si accompagnano all'elaborazione di una legislazione autoritaria emergenziale, che priva i cittadini dei loro diritti fondamentali: una strategia di controllo sociale per invadere la sfera privata e imporre al popolo misure liberticide. Gli estensori di questa teoria, nella sua formulazione più intransigente, astratta, polemica, sostengono la tesi di una congiura ordita dai nostri governanti (una casta incurante della salute dei cittadini) che, approfittando della presunta emergenza sanitaria, mirano a instaurare una deriva antidemocratica e autoritaria e, in ultima istanza, un nuovo regime politico oppressivo. Una frangia di questo indirizzo (una estrema minoranza del nostro Paese), nel tempo della crisi più acuta provocata dalla pandemia, si è mutata in qualcosa di nuovo e pericoloso, ritenuto molto insidioso per le libertà individuali e per la democrazia, manifestando una non celata assonanza con la punta più estrema e più politicizzata di un frastagliato mondo anarchico-irrazionalista

spinto per vocazione a violare in modo sistematico le regole della convivenza civile, non per correggere qualcosa ma per distruggere tutto. Un movimento di matrice politico-eversiva che si dichiara nemico del sistema e che ha come evidente obbiettivo generare instabilità nelle forze politiche e sovvertire l'ordinamento democratico.

Come è facile constatare, la clamorosa e avventata teoria del complotto governativo, anzi di un complottismo mondiale, di un disegno generale dei governanti di numerosi Paesi (il c.d. "Sistema Globalista"), a causa del quale buona parte dell'umanità soffre di un processo di corrosione delle libertà fondamentali (una messa in scena che assume le sembianze di una farsa)[30]; l'evidente insensatezza di atteggiamenti di oscurantismo antiscientifico, come quello che il vaccino sia inutile, per di più farmaco dai pericolosi effetti collaterali, addirittura non protezione ma veleno (un'idea falsa e inaccettabile considerati i risultati rassicuranti e unanimi delle ricerche scientifiche); la fantasiosa negazione del numero di decessi o complicazioni cliniche nei soggetti non vaccinati per denigrare le scelte del governo;[31] la sconsiderata convinzione dell'inesistenza del virus e quindi dell'emergenza sanitaria;[32] il fatto che la ricerca medica viene guardata come scienza sospetta al servizio del potere, che opprimerebbe la nostra libertà individuale; il paradossale e temerario accostamento del *green pass* per studenti e docenti all'esclusione dalle università, dopo la legge razziale del 1938, di docenti e studenti ebrei, è un abisso di idee deliranti, farneticazioni, ossessioni patologiche, previsioni fantascientifiche, che sfuggono alla logica, alla coerenza, alla razionalità. Sorprende leggere del coinvolgimento di persone colte e, addirittura, di prestigiosi intellettuali, e perfino di scienziati di indiscussa autorevolezza, che, in sintonia con le manifestazioni di protesta di un gruppo di cittadini, si discosta in modo marcato dai risultati derivanti da indagini scientifiche

[30] Sul fenomeno del complottismo, che viene da molto lontano (nasce insieme alla storia, osserva R. CALASSO, *L'innominabile attuale,* Milano 2017) ed è radicato nel cuore dell'Europa soprattutto a partire dallo spiritualismo e dall'irrazionalismo dell'Ottocento, cfr. il noto saggio di J. WEBB, *Il sistema occulto*, a cura di Giorgio Galli, Milano 2019.

[31] La conferma più lampante che il vaccino è l'arma fondamentale per mettere in sicurezza il paese la troviamo nei risultati di affidabili indagini che confermano che la doppia dose se non annulla la circolazione del virus protegge al 97% dai rischi di morte.

[32] Ha parlato di «invenzione dell'epidemia» (di «frenetiche, irrazionali e del tutto immotivate misure di emergenza per una supposta epidemia dovuta al virus corona») e denunciato «la tendenza crescente a usare lo stato di eccezione come paradigma normale di governo», ad esempio, G. AGAMBEN, *L'invenzione di un'epidemia*, in *Quodlibet,* 26 febbraio 2020, e ID., *Contagio*, ivi, 11 marzo 2020, leggibili in rete alla pagina che questo A. tiene su Quodlibet.

indipendenti e quindi sicuramente affidabili e in quanto tali ampiamente condivise dalla comunità degli scienziati.

Per cercare di capire l'attacco così marcatamente antiscientifico ai progressi della conoscenza e dei saperi e alle loro ricadute positive sulla vita collettiva; il radicale rifiuto della scienza medica e in generale della ricerca scientifica; la vulnerabilità alle teorie del complotto; il negazionismo sul virus e sulla diffusione della pandemia, di certo da sole non bastano le categorie politiche e quelle ideologiche cui abbiamo accennato e già discusse sopra. Si sarebbe tentati di pensare (si potrebbe azzardare) che valgono meglio le categorie psichiatriche. Se però è da escludere il rapporto tra tali posizioni e patologie con sintomatologia conclamata, c'è chi sostiene che dietro di esse c'è il sintomo, se non di una schizofrenia paranoide, di alcune dinamiche psicopatologiche racchiuse nella cornice di un disturbo di personalità, caratterizzato dalla predominanza di ossessioni, dissociazioni, sintomi deliranti, idee allucinanti, da sole o in associazione tra loro.[33] Le quali, al tempo stesso, generano l'attivazione di meccanismi − di percorsi cognitivi ed emotivi − che conducono alla perdita di contatto con la realtà e quindi a una modalità di pensiero distorta, rappresentata da un deficit delle funzioni cognitive, dalla "fuga dalla ragione", come sono state definite le teorie complottiste (che si somigliano un po' tutte) e, più in generale, il pensiero complottista.[34] La conseguenza è una forma di regressione intellettuale, l'impoverimento della capacità di riflessione, di approfondimento, di critica, di giudizio: tutte funzioni della mente (sfide di pensiero) che, da uno stadio evoluto, regrediscono ad un livello più elementare, che abolisce il nostro pensiero problematico, riducendolo a una logica binaria, solo "si" o solo "no", al massimo "non so",[35] che contrasta vivacemente con il bagaglio culturale e l'apparente integrità delle altre funzioni intellettive dell'individuo. Sarà per questo che in questo tipo di situazioni all'interno di questo gruppo di persone nessun argomento potrà mai convincere chi non è ancora convinto,

[33] Lo spiega bene un noto filosofo francese in un recente articolo su Repubblica del 29 agosto 2021, L. FERRY, *Nella mente di un no-vax*

[34] J. WEBB, *Il sistema occulto*, cit., 23.

[35] Prendo questa riflessione sull'antinomia tra pensiero problematico e logica binaria da Ugo Galimberti, che in un recente articolo su *Donna* del 30 ottobre 2021 (130) osserva che l'uso dei mezzi di comunicazione che quotidianamente frequentiamo (cellulare, computer, tablet, smartphone…) «condiziona il nostro modo di pensare e di sentire» e «non oltrepassa la logica binaria» (U. GALIMBERTI, *Il troppo grande ci lascia indifferenti. La distanza sociale non l'ha creata il virus, che si è limitato a creare una distanza virale, ma l'informatica*).

malgrado l'autorevolezza di voci scientificamente qualificate, che "l'unico nemico delle nostre libertà non è il vaccino, e non è nemmeno il green pass, ma il virus".[36]

Abstract

La solidarietà è uno dei concetti portanti nella riflessione sugli strumenti di contrasto alla pandemia, perché una parte importante del buon esito della lotta al virus è affidata all'accettazione spontanea di limiti alla propria libertà. Di fronte alla drammatica diffusione del contagio, la pratica della solidarietà è avvertita oggi da una buona parte dell'umanità come eticamente doverosa trasformandosi, di fatto, in prassi ordinaria. Il legislatore (e il governo), sul fronte della politica sanitaria, ha messo opportunamente in risalto l'importanza di una prevenzione culturale del diffondersi del virus, che fa leva − appunto − sulla solidarietà. Ma la solidarietà è una acquisizione non solo antropologica, etica, politica, anche giuridica, che nel nostro ordinamento prende forma nell'art. 2, co. 2, della Costituzione. In campo giuridico segna un netto passaggio dalla morale al diritto, vale a dire da una strategia basata sulla persuasione a un sistema di obbligatorietà. Se l'idea di solidarietà è al centro di tutte le iniziative anti-Covid, tuttavia l'obbligo di solidarietà verso gli altri rispunta nei confronti di una porzione della popolazione, del nostro e di altri numerosi paesi, che rimane ostile al rispetto spontaneo delle regole di comportamento imposte per ragioni di tutela della salute. L'adozione di misure coercitive, ancorché non penalmente sanzionate ma pur sempre limitative della libertà personale, chiama in campo il tema della libertà degli individui e rispolvera − il più che rispolverato − problema del rapporto tra il concetto di libertà e i suoi limiti.

Abstract

Solidarity is one of the leading concepts in the considerations on the tools to combat the pandemic, because an important part of the success of the fight against the virus is based on the spontaneous acceptance of limits to everybody's freedom. In the face of the dramatic spread of the contagion, the practice of solidarity is now perceived by a large part of humanity as ethically necessary, transforming itself, in fact, into ordinary practice. The legislator (and

[36] L. FERRY, *Nella mente di un no-vax*, cit.

the government), on the health policy front, has appropriately highlighted the importance of cultural prevention of the spread of the virus that relies – in fact – on solidarity. But solidarity is not only an anthropological, ethical, political, even legal acquisition, which in our legal system takes shape in art. 2, co. 2, of the Constitution. In the juridical field it marks a clear transition from morality to law, that is to say from a strategy based on persuasion to a system of obligation. If the idea of solidarity is at the centre of all anti-Covid initiatives, nevertheless the obligation of solidarity towards others re-emerge for a portion of the population, of ours and of many other countries, that remains hostile to spontaneous compliance with the rules of conduct imposed for reasons of health protection. The adoption of coercive measures, albeit not criminally sanctioned but still limiting personal freedom, calls into question the issue of individual freedom and dusts off the much discussed issue of the relationship between the concept of freedom and its limits.

Camerino, dicembre 2021.

MARCO NADDEO[*]

Anticorruzione e antiriciclaggio: criminal networks *e modelli di prevenzione a confronto*[**]

Sommario: 1. Corruzione e riciclaggio nella prospettiva criminologica. – 2. Modelli di prevenzione vs *criminal networks*. – 3. Transnazionalità e *agire economico* nell'era del Fintech. – 4. Il contributo dell'I.A. (Intelligenza Artificiale). – 5. I limiti di un diritto penale del *rischio*.

1. *Corruzione e riciclaggio nella prospettiva criminologica*

Dall'osservatorio dell'empiria *corruzione* e *riciclaggio* appaiano funzionalmente interconnessi, oltre che caratterizzati, già sotto il profilo metagiuridico, da un rapporto di continuità, per cui è dato assistere al riciclaggio di proventi generati da ipotesi corruttive, penalisticamente idonee a fungere da *predicate-crime* dell'art. 648-*bis* c.p. Dopotutto, la corruzione è un *delitto non colposo* che può generare *denaro, beni o altre utilità* potenzialmente oggetto di operazioni realizzate *in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa*. Ricordando Hassemer, verrebbe da dire che siamo di fronte a una perfetta corrispondenza tra "*fattispecie e tipo*".

Da un punto di vista fenomenologico, la combinazione di queste due forme di *white collar crimes* è particolarmente frequente e oggi rappresenta lo strumento che consente alla criminalità organizzata di occupare interi cicli economici in aree territoriali sempre più estese. Non a caso, chi di recente ha inteso rappresentare geometricamente la posizione assunta dai *criminal networks* lo ha fatto collocandoli al vertice alto di un triangolo che vede agli angoli opposti della base

[*] *Docente a contratto di Diritto Penale dell'Economia presso l'Università degli Studi di Salerno; Professore incaricato di Diritto Penale presso l'Università* Link Campus University *di Roma.*
[**] *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

l'*amministrazione pubblica* e l'*economia*[1], vale a dire – nella prospettiva patologica – la *corruzione* come metodo di infiltrazione e il *riciclaggio* come anello di congiunzione tra mercato e crimine.

Evidentemente, la criminalità associativa sfrutta l'elevato potenziale offensivo (dei diversi livelli) della corruzione per incidere sulle scelte dell'amministrazione pubblica, facendo ricorso alle tangenti (*I livello*), alla compravendita della funzione pubblica (*II livello*) e, finanche, alla stabile infiltrazione di sodali nei pubblici uffici (*III livello*). Si tratta di un illecito in grado di incidere sulla gestione della cosa pubblica, distraendone a vantaggio del crimine cospicue risorse che vengono successivamente immesse nel mercato e ne inquinano l'economia con ulteriori pregiudizi per gli operatori sani e non solo. Ecco dunque il *minimo comun denominatore* di due fattispecie dotate di spiccata capacità distorsiva – nei confronti della P.A. e dell'economia – e di potere d'azione transnazionale tipico del c.d. crimine delle opportunità, che può costituire importanti *asset* finanziari e arrivare a influenzare i processi decisionali più significativi per l'economia e l'amministrazione della cosa pubblica[2].

D'altronde, colletti bianchi e criminalità organizzata seguono canali almeno in parte identici e i risultati che conseguono finiscono con il sovrapporsi, *rectius* amplificarsi vicendevolmente, potendo contare su di "un moltiplicatore di reddito inquinante veicolato da imprese a partecipazione mafiosa o da prassi illegali, che coalizzano e confondono associazioni criminali e condotte illecite di imprese normali. Le distorsioni del mercato e della concorrenza, a livello internazionale e interno, alterati da soggetti "non concorrenziali" a livello di produttività di beni, di logiche del profitto e di gestione finanziaria, costituiscono la conseguenza indiretta ma non remota di quelle sinergie"[3]. Il volano di questa pericolosa vite ascendente è rintracciabile nell'elevato ROI (*Return On Investiment*) dell'economia criminale che – come si avrà modo di

[1] Si tratta dello schema geometrico utilizzato da G. TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione "liquida"*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 5/2020, p. 4, che descrive le caratteristiche del crimine organizzato moderno come ricorrenti in tutto il mondo, affermando che "*gli schemi corruttivi e di riciclaggio si presentano con affinità disarmanti in tutto il pianeta*".

[2] Il crimine organizzato, nelle sue forme più attuali, potrebbe essere l'esito non di un *deficit*, ma di una ipertrofia delle opportunità secondo L. DONATO, *Diritto penale ed economia: criminalità, imprese, banche*, in L. DONATO e D. MASCIANDARO (*a cura di*), *Moneta, banca, finanza. Gli abusi del mercato*, Milano, 2001, p. 51.

[3] In tal senso, M. DONINI, *Commento*, in A. R. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova, 2010, p. XX.

spiegare *infra* – rende le regole del mercato ancora meno appetibili e spesso sfornite della base consensuale indispensabile perché esse risultino efficaci.

A complicare il quadro stanno la globalizzazione e l'innovazione tecnologica propria dell'era del *Fintech* che dischiudono alla *crminalité d'affaires* nuove latitudini, ponendo gli strumenti di prevenzione e contrasto di fronte a nuovi e inattesi scenari. Inoltre, la devianza risulta essere sempre più spesso espressione di una organizzazione complessa, attratta da interessi convergenti con quelli dell'impresa, finendo per raggiungere livelli di compenetrazione criminalità-imprenditoria tali da abbassare le probabilità di scoperta del reato. Allo stesso modo, la "corruzione liquida" sfugge allo schema tipico della corruzione penalisticamente intesa, consentendo alla criminalità di giungere ai vertici soprattutto degli enti locali territoriali, infiltrandosi nell'amministrazione pubblica e nell'economia attraverso metodi non violenti, che si declinano anche mediante l'esercizio di attività d'impresa[4]. L'obiettivo è sempre lo stesso: aumentare i profitti e superare il limite della ottimizzazione in spregio delle *regole del gioco*, forzando gli strumenti a disposizione (la funzione pubblica come i mezzi economici) con manovre, sempre più complesse e sofisticate, difficili da intercettare[5].

Non deve essere dimenticato, infatti, che tali crimini possono essere paragonati ai *giochi dinamici a informazione incompleta* cui J. Nash riconduceva strategie miste ovvero "distribuzioni di probabilità sulle strategie pure"; vale a dire, *giochi* in cui i *pay-offs* divengono "*forme multilineari rispetto alle probabilità con le quali i diversi giocatori giocano le loro strategie pure*"[6]. In questo segmento, colui che delinque è molto spesso un *calcolatore raffinato* che sceglierà la propria strategia tenendo conto degli strumenti di prevenzione e contrasto, in modo da raggiungere il miglior risultato possibile (tanto in termini di guadagno, quanto in termini di minimizzazione del rischio ad esso

[4] Conformemente, G. TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione "liquida"*, op. cit. In argomento, Z. BAUMAN, *Liquid modernity*, Polity Press, Cambridge UK, 2000, *passim*.

[5] In argomento, L. PICOTTI, *Profili penali del cyberlaundering: le nuove tecniche di riciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 3-4/2018, pp. 594 ss.; di recente, M. CROCE, *Cyberlaundering e valute virtuali. La lotta al riciclaggio nell'era della distributed economy*, in *Sistema penale*, n. 4/2021, pp. 127 ss. G.J. SICIGNANO, *Bitcoin e riciclaggio*, Torino, 2019, *passim*; L. STURZO, *Bitcoin e riciclaggio 2.0*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5/2018.

[6] Il modello matematico per lo studio delle *situazioni competitive* in cui gli antagonisti godono di autonoma capacità decisionale è teorizzato da J. NASH, *Giochi non cooperativi e altri scritti*, H. W. KUHN, S. NASAR (*a cura di*), Bologna, 2004, spec. p. 47.

geneticamente associato). Tale risultato dipenderà anche dall'atteggiamento congiunturale che gli altri attori in campo intenderanno adottare fornendo allo Stato il loro prezioso supporto, anziché sottrarsi agli obblighi di collaborazione attiva o, addirittura, prediligere la collusione criminale.

Queste in sintesi le ragioni che spingono il legislatore alla elaborazione di una *politica criminale integrata* dove la prevenzione è il vero fulcro dell'anticorruzione e dell'antiriciclaggio, evitando che il sistema abdichi ai necessari controlli ripiegandosi su una *politica penale* che rischia di risultare tardiva rispetto a fenomenologie criminose 'infiltranti' come quelle in esame.

2. *Modelli di prevenzione vs* criminal networks

L'effettività – intesa come tasso di osservanza complessiva della norma sia da parte dei destinatari che degli incaricati all'implementazione – si nutre di empiria[7], motivo per cui l'indagine fenomenologica e il volto attuale dell'illecito penale che essa consegna all'operatore del diritto devono orientare i nuovi modelli di prevenzione (e repressione).

Da questo punto di vista, vanno adeguatamente considerati due fattori fondamentali: *i)* l'asimmetria informativa che pone l'*enforcement* in una posizione di svantaggio rispetto al crimine, cui è consentito operare più volte la sua scelta in modo sequenziale, anche dopo aver osservato la mossa del giocatore-Stato; *ii)* l'esistenza di più soluzioni che, per tornare alla citata *Teoria dei giochi*, ammettono più equilibri e rendono più complessa la strategia ottimale anche alla luce del carattere non cooperativo del gioco (in forza del quale sono precluse contrattazioni preliminari tra le forze antagoniste).

Sotto il primo aspetto, tanto la corruzione quanto il riciclaggio possono contare sul predominio di scelte razionali, adottate da attori professionali in grado di utilizzare tecniche sofisticate e di sfruttare al meglio le opportunità offerte dalla evoluzione tecnologica, puntando alla rarefazione della condotta criminale (c.d. de-individualizzazione della criminalità economica). In tale settore ruolo centrale è quello rivestito dal prezioso bene delle *informazioni* che i colletti

[7] Efficacemente, S. MOCCIA, *Effettività e normativa antiriciclaggio*, in E. PALOMBI (*a cura di*), *Riciclaggio dei proventi illeciti. Tra politica criminale e diritto vigente*, Napoli, 1996, p. 303.

bianchi puntano a preservare, contenendo i rischi di *discovery* di fronte ai tentativi messi in campo dallo Stato per azzerare o almeno ridurre il *gap* informativo che lo vede costantemente in svantaggio.

Da questa prospettiva, i modelli dell'antiriciclaggio (D. Lgs. 21 novembre 2007, n. 231) e dell'anticorruzione (Legge 6 novembre 2012, n. 190) muovono nella stessa direzione, puntando alla creazione di presidi organizzativi che possano generare flussi informativi essenziali tanto in fase preventiva quanto in termini repressivi. Gli obblighi di collaborazione attiva e la figura del Responsabile antiriciclaggio trovano il loro corrispondente nei piani anticorruzione e nel Responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza, confluiti – in base al processo di *compliance* aziendale – nei modelli di organizzazione e gestione previsti dal D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 per mettere l'ente al riparo dalla responsabilità derivante da reato. Insomma, il sistema punta sulla tutela dell'integrità dell'economia e dei mercati, ricorrendo alla collaborazione attiva delle P.A. (PTCT) e degli agenti pubblici (segnalazioni *Whistleblowing*), nonché su quella richiesta a vaste categorie di operatori qualificati, in possesso di informazioni finanziarie/patrimoniali "privilegiate" (i cc.dd. soggetti obbligati: categorie diversificate che contemplano anche le figure professionali degli avvocati, notai, commercialisti, ecc.).

Si tratta nella sostanza di anticorpi inoculati nelle organizzazioni complesse per neutralizzare il virus della criminalità, impedendogli di corrompere il soggetto sano e di pregiudicarne il sistema immunitario evitando che esso sia compenetrato e sfruttato come schermo utile ad abbassare le probabilità di scoperta del reato. D'altronde, è proprio dalla cultura della legalità e, conseguentemente, dall'ampiezza del consenso sociale ottenuto dalla norma che dipende il grado di cooperazione dei consociati e, quindi, il raggiungimento del miglior risultato[8]. In tal senso, il secondo fattore postula che la scelta collaborativa sia resa *dominante*, vale a dire massimizzante in termini di utilità raggiungibile in un'ottica che sappia contemperare il binomio im-

[8] Il tema è chiaramente illustrato da D. MASCIANDARO, *Antiriciclaggio: la legalità come valore del mercato. Riforma delle regole e impatto sui rapporti tra banche, clienti e autorità*, Roma, 2000, pp. 17 ss.

pegno-incentivi[9] così da raggiungere e mantenere il vincolo di partecipazione del maggior numero degli attori.

I modelli di prevenzione del riciclaggio e della corruzione aderiscono – almeno in parte – a tale *ratio* politico-criminale puntando alla *internalizzazione* dell'integrità per bonificare l'*humus* sul quale può attecchire il crimine economico. Inducendo la pubblica amministrazione e il privato a costituire organismi di vigilanza interni e dotarsi di flussi informativi, tali discipline consentono di appianare la segnalata asimmetria e di garantire un monitoraggio costante delle aree esposte al rischio-reato mediante protocolli organizzativi tarati sullo specifico livello di gravità da gestire (c.d. approccio basato sul rischio) nelle fasi di *risk-assessment* e *risk management*.

Il legislatore italiano ha compreso che il crimine organizzato non può esistere senza la corruzione, né assumere o mantenere il controllo di attività economiche senza riciclare le ingenti masse di ricchezza illecita prima di immetterle sul mercato. Ecco perché si dice che il riciclaggio opera in continuità con la corruzione, trasformando da potenziale in effettiva la ricchezza generata illecitamente[10]. L'intricato rapporto tra le due fattispecie è indiziato dalla previsione di adempimenti (antiriciclaggio) rafforzati per la verifica dell'identità delle persone politicamente esposte e risulta formalmente consacrato dal principale organismo antiriciclaggio internazionale operante in ambito OCSE: il Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (GAFI). Nelle sue 40 Raccomandazioni, infatti, il GAFI ha attribuito particolare rilievo al rafforzamento dei presidi relativi alle persone politicamente esposte (PEP). Il Gruppo ha analizzato i nessi tra le misure antiriciclaggio e l'obiettivo della lotta alla corruzione, elaborando specifiche linee-guida volte al migliore utilizzo dei presidi antiriciclaggio per il contrasto della corruzione[11] dove vengono messe in evidenza le vulnerabilità del fenomeno corruttivo di fronte ai presidi antiriciclaggio. Nello stesso senso, il lavoro congiunto del GAFI con gli esperti dell'*Anti-Corruption Working Group* del G20 che orienta le *policies* nazionali a istituzionalizzare la

[9] Ampiamente, A. R. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova, 2010, pp. 54 ss.
[10] Tra gli altri, E. CAPPA, D. CERQUA, *Il riciclaggio di denaro. Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, Milano, 2012, pp. 3 ss.
[11] FINANCIAL ACTION TASK FORCE, *Specific Risk Factors in the Laundering of Proceeds of Curruption. Assistance to reporting institutions*, Parigi, 2 luglio 2012.

collaborazione tra autorità antiriciclaggio e anticorruzione, favorendone lo scambio di informazioni. In questo modo, l'azione di prevenzione della corruzione può contribuire a ridurre il rischio di riciclaggio, mentre l'antiriciclaggio può ostacolare il reimpiego dei proventi della corruzione, accrescendone i costi e rendendola meno vantaggiosa.

D'altra parte, è risaputo che per il riciclaggio dei proventi della corruzione vengono spesso utilizzati veicoli societari, organizzazioni *no-profit*, nonché intermediari o professionisti specializzati (*gatekeepers*) che facilitano le operazioni volte a impedire che fondi illecitamente accumulati siano riferibili al corrotto (al tempo stesso, il corruttore tende a celare le risorse destinate alla corruzione così da impedirne la tracciabilità). Per tale ragione, la Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia (UIF) nell'esercizio della sua funzione di ausilio alla rilevazione delle operazioni sospette ha elaborato schemi e modelli di comportamenti anomali che (*ex* art. 6, comma 7, lett. *b)*, d.lgs. 231/2007) integrano gli indicatori di anomali riferibili proprio alla corruzione.

Anomalie operative collegate a pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio sono elementi idonei ad attrarre la segnalazione nella zona del rischio-corruzione. I casi vanno dalla ricezione della tangente per il tramite di società schermo alle ipotesi di concussione ed estorsione ovvero di appropriazione di risorse pubbliche attraverso forme molteplici di frode, di abuso di potere e conflitto di interessi[12]. Il dato rivela il carattere trasversale della corruzione rispetto ad altri reati (commessi per creare la provvista utile a corrompere), motivo per cui spesso le indagini su fatti di corruzione gemmano dall'investigazione inerente reati diversi prodromici alla creazione della relativa provvista (emissione di fatture per operazioni inesistenti tramite utilizzo di cartiere, false comunicazioni sociali, ecc.). In questo modo si superano gli ostacoli legati all'indebito esercizio di prerogative istituzionali che la PEP sfrutta per influenzare i propri interlocutori o piegare la funzione pubblica a interessi privatistici.

Da questo punto di vista, già nella Comunicazione UIF dell'8 luglio 2010, può leggersi che "nell'ambito dell'azione di prevenzione del riciclaggio assume crescente rilievo il fenomeno

[12] I. BORRELLO, *I presidi antiriciclaggio e il contrasto alla corruzione. L'esperienza dell'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia*, in *Argomenti*, Università degli Studi di Urbino, n. 6-2017, p. 13.

degli abusi nell'erogazione e nella gestione dei finanziamenti pubblici alle imprese". Interessante, sottolineare che già in quel periodo la tematica veniva considerata "rilevante, da un lato, per le distorsioni indotte nel corretto funzionamento dei meccanismi di mercato a svantaggio degli operatori economici onesti, dall'altro, per le evidenti connessioni tra l'attività criminale in questione e la corruzione, con elevati rischi di condizionamento e di inquinamento delle scelte pubbliche". Non a caso, l'indicatore di anomalia connesso all'identità del soggetto cui è riferita l'operazione contempla le persone politicamente esposte ovvero le persone fisiche che occupano o hanno cessato di occupare da meno di un anno importanti cariche pubbliche, nonché i loro familiari e coloro che con i predetti soggetti intrattengono notoriamente stretti legami, come elencati dall'art. 1, comma 2, lett. *dd)*, del D. Lgs. 231/2007.

3. *Transnazionalità e* agire economico *nell'era del Fintech*

A ben vedere, il sistema di prevenzione cui si è fatto cenno si fonda sulla collaborazione tra la componente privata e quella pubblica, ma anche sulla collaborazione tra le autorità, a livello interno e internazionale. E ciò vale tanto per l'antiriciclaggio quanto per l'anticorruzione, entrambi segnati dall'*agire economico* e dunque tendenti a svolgersi oltre i confini nazionali, sfruttando disallineamenti normativi e opacità delle legislazioni nazionali.

L'impronta economica e la propensione al profitto è un carattere marcante della *foreign bribery* che corrompe l'economia e frena lo sviluppo. È il *profiling* della nuova criminalità organizzata che stravolge il *cliché* delle vecchie mafie e si afferma nella realtà fenomenica, portando la minaccia per la società a un livello più alto di quello veicolato tramite la violenza e la intimidazione. Nella nuova visione criminosa le armi cedono il posto al potere economico-corruttivo, fisiologicamente elastico e sfuggente alle rigide scansioni nazionali (sia in termini geografici che in termini normativi).

Le sofisticazioni criminali impongono nuove metodologie investigative, dove trovano giustamente spazio forme di cooperazione giudiziaria o di strumenti chiave come le squadre investigative comuni (SIC), che consentono di coordinare le indagini e aumentare la fiducia reciproca tra le forze dell'ordine e le autorità giudiziarie. In questo orizzonte si collocano conver-

genze come quella condensata nel protocollo d'intesa tra la Direzione Nazionale Antimafia e la Unità d'Informazione Finanziaria per l'Italia siglata il 15 marzo 2021 con l'obiettivo di "rendere sempre più immediato l'utilizzo delle informazioni contenute nelle segnalazioni di operazioni sospette e nelle comunicazioni delle FIU estere da parte della magistratura e favorire la profondità delle analisi finanziarie svolte dall'Unità". Significativo che: *i)* sono ulteriormente rafforzate le forme di collaborazione tra DNA e UIF per l'approfondimento delle casistiche che emergono dall'incrocio dei dati; *ii)* le informazioni contemplano le comunicazioni delle FIU estere.

La risposta ordinamentale rivela i nuovi tratti di una criminalità ontologicamente transnazionale e invisibile, che impone scelte strategiche improntate al *sospetto* con *norme funzionali* che cristallizzano la fattispecie a un livello di mero *pericolo*, disegnando schemi preventivi che si avvalgono della collaborazione doverosa di soggetti dotati di conoscenze in grado di agevolare l'accertamento di eventuali illeciti penali. Gli obblighi di collaborazione attiva contemplano infatti la creazione di preziosi *data-base* (si pensi all'Archivio Unico Informatico in materia antiriciclaggio), alimentati dalle informazioni raccolte in sede di adeguata verifica, e consentono di stimolare le indagini tramite atti pre-investigativi (le cc.dd. segnalazioni di operazioni sospette) che forniscono agli inquirenti spunti per le indagini ovvero elementi di approfondimento in grado di corroborare la *notitia criminis*.

La schiera degli obbligati è a sua volta sintomatica degli obiettivi perseguiti dal legislatore (europeo e, conseguentemente, nazionale), vale a dire la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo. Essa si nutre dell'apporto di diverse categorie (dagli intermediari bancari e finanziari ai professionisti, fino ai revisori legali, agli altri operatori non finanziari) ed è oggetto di una costante implementazione. Significativo, per esempio, che la Direttiva (UE) 2018/843, nota come V Direttiva europea antiriciclaggio, tra le principali novità abbia previsto la estensione degli obbligati alla figura dei *prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale*. L'aggiornamento recepisce quanto richiesto dagli standard GAFI per cui "*è considerata prestatore di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale anche* on-

line*, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale o in rappresentazioni digitali di valore, ivi comprese quelle convertibili in altre valute virtuali nonché i servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute*". È il segno impresso all'antiriciclaggio dalla nuova era Fintech.

L'evoluzione normativa ci ricorda che "più complessa diventa la società nelle sue articolazioni, più complessa tende a diventare la criminalità che ne riproduce le patologie"[13]. In questo processo si inscrive lo scheumorfismo valutario, inizialmente rappresentato dalla *moneta elettronica* e finalmente dagli *Altcoins*; strumento equivalente per anonimato alla banconota esso "non richiede che siano rese note le identità delle controparti né la causale di pagamento; ma, essendo digitale, ossia un puro numero, divisibile e moltiplicabile a piacere, consente trasferimenti per qualunque importo, dai micro-pagamenti di pochi centesimi al regolamento di traffici commerciali internazionali"[14]. Insomma, la tecnologia finanziaria complica il 'gioco', rendendo ancora più difficile la individuazione dell'effettivo titolare della transazione finanziaria, schermato dalla natura ubiqua delle monete virtuali. In tale contesto, il crimine può avvalersi dei servizi di *mixing* (noti anche come *cryptocurrency tumbler*) e sfruttare complesse tecniche di trasferimento della valuta virtuale che, utilizzando conti di rimbalzo (conti *bounce*) o collettori (conti *pool* o *pot*) in combinazione con la tecnologia *Blockchain* rendono quasi impossibile la ricostruzione dei passaggi intermedi [tra fase di ingresso (*gateway*) e uscita (*withdrawing*)], garantendone l'anonimato[15]. Non a caso, l'ultimo *report* dell'*Internet Cybercrime Centre* (EC3) di Europol[16] rivela il rapporto di proporzione diretta tra la capitalizzazione del mercato delle criptovalute e lo sviluppo del *cybercrime*, che si riflette di conseguenza sul riciclaggio digitale c.d. integrale.

---

[13] E. U. SAVONA, *Criminalità organizzata - concetti e definizioni*, consultabile in *open source* al seguente link: *www.jus.unitn.it/users/dinicola/criminologia/topics/materiale/dispensa_5_1.pdf*, p. 1

[14] M. AMATO, L. FANTACCI, *Per un pugno di* Bitcoin, Milano, 2016, p. 3.

[15] M. NADDEO, *Nuove frontiere del risparmio, Bit Coin Exchange e rischio penale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1-2019, pp. 99 ss.

[16] Il riferimento è all'*Internet Organized Crime Threat Assessment* (IOCTA) 2017, fruibile sul portale istituzionale *www.europol.europa.eu*. In argomento, L. STURZO, *Bitcoin e riciclaggio 2.0*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 5-2018, pp. 29 ss.; E. MESSINA, *Bitcoin e riciclaggio*, in B. QUATTROCIOCCHI (*a cura di*), *Norme, regole e prassi nell'economia dell'antiriciclaggio internazionale*, Torino, 2017, pp. 381 ss.

Nuovi orizzonti che possono implicare conversioni della *virtual currency* in valuta avente corso legale (e viceversa) per il tramite dello "scambiatore" professionale: ecco spiegato il coinvolgimento dell'*exchanger* tra i soggetti obbligati a fornire apporto in termini di collaborazione attiva in un'ottica volta a stabilizzare l'*enforcement* in materia antiriciclaggio.

La logica è sempre la stessa: sfruttare le conoscenze dell'obbligato e/o la sua prossimità alle condotte, alle operazioni o alle organizzazioni che possono essere fonte del rischio-reato per ottenere un *alert* che consenta di intercettare la fattispecie (in via preventiva) e contrastare il relativo fenomeno criminoso.

4. *Il contributo dell'I.A. (Intelligenza Artificiale)*

L'ultimo tassello è rappresentato dalla I.A. (Intelligenza Artificiale) che tratteggia i contorni di fenomenologie assolutamente nuove e, combinandosi con i moderni metodi di pagamento, consente di trasferire la partita nella realtà virtuale, dove gli strumenti di contrasto tradizionali si rivelano anacronistici e, spesso, inefficaci[17].

Oltre ai software di automatizzazione, è sempre più frequente il ricorso a sistemi informatici dotati di capacità di *decision making* che sarebbe riduttivo considerare semplicemente strumentali; in verità, il *robot* si interpone tra l'uomo e l'operazione illecita con significative implicazioni sul modello di imputazione criminale[18], oltre che sulle probabilità di riuscita del progetto criminoso. Trascurando in questo contesto il profilo di natura dogmatica, è possibile concentrare l'attenzione su quello empirico per segnalare che grazie all'Intelligenza Artificiale sembra completarsi il processo di de-individualizzazione della criminalità di tipo economico. L'utilizzo di quelle che alcuni ricercatori hanno definito "*entità razionali*" mettono ulteriore di-

[17] L. PICOTTI, *Quale diritto penale nella dimensione globale del cyberspace?* in R. WENIN, G. FORNASARI (*a cura di*), *Diritto penale e modernità*, Trento, 2017, pp. 309 ss.

[18] L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Cybercrime*, Milano, 2019, pp. 35 ss.; P. SEVERINO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020; R. BORSARI, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *Riv. di diritto dei media*, n. 3/2019, p. 265 e, volendo, M. NADDEO, M. E. CASTALDO, *Diritto penale e intelligenza artificiale. Categorie antiche di fronte a responsabilità e giudizi futuri*, in R. PESSI, P. MATERA, G. SIGILLÒ MASSARA (a cura di), *Diritto, lavoro, nuove tecnologie e Blockchain*, Roma, 2020, pp. 117 ss.

stanza tra l'uomo e il reato, oltre a rendere più difficile la scoperta del crimine e la sua riconducibilità all'autore. Grazie alle elevate capacità computazionali, algoritmi di ultima generazione metabolizzano un'incredibile mole di dati offerta loro in pasto dalle tecnologie di *cloud computing*. In questo modo la macchina elabora schemi comportamentali sempre più complessi che possono tradursi in operazioni dal grado di opacità-imprevedibilità molto elevato, fino a elaborare – per esempio con i cc.dd. *black box algorithms* – catene inestricabili idonee al riciclaggio di ingenti flussi di denaro di provenienza illecita.

È la raffigurazione plastica del crimine delle opportunità, dove alla crescita di mezzi corrisponde secondo una linea di proporzione diretta l'implementazione di *chance* per il crimine che di converso frena lo sviluppo collettivo.

5. *I limiti di un diritto penale del rischio*

La torsione per finalità illecite subita dagli strumenti tipici della tecnologia finanziaria si riflette sulla *politica criminale*, che sposta il proprio baricentro sugli avamposti dell'accesso al mercato (si pensi all'incriminazione e repressione dell'*abusivismo bancario e finanziario* in luogo delle condotte perpetrate nella gestione dei servizi di investimento del risparmio, che richiama l'illecito amministrativo dei *prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale* per l'esercizio abusivo *ex* art. 17-*bis*, comma 5, d.lgs. 141/2010) e alimenta fattispecie di pericolo o sistemi di delazione (*Whistleblowing*) che si nutrono del sospetto e, spesso, corrispondono a un approccio da diritto penale precauzionale.

In effetti, le violazioni degli obblighi antiriciclaggio punite dal caleidoscopico art. 55, d.lgs. 231/2007 e i meccanismi dell'anticorruzione seguono un orientamento *risk-based* coniugato all'arretramento della soglia di punibilità che gioca un ruolo predominante nella correlata esigenza di abbattere il rischio-reato attraverso lo stigma penale[19].

D'altra parte, la complessità dei reati in esame e la tipologia degli interessi coinvolti giustifica la proiezione funzionale di norme che intendono intercettare la mera esposizione a peri-

[19] Recentemente, A. R. CASTALDO, *Il diritto penale dell'economia si spersonalizza*, *Il Sole 24 Ore*, 24 agosto 2021, p. 22.

colo del bene tutelato, prima che le condotte illecite si traducano nell'inquinamento economico e commerciale con ulteriori e, forse, ancora più gravi effetti. È proprio la chiave prevenzionistica che può indurre ad abbandonare la tutela di beni giuridici determinati e favorire la più indulgente prospettiva basata sulla *ratio* di tutela, dove la 'pena' declina nella 'neutralizzazione di pericoli'[20] e offre gli indubbi vantaggi di un *diritto penale di lotta*. Eppure, sebbene *diritto di giustizia* e *lotta per il diritto* convivano tuttora nella modernità, rivelando spazi ancora ammissibili di un diritto di lotta, non si può cedere a un illegittimo "diritto penale del nemico"[21].

Se non adeguatamente contenuto, l'avanzare di un diritto penale fondato sulla cultura del sospetto rischia di travolgere regole e principi che lo orientano alla *giustizia*. In questo senso, un presidio indispensabile è quello della 'ragionevolezza' che consente di accettare la dilatazione dello spettro d'azione tipico della prevenzione e, dunque, una focale anticipata alla protezione primaria di beni-funzione (procedure, ordini, attività di controllo, ecc.), assicurando la determinatezza e la tassatività del precetto penale rispetto alle degradazioni tipiche della c.d. flessibilizzazione del tipo.

Tale deriva è bene rappresentata da chi precisa che «*i reati economici sono iscritti nel paradigma del diritto penale della globalizzazione. E ciò implica per sua natura un minor "garantismo", discendente dalla flessibilizzazione delle categorie e dalla relativizzazione dei principi cardine della legalità, colpevolezza e proporzionalità, favorendo così una tendenza espansiva del diritto penale*»[22].

Non è soltanto il problema della caratterizzazione etico-deontologica del giudizio a preoccupare, quanto la dequotazione del bene giuridico, inteso come nucleo valoriale che autorizza l'intervento penale in funzione garantistica per tutelarne la esposizione alle aggressioni tipiche dell'illecito di modalità di lesione. Svincolare la fattispecie da elementi descrittivi e modalità di aggressione che possano costituire coordinate precise per l'interprete significa sbilanciare il diritto penale sull'efficientismo, perdendo di vista il binomio offesa-bene giuridico che può

[20] In questo senso, M. PAWLIK, *Strafe oder Gafahrenbekämpfung?*, in *Fest. F.C. Schroeder*, Müller, Heidelberg, 2006, pp. 357 ss.
[21] Letteralmente, M. DONINI, *Commento*, in A. R. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco*, cit., p. XXVIII; in argomento, ID, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 2/2007, pp. 55 ss.
[22] M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2020, p. 7.

invece assicurare quella verifica epistemologica del tipo astrattamente positivizzato, soprattutto quando il bene giuridico pretende una tutela di natura preventiva ed è estremamente volatile come quello economico-finanziario[23].

I temi dell'anticorruzione e dell'antiriciclaggio calati nel contesto della "nuova finanza" segnano quindi il campo e i problemi da affrontare nel diritto penale dell'economia. Beni giuridici sovra-individuali meritano una tutela preventiva[24], ma partire dal bene-giuridico – anziché dalle *rationes* di tutela – è fondamentale per assicurare il controllo critico sull'incriminazione anche laddove la tutela penale assuma le sembianze della protezione di funzioni[25].

Le probabilità di successo di tale sistema, vale a dire la prevenzione e repressione dei reati mediante un'azione di monitoraggio e gestione del rischio, che possa avvalersi anche della segnalazione dell'*insider* privato, passerà – come anticipato – dall'adesione o meno dei consociati agli obblighi collaborativi in grado di assurgere ad opzione 'dominante' nell'ottica di *enforcement*. La strategia di fondo poggia sull'asimmetrico rapporto di forza con l'antagonista-destinatario e, dunque, deve tener conto di un triplice limite che ne subordina l'efficacia *i)* alla chiarezza delle regole, *ii)* agli investimenti necessari ad attuarle (es. redazione di modelli organizzativi e piani di prevenzione) e, soprattutto, *iii)* ai vantaggi conseguenti dalla loro corretta applicazione. A tal riguardo, la dottrina sottolinea chiaramente come "l'adempimento puntuale delle prescrizioni (…) va accompagnato e gestito secondo una scala crescente da meccanismi di qualificazione del *rating* e dello *standing* reputazionale, da forme di accesso privilegiato a procedure negoziali con la PA, fino all'ingresso di attenuanti specifiche e a cause di non punibilità"[26]. Della strategia prescelta sono queste premesse fondamentali; ove non osservate, tali premesse si traducono nei limiti del diritto penale del rischio, dove risultano già deformanti i canoni classici del diritto penale del fatto. Implementare la cultura preventiva pone in sofferenza principi

[23] Più diffusamente, M. NADDEO, *Il diritto penale dell'economia nell'era del Fintech*, in *Fintech: Law, Technology and Finance*, Bocconi Legal Papers, n. 16/2021, pp. 127 ss.
[24] Autorevolmente, C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, in Atti del convegno AREL, 19 marzo 1978, Milano, 1979. In argomento, C.E. PALIERO, *La riforma della tutela del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Corr. mer.*, 5-2006, pp. 615 ss.
[25] M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2013, pp. 9 ss.
[26] A. R. CASTALDO, *Il diritto penale dell'economia si spersonalizza*, cit., p. 22.

fondamentali del diritto penale, inducendo alla normativizzazione integrale delle fattispecie che smarriscono i tratti dell'illiceità del loro costrutto positivo e naturale con una potenziale iper-proliferazione della cifra illegale.

La conseguenza è quella di confondere la prevenzione, intesa come contenimento del rischio-reato, con la estensione del rischio penale (formale e neppure reale) producendo effetti collaterali particolarmente importanti, poiché "se questo tipo di legislazione ha un senso è perché neutralizza pericoli. Se non li neutralizza, ci rimane solo l'attentato ai diritti di segretezza, di fedeltà professionale, l'avanzare della cultura del sospetto, l'espansione di obblighi di denuncia e delazione etc."[27].

Abstract

Il contributo esamina i fenomeni della corruzione e del riciclaggio, tracciando il rapporto di 'continuità' in cui gli stessi si pongono. L'analisi tiene conto della metamorfosi che ha caratterizzato i moderni *criminal networks* e la relativa operatività nella società moderna. L'*output* di fase consente di apprezzare le convergenze tra i modelli di prevenzione a confronto (anticorruzione e antiriciclaggio), oltre alla necessità di recuperare il disallineamento informativo che caratterizza l'asimmetria Stato-crimine.

Abstract

The contribution analyzes the crimes of corruption and money laundering, tracing the relationship of 'continuity' in which they arise. The analysis considers the metamorphosis that has characterized modern criminal networks and the relative operations in modern society. The output makes it possible to appreciate the convergences between the prevention models compared (anti-corruption and anti-money laundering), as well as the need to reduce the state-crime information asymmetry.

Roma, settembre 2021.

[27] M. DONINI, *Commento*, in A. R. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco*, cit., p. XXVIII.

SARA SPUNTARELLI*

La dichiarazione dello stato di emergenza in Italia: presupposti e limiti **

Sommario: 1. Emergenza e amministrazione dell'emergenza in Italia. - 2. Costituzione italiana e stato di emergenza sanitaria. - 3. La durata dello stato di emergenza e la proroga oltre il limite previsto dalla legge.

1. Emergenza e amministrazione dell'emergenza in Italia

L'ordinamento italiano disciplina la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale con riferimento alla gestione delle conseguenze determinate da eventi calamitosi che per la loro intensità devono essere fronteggiati con poteri straordinari.

Simile declinazione del concetto di emergenza si affermò in Italia definitivamente con la legislazione dei primi anni Settanta del '900 dedicata a determinate calamità naturali, quali i terremoti del Friuli e dell'Irpinia, poi raccolta nella legge che istituì il Servizio nazionale di Protezione civile (l. 24 febbraio 1992, n. 225).

Non a caso si tratta di un atto di natura amministrativa, disciplinato oggi nel Codice della Protezione civile (art. 24, d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1[1]), correlato a un impianto normativo caratterizzato dalla possibilità di adottare ordinanze *extra ordinem,* in deroga alle disposizioni di legge vigenti.

In particolare, la disposizione stabilisce che al verificarsi di emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo

* *Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino.*
** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*
1 Il Codice della Protezione civile, emanato sulla base della legge 16 marzo 2017, n. 30, rinnova nel suo complesso una normativa che aveva il suo asse principale nella legge n. 225/1992, oggetto nei decenni di innumerevoli modifiche e prassi interpretative problematiche e che viene per effetto del Codice espressamente abrogata.

che in ragione della loro intensità debbono essere fronteggiati con poteri straordinari, il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, delibera lo stato di emergenza.

La disciplina della gestione delle emergenze è pensata storicamente in relazione a calamità come terremoti, alluvioni, frane, esondazioni, caratterizzate dalla delimitazione temporale e spaziale. La gestione dell'emergenza comprende il soccorso e l'assistenza delle popolazioni colpite e la riduzione dell'impatto degli eventi e si traduce in azioni di studio e ricerca e in operazioni materiali varie e delicate quali, ad esempio, puntellamento di edifici pericolanti, demolizioni, rimozione di macerie, sistemazione di tende per il ricovero immediato dei colpiti, realizzazione di moduli abitativi provvisori.

La nozione di amministrazione dell'emergenza è affiorata negli studi più recenti del diritto amministrativo dando vita a un fecondo dibattito dottrinale che unitamente all'interpretazione giurisprudenziale ha determinato la corretta delimitazione della nozione di emergenza e ha orientato il legislatore nell'adeguamento della disciplina[2].

Lo stato di emergenza aveva finito, infatti, per essere dichiarato anche per l'organizzazione di eventi largamente prevedibili, distorcendo in modo evidente il valore dell'intervento in emergenza[3]. Tale esito era stato agevolato dalla introduzione di una disposizione legislativa che inseriva i grandi eventi tra quelli che per intensità ed estensione giustificano l'utilizzo dei poteri straordinari dello stato di emergenza, similmente a quanto avviene in caso di calamità e catastrofi[4].

A ciò si aggiungano le dichiarazioni dello stato di emergenza in relazione a casi di cattiva gestione degli interessi pubblici, in cui l'emergenza è causata dall'incapacità delle

[2] Contributo determinante è stato offerto da un Convegno organizzato a Roma nel 2005 dall'Associazione nazionale dei professori di diritto amministrativo, i cui atti sono pubblicati in *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Aipda, Annuario 2005, Milano, Giuffrè, 2006; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 377 ss.; F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VI, 2013, 44 ss. In seguito, dibattito dottrinale molto fecondo in grado di condizionare anche il legislatore: d.l. n. 59/2012 convertito con modificazioni in l. n. 100/2012 che ha modificato in modo significativo la disciplina generale della protezione civile.

[3] A. ROCCELLA, *La gestione amministrativa di un grande evento: regole e deroghe*, in *Amministrare*, 2016, 23 ss.

[4] Si tratta dell'art. 5-*bis*, comma 5, d.l. n. 343/2001 (convertito in l. n. 401/2001), a norma del quale: «Le disposizioni di cui all'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, si applicano anche con riferimento alla dichiarazione dei grandi eventi rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile e diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza», comma poi abrogato dall'articolo 40 *bis*, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

pubbliche amministrazioni a risolvere ordinari problemi amministrativi quali la gestione dei rifiuti o persino del traffico.

A fronte di situazioni di distorta gestione degli interessi pubblici, la giurisprudenza ha avuto occasione di indicare i presupposti in ragione dei quali la dichiarazione dello stato di emergenza è giustificata da un fatto costitutivo che da ordinario trasmoda in situazione emergenziale. Si tratta, in primo luogo, delle condizioni oggettive di pericolosità: lo stato di emergenza può essere dichiarato anche in caso di malagestione degli interessi pubblici solo quando quest'ultima inveri una condizione di calamità[5].

Altro presupposto per l'utilizzo dei poteri straordinari è quello della provvisorietà, in quanto l'uso di quei poteri è strettamente collegato alla durata degli effetti di pericolosità che derivano dalla situazione di calamità[6].

In tal modo è apparso un punto fermo il rifiuto del protrarsi dell'emergenza: cessata la calamità non è possibile collegare poteri straordinari all'incapacità di amministrare.

Altro punto fermo raggiunto dall'elaborazione di dottrina e giurisprudenza è la delimitazione dello statuto delle ordinanze *extra ordinem*, specialmente con riferimento all'equilibrio tra rispetto del principio di legalità e contenuto indeterminato del potere derogatorio della legislazione vigente[7]. Per tale via la Corte costituzionale e la giurisprudenza

[5] Tar Calabria, 10 aprile 2012, n. 358; Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2011, n. 654: «La deliberazione dello stato di emergenza ai sensi dell'art. 5 l. n. 225 del 1992 esprime l'esercizio di un'amplissima potestà discrezionale il cui limite sta nell'effettiva esistenza di una situazione di fatto da cui derivi, o possa derivare, un pericolo all'integrità delle persone, o ai beni o agli insediamenti e all'ambiente, oltre nella sua ragionevolezza e nell'impossibilità di poter altrimenti fronteggiare la situazione; in altri termini, il fatto che non si tratti di situazione nuova ed imprevedibile non è di per sé d'ostacolo al ricorso a detto potere, poiché ciò che rileva è la circostanza, estrinseca, che il pericolo sia correlato ad una situazione preesistente ovvero ad un evento nuovo ed imprevedibile, ma la sussistenza della necessità e dell'urgenza attuale di intervenire a difesa degli interessi da tutelare, a prescindere sia dalla prevedibilità sia dalla stessa imputabilità all'amministrazione o a terzi della situazione di pericolo che il provvedimento è rivolto a rimuovere: si deve, dunque, aver essenziale riguardo all'oggettiva ricorrenza di una situazione di pericolo non fronteggiabile adeguatamente e tempestivamente con le misure ordinarie» (fattispecie relativa al pericolo derivante dal moto ondoso provocato dalle imbarcazioni a motore per la staticità degli edifici del centro storico della città di Venezia); cfr. A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza: contributo allo studio del potere* extra ordinem *del governo*, Torino, Giappichelli, 2011, *passim*.

[6] Cons. St., sez. IV, 26 settembre 2013 n. 4817: «Nelle situazioni conseguenti a calamità naturali, catastrofi o altri eventi l'art. 5 l. 24 febbraio 1992 n. 225 attribuisce al governo il potere di dichiarare con ordinanza lo stato di emergenza, ma condizione per il legittimo esercizio del potere di ordinanza è la sussistenza di una situazione di emergenza, caratterizzata da tre elementi: l'imprevedibilità, la provvisorietà, l'impossibilità di farvi fronte con strumenti ordinari».

[7] G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza (dir, cost. e amm.)*, in *Noviss. Dig.*, XII, 1965, 91 ss.; ID., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla*

amministrativa hanno progressivamente individuato limiti all'esercizio di tale potere straordinario mediante ordinanze 'libere'[8], con riferimento ai principi generali dell'ordinamento giuridico, alla riserva di legge, all'adeguatezza territoriale e temporale, alla motivazione, alla proporzionalità e ragionevolezza e con la chiara indicazione del limite rappresentato dalle libertà costituzionali[9].

Lo statuto delle ordinanze in parola è stato completato a livello legislativo con la previsione di obblighi di pubblicità degli interventi straordinari e di emergenza che comportino deroghe alla legislazione vigente, con la indicazione espressa delle norme di legge derogate e dei motivi della deroga, dei termini temporali fissati per l'esercizio dei poteri di adozione dei provvedimenti straordinari oltre che del costo previsto per gli interventi[10].

Questo impianto è stato utilizzato nelle esperienze di catastrofi naturali avvenute nel Paese sino alla più recente causata dalla sequenza sismica che ha colpito il centro Italia a partire dal 2016[11].

Proprio in ragione della natura degli eventi calamitosi si pone l'esigenza successiva della ricostruzione che in numerose occasioni viene affidata a Commissari straordinari nominati dal Governo[12]. In numerose circostanze si è ugualmente assistito alla proliferazione dello strumento del commissariamento di amministrazioni per sbloccare procedure amministrative cui si imputava la causa di rallentamenti. In questi casi i commissari di nomina governativa si

luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, 1995, 2189 ss.; Cons. St., sez. IV, 11 dicembre 2013, n. 5973; Cons. St., sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6464: «Le situazioni di emergenza prese in considerazione dall'art. 5 l. n. 225 del 1992 consentono l'esercizio di poteri derogatori della normativa primaria solo a condizione che si tratti di deroghe temporalmente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti, e sempre che tali poteri siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio, non potendo in particolare il loro impiego realizzarsi senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione».

[8] Questa denominazione è preferita a quella di ordinanze *extra ordinem* da G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 ss.

[9] Cons. St., sez. IV, 11 dicembre 2013, n. 5973: «La dichiarazione dello stato di emergenza per calamità è condizione necessaria ma non sufficiente per legittimare l'esclusione della procedura di Via, essendo altresì richiesta la presenza di una situazione di emergenza particolarmente urgente nonché la presenza di una situazione di pericolo immediato non altrimenti eliminabile».

[10] Art. 42, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

[11] S. SPUNTARELLI, *Normatività ed efficienza del sistema delle ordinanze adottate in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visso*, in *costituzionalismo.it,* 2017.

[12] Sulla distinzione tra funzione di amministrazione dell'emergenza e funzione di gestione della ricostruzione rinvio a S. SPUNTARELLI, *Funzione di gestione della ricostruzione e vigilanza collaborativa nei Protocolli post sequenza sismica dell'Italia centrale tra regime speciale e regime ordinario*, in F. Mercogliano, S. Spuntarelli (a cura di), *Anticorruzione, trasparenza e ricostruzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 79 ss.

sostituiscono o affiancano alle pubbliche amministrazioni ordinarie con poteri straordinari e margini di libertà di cui le amministrazioni ordinarie non godono[13].

L'impianto normativo progressivamente affinatosi fino all'emanazione del Codice di Protezione civile risponde alla funzione di emergenza che appare complementare alle competenze e ai poteri ordinari quando fatti imprevisti o condizioni di grave incertezza obbligano l'amministrazione ad agire per preservare i beni giuridici essenziali di un ordinamento. In questo senso, il superamento dell'emergenza consiste nell'attuazione delle misure rivolte a rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita e di lavoro.

Lo stato di emergenza è, dunque, un complesso di istituti previsti dall'ordinamento che viene dichiarato proprio perché si vuole proteggere e conservare l'ordinamento stesso e i valori sui quali si fonda. In tal modo, lo stato di emergenza rappresenta un punto di consolidamento della legalità costituzionale.

2. Costituzione italiana e stato di emergenza sanitaria

A differenza di quanto accade in altri Paesi[14], la Costituzione italiana non reca una disposizione espressa sullo stato di emergenza, ma reca la previsione di carattere generale della possibilità per il Governo di ricorrere alla decretazione d'urgenza nei casi straordinari di necessità e urgenza (art. 77 Cost.).

I decreti-legge costituiscono, infatti, un esercizio provvisorio del potere legislativo dettato dall'urgenza del provvedere e sottoposto alla verifica successiva e con effetti retroattivi da parte del Parlamento, organo costituzionalmente deputato all'esercizio in via ordinaria del potere di porre la legislazione.

---

[13] Da ultimo anche il Commissario straordinario per la ricostruzione post sisma del Centro Italia è stato dotato del potere di derogare alle leggi vigenti mediante ordinanze. In tal modo è caduta la distinzione tra ordinanze di Protezione civile e ordinanze del Commissario straordinario alla ricostruzione che nell'impianto del d.l. 189/2016 erano prive del potere derogatorio. Per tali aspetti sia consentito rinviare a S. SPUNTARELLI, *Le ordinanze "speciali" del Commissario straordinario per la ricostruzione del Centro Italia,* in *Queste Istituzioni*, n. 2/2021, 35 ss.

[14] Per la Costituzione spagnola si v.: V. ÁLVAREZ GARCÍA, *Las reacciones del derecho ante las situaciones de crisis*, in *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, 2021, 96 ss.; cfr. la legge costituzionale 110/1998 nella Repubblica Ceca: A. ANGELI, *Lo stato di emergenza nella Repubblica ceca e l'introduzione di misure straordinarie per contrastare la diffusione della pandemia da Coronavirus*, in *DPCE online*, 2020/2; sul sistema normativo francese a fronte dell'emergenza sanitaria si v.: D. PAMELIN, *La Francia e il Covid-19: la creazione del nuovo stato d'urgenza sanitaria*, in *AIC*, 2020, 308 ss.

Una disposizione espressa è prevista nella Carta fondamentale, in relazione alla dichiarazione dello stato di guerra che deve essere deliberato dalle Camere con il conferimento al Governo dei poteri necessari (art. 78)[15].

Nonostante i numerosi riferimenti mediatici alla situazione pandemica equiparata a uno stato di guerra, si ritiene del tutto prevalentemente in dottrina che non possa in alcun modo essere questa la disposizione di riferimento delle misure e del contesto attuali[16].

Un primo interrogativo da sciogliere è come mai la dichiarazione dello stato di emergenza sia necessaria a fronte del fatto che il Governo può disporre per norma costituzionale di atti di decretazione d'urgenza.

La prima risposta plausibile è che la dichiarazione dello stato di emergenza delinea un sistema, laddove i decreti-legge, sebbene caratterizzati sempre più e problematicamente da contenuti eterogenei, sono atti puntuali non in grado di costituire la cornice di contesto.

Il Codice di Protezione civile (combinato disposto degli artt. 7, 24 e 25) delinea uno stato di emergenza ove la parola 'stato' indica una situazione complessiva in cui il tal ordinamento (locale, regionale o nazionale) viene a trovarsi, caratterizzato innanzi tutto dalla impossibilità degli organi deputati ordinariamente al mantenimento e perseguimento delle funzioni di pubblico interesse di fronteggiare emergenze connesse con eventi calamitosi.

Vi è, sempre, un elemento estremamente importante che accompagna la dichiarazione dello stato di emergenza costituito dallo stanziamento delle risorse di natura finanziaria da destinare agli interventi urgenti e da attingere nel Fondo destinato alle emergenze nazionali che può essere progressivamente incrementato nel corso della durata dello stato di emergenza (art. 24, comma 2).

Peraltro, le deliberazioni dello stato di emergenza di rilievo nazionale non sono soggette al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti (art. 24, comma 5)[17].

---

15 G. FERRARI, *Stato di guerra (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, 1970, vol. XIX, 816 ss.

16 In questo senso v. le valutazioni di M. LUCIANI*, Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta on line*, 2020, 23.

17 In precedenza Cons. St., sez. II, 6 luglio 2005: «Ai sensi dell'art. 5, 1° comma, l. 24 febbraio 1992 n. 225, la dichiarazione dello stato di emergenza nel settore dello smaltimento rifiuti è di competenza del consiglio dei ministri ed è sottoscritta dal presidente del consiglio dei ministri in quanto presidente dell'organo collegiale; pertanto tale decreto non è soggetto al controllo preventivo di legittimità della corte dei conti previsto dall'art. 3, 1o comma, lett. a) l. 14 gennaio 1994 n. 20».

Appare dunque evidente che la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale delinea la cornice di riferimento di un nuovo temporaneo assetto dei poteri.

La straordinarietà della dichiarazione dello stato di emergenza è dunque diversa dalla straordinarietà del decreto-legge innanzi tutto con riferimento all'essere la prima una cornice di durata che, sebbene limitata, tuttavia è estesa su un arco temporale che giunge a coprire una pluralità di anni. La straordinarietà del decreto-legge è viceversa puntuale, e lo dovrebbe essere anche in ragione del requisito della omogeneità dei temi di disciplina, quanto repentina poiché sottoposta a conversione in legge ordinaria nel termine breve di sessanta giorni.

La dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale appare declinata dal legislatore nel senso della aspirazione al rigoroso rispetto di requisiti di legalità procedimentale e sostanziale. In quanto atto amministrativo è sottoposto al sindacato di legittimità del giudice amministrativo. Tale sindacato rappresenta una garanzia per i cittadini quanto più si connoti come stretto e rigoroso scrutinio di legittimità.

Si tratta di un atto amministrativo che il Consiglio dei ministri nella sua collegialità adotta su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l'intesa, con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi (art. 24).

La deliberazione, secondo l'interpretazione giurisprudenziale, è connotata da amplissima discrezionalità, con il limite dell'esistenza di una situazione di fatto effettivamente o potenzialmente pericolosa e non altrimenti efficacemente fronteggiabile[18].

La dichiarazione dello stato di emergenza nazionale può, infatti, essere adottata solo in presenza dei requisiti previsti dal Codice di Protezione civile: eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza di intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare per limitati e definiti periodi di tempo (art. 7, lett. c)[19].

[18] Cons. St., sez. IV, 21 novembre 2013, n. 5528 che prosegue: «e quindi anche se non si tratti di situazione del tutto nuova e/o imprevedibile, essendo sufficiente la sussistenza della necessità e dell'urgenza attuale d'intervenire a difesa degli interessi da tutelare, a prescindere sia dalla prevedibilità che dalla stessa imputabilità all'amministrazione o a terzi della situazione di pericolo che il provvedimento è rivolto a rimuovere»; di amplissima discrezionalità parlano anche Id., 6 dicembre 2011 n. 6414 e Id., 19 aprile 2000, n. 2361.

[19] Cons. St., sez. V, 25 luglio 2006, n. 4633: «La dichiarazione dello stato di emergenza ambientale *ex* art. 5 l. 24 febbraio 1992 n. 225, istitutiva del servizio della protezione civile, presuppone l'accertamento in sede governativa di "eventi che per intensità ed estensione debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari"».

Inoltre, il Codice di Protezione civile prevede che l'accertamento dei presupposti deve avvenire «sulla base dei dati e delle informazioni disponibili» (art. 24, comma 1). Ciò implica che il sindacato di ragionevolezza del giudice amministrativo si appunta sulla corrispondenza delle scelte agli elementi di fatto accertati.

Il procedimento di adozione della dichiarazione dello stato di emergenza è ancorato al ricorrere di presupposti di fatto che ne determinano e sorreggono la legittimità.

Non a caso il comma 7 dell'art. 24 del Codice di Protezione civile impone che con specifica direttiva siano adottate le procedure istruttorie propedeutiche all'adozione della deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale e i relativi adempimenti di competenza dei Presidenti delle Regioni e Province autonome e del Capo del Dipartimento della protezione civile. Per il momento fino alla pubblicazione della nuova direttiva in materia resta in vigore quella emanata in attuazione della legge n. 225/1992 precedente al Codice di protezione civile e sostanzialmente in esso trasposta[20].

In tale direttiva non a caso si indica espressamente che lo stato di emergenza viene dichiarato quando una determinata situazione richieda l'adozione di misure che trascendano le capacità operative e finanziarie degli enti competenti in via ordinaria, anche avuto riguardo alla cronicità del problema portato all'attenzione governativa e alla persistenza di criticità che non siano state risolte nell'immediatezza e la cui straordinarietà si è andata apprezzando in una fase successiva.

Il 31 gennaio 2020 con Delibera del Consiglio dei ministri è stato dichiarato lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili[21].

La ragionevolezza della delibera può essere apprezzata con riferimento alla parte motiva contenuta nella premessa.

[20] Ai sensi dell'art. 15, comma 5, Codice di Protezione civile, la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 26 ottobre 2012 concernente gli indirizzi per lo svolgimento delle attività propedeutiche alle deliberazioni del Consiglio dei ministri e per la predisposizione delle ordinanze di cui all'art. 5, l. 24 febbraio 1992, n. 225 e successive modificazioni e integrazioni, resta in vigore fino alla pubblicazione della nuova direttiva in materia.
[21] Pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, 1 febbraio 2020, n. 26.

In primo luogo, la delibera è sorretta dalla dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus dell'Organizzazione mondiale della sanità datata 30 gennaio 2020 e dalle raccomandazioni della stessa organizzazione alla comunità internazionale circa la necessità di applicare misure adeguate.

In secondo luogo, la motivazione fa riferimento al contesto di rischio sanitario connesso ad agenti virali trasmissibili che impone l'assunzione tempestiva di iniziative di carattere straordinario e urgente per fronteggiare adeguatamente la situazione a tutela della pubblica e privata incolumità.

La delibera poi, in attuazione del Codice di Protezione civile, prevede che per l'attuazione degli interventi si provvede con ordinanze emanate dal Capo del Dipartimento della Protezione civile in deroga a ogni disposizione di legge vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

È proprio con riferimento agli atti conseguenziali alla dichiarazione dello stato di emergenza che si sono osservate in Italia alcune anomalie determinate dal ricorso non solo alle ordinanze *extra ordinem* ma anche e, in via preponderante, a Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM) in attuazione di decreti-legge.

Si è avuta, in tal modo, una sovrapposizione tra diversi modi di produzione del diritto emergenziale, con la creazione di due catene normative originate l'una dalla legislazione sulla protezione civile, l'altra dalla decretazione d'urgenza.

A tali atti emergenziali si sono, inoltre, aggiunte ordinanze del Ministero della Salute, ordinanze regionali e ordinanze sindacali (tutte ai sensi dell'art. 32, l. 23 dicembre 1978, n. 833, di Istituzione del Servizio sanitario nazionale) con efficacia territoriale differente.

La questione estremamente delicata che ha posto la catena normativa decreti legge - DPCM, è rappresentata dalla sospensione di diritti e libertà costituzionalmente garantiti.

Si tratta di due profili diversi che costituiscono oggetto di distinte indagini. Da un lato, la legittimità della dichiarazione dello stato di emergenza e, dall'altro, la legittimità delle misure adottate in costanza di stato di emergenza[22], anche in ragione delle modalità di esercizio non potendo il loro impiego realizzarsi senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra

[22] Cons. St., sez. II, 6 luglio 2005, n. 4297: «La l. 24 febbraio 1992 n. 225 distingue nettamente tra la dichiarazione dello stato di emergenza e i provvedimenti conseguenti alla dichiarazione, cosicché dall'eventuale illegittimità di questi ultimi provvedimenti non può dedursi l'illegittimità della dichiarazione stessa».

lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione[23]. Peraltro, lo stesso sindacato giurisdizionale deve essere invece rigoroso e attento nel verificare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di ordinanza, e quindi la sussistenza delle ragioni di urgenza e l'evidenza della connessione tra disposizioni adottate e dichiarazione dello stato di emergenza[24].

Non è mai accaduto che in costanza di uno stato di emergenza si sia giunti a sospendere libertà costituzionalmente garantite e, anzi, un limite delle ordinanze *extra ordinem* è stato tradizionalmente indicato dalla giurisprudenza sia costituzionale che amministrativa proprio nel rispetto della riserva di legge e dei principi generali dell'ordinamento giuridico[25].

Occorre registrare fino a questo momento una certa prudenza del giudice costituzionale ed amministrativo in riferimento alla protezione delle libertà a fronte dell'emergenza sanitaria[26].

3. La durata dello stato di emergenza e la proroga oltre il limite previsto dalla legge

Altro aspetto di estremo rilievo per la valutazione della legittimità dello stato di emergenza è la sua durata.

Il Codice di Protezione civile stabilisce che dello stato di emergenza deve essere determinata l'estensione territoriale e fissata la durata con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi. In particolare, per espressa previsione legislativa la durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i dodici mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori dodici mesi (art. 24, comma 3).

[23] In questi termini Cons. St., sez. IV, 8 novembre 2011, n. 5903.

[24] Cons. St., sez. IV, 8 novembre 2011, n. 5903; Id., 28 ottobre 2011 n. 5799: «In tema di potere di ordinanza ex art. 5 l. 225/92, il sindacato giurisdizionale - limitato in relazione al modo in cui in concreto il potere è stato esercitato - deve essere, invece, rigoroso e attento nel verificare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere stesso e, quindi, la sussistenza delle ragioni di urgenza e l'evidenza della connessione tra disposizioni adottate e dichiarazione dello stato di emergenza, oltre a verificare, il rispetto dei limiti temporali e territoriali indicati nella dichiarazione stessa».

[25] Cons. St., sez. II, 15 dicembre 2004: «Spetta al consiglio dei ministri la dichiarazione dello stato di emergenza che legittima l'adozione di ordinanze *extra ordinem* con le quali, in deroga alle disposizioni vigenti ma nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, sono impartite le direttive necessarie ai sensi dell'art. 5, 2° comma, l. 24 febbraio 1992 n. 225».

[26] Cfr. Corte cost., 23 settembre 2021, n. 198, in merito ai limiti della sequenza decreto legge – DPCM.

L'eventuale revoca anticipata dello stato d'emergenza di rilievo nazionale è deliberata nel rispetto della procedura dettata per la delibera dello stato d'emergenza (art. 24, comma 4).

Nulla dispone, invece, il Codice con riferimento a una eventuale proroga dello stato di emergenza oltre i termini previsti dal legislatore. Di modo che appare interessante chiedersi se sia possibile prorogare lo stato di emergenza oltre i limiti previsti dal Codice di Protezione civile e con quale strumento.

Poiché il Codice di Protezione civile è stato adottato con decreto legislativo appare evidente che la proroga della deliberazione dello stato di emergenza oltre il termine di due anni non possa avvenire con atto amministrativo, al pari cioè di quanto avviene per la deliberazione dello stato di emergenza, poiché un atto amministrativo (se non nel caso di autorizzazione per legge come avviene ad esempio nella delegificazione) non può porsi in contrasto con un atto legislativo di rango primario.

Discorso diverso è evidentemente quello della proroga dello stato di emergenza con atto amministrativo all'interno dei due anni consentiti dal Codice di Protezione civile[27], sebbene con posizione non pienamente condivisibile la giurisprudenza amministrativa affermi che la valutazione circa la permanenza di una situazione di emergenza già precedentemente accertata richiede uno sforzo istruttorio e motivazionale minore, potendo il nuovo provvedimento beneficiare dell'attività istruttoria già precedentemente compiuta dall'Amministrazione[28]. Se è vero che lo stato di emergenza può apparire giustificato dalla situazione di pericolo non altrimenti fronteggiabile, è altresì vero che proprio per la natura dei poteri straordinari che esso comporta ogni sua eventuale proroga deve essere attentamente ponderata, tanto più se essa pretenda di spingersi oltre il limite temporale previsto dal legislatore.

[27] Per una fattispecie di ritenuta legittimità della proroga dello stato di emergenza mediante atto amministrativo, nella specie un DPCM si v. Cons. St., sez. IV, 21 novembre 2013, n. 5528; cfr. Cons. St., sez. II, 6 luglio 2005, n. 4297, che ritiene legittima la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania motivata dalla necessità di condurre a termine gli interventi posti in atto, atteso che la produzione di rifiuti non rappresenta un fenomeno temporalmente limitato, avendo carattere di continuità suscettibile di notevoli incrementi quantitativi, senza potersi in astratto escludere che i problemi dello smaltimento continuino ad essere connotati da una rilevanza tale da giustificare la detta proroga, rispondendo altresì la fissazione di un limite temporale all'esigenza di verificare ad una data precisa il reale permanere dello stato di emergenza medesimo avuto riguardo agli interventi assunti per equilibrare il rapporto tra produzione dei rifiuti stessi ed impianti di smaltimento.

[28] Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2011, n. 654; Cons. St., sez. IV, 21 novembre 2013, n. 5528.

Ciò è tanto più vero se si ammette che la proroga dello stato di emergenza oltre il limite previsto dal Codice di Protezione civile possa avvenire mediante atto legislativo.

Sotto questo profilo vi sono almeno cinque elementi da valutare.

Il primo è di ordine fattuale. Il legislatore ha derogato più volte alla previsione di rango legislativo sul limite alla proroga dello stato di emergenza. È accaduto con riferimento allo stato di emergenza correlato agli eventi verificatisi il 14 agosto 2018 nel territorio del Comune di Genova a causa del crollo di un tratto del viadotto Polcevera, noto come Ponte Morandi[29].

In senso analogo, con riferimento agli eventi sismici del Centro Italia del 2016 lo stato di emergenza è stato più volte prorogato in deroga al limite previsto dal Codice di Protezione civile ed è tuttora vigente[30].

Infine, in considerazione del rischio sanitario connesso al protrarsi della diffusione degli agenti virali da COVID-19, lo stato di emergenza dichiarato con deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 è stato ulteriormente prorogato fino al 31 marzo 2022 dall'art. 1, d.l. 24 dicembre 2021, n. 221[31].

[29] L'art. 15, comma 1, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni dalla l. 28 febbraio 2020, n. 8, in riferimento allo stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 15 agosto 2018, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 189 del 16 agosto 2018, e prorogato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 luglio 2019, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 183 del 6 agosto 2019, ha autorizzato la proroga fino ad una durata complessiva di tre anni secondo le modalità previste dall'art. 24 Codice di Protezione civile, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, previa informativa semestrale al Dipartimento della protezione civile da parte del Commissario delegato sullo stato di avanzamento e sul programma di interventi da concludere e relativi tempi, nonché dimostrazione della disponibilità di risorse sulla contabilità speciale a lui intestata per far fronte alle connesse attività.

[30] Lo stato di emergenza nelle regioni Abruzzo, Lazio, Marche e Umbria è stato originariamente dichiarato con Delibera del Consiglio dei ministri del 25 agosto 2016, attualmente prorogato fino al 31 dicembre 2021 con d.l. 14 agosto 2020, n. 104 (art. 57, comma 1) convertito con modificazioni dalla l 13 ottobre 2020, n. 126 e da ultimo la legge di bilancio prevede la proroga a tutto il 2022.

[31] Alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 sono seguite le delibere del 29 luglio 2020, del 7 ottobre 2020, del 13 gennaio 2021 e del 21 aprile 2021, lo stato di emergenza era stato poi prorogato con l'art. 1, comma 1, d.l. 23 luglio 2021, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla l. 16 settembre 2021, n. 126. L'ultimo decreto-legge n. 221/2021 (citato nel testo) nelle premesse indica la persistenza della situazione emergenziale legata all'attuale contesto di rischio che impone la prosecuzione delle iniziative di carattere straordinario e urgente intraprese al fine di fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività nonché la straordinaria necessità e urgenza di integrare le vigenti misure di contenimento della diffusione del virus in occasione delle prossime festività, adottando adeguate e immediate misure di prevenzione e contrasto all'aggravamento dell'emergenza epidemiologica.

La disposizione contiene anche l'indicazione al Capo del Dipartimento di Protezione civile e al Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19[32], di adottare ordinanze finalizzate alla programmazione della prosecuzione in via ordinaria delle attività necessarie al contrasto e al contenimento del fenomeno epidemiologico da COVID-19, prefigurando la scadenza dello stato di emergenza.

Il secondo elemento è di ordine solo apparentemente formale ed attiene alla questione della possibilità per il legislatore attuale di vincolare il legislatore futuro operante sul medesimo livello della gerarchia delle fonti. In genere, infatti, la proroga dello stato di emergenza avviene con decreto-legge sottoposto a conversione in legge ad opera del Parlamento. Se in termini generali non sembra potersi concludere per una vincolatività in senso stretto al legislatore futuro, anche alla luce delle numerose elusioni o deroghe, occorre altresì chiedersi come mai tale limite esista se alla fine la possibilità di deroga deve ritenersi ancorata al persistere della situazione emergenziale.

Il terzo elemento attiene, dunque, a una considerazione sulla natura del potere del Governo di reiterare il potere emergenziale. È evidente che il potere attribuito al Governo di dichiarare lo stato di emergenza non si estingue per decorrenza del termine, ma perdura fino a quando sussiste la situazione di emergenza[33]. Tuttavia, sotto tale profilo il provvedimento di reiterazione oltre i termini di legge appare come un nuovo atto dichiarativo dello stato di emergenza che pretenderebbe adeguata istruttoria e motivazione addirittura rafforzata. Se è vero che gli atti di rango legislativo non presentano obbligatoriamente una motivazione è però vero che il decreto-legge convertito dovrebbe limitarsi ad autorizzare l'adozione di un nuovo atto amministrativo di dichiarazione dello stato di emergenza.

Questo argomento introduce e sostiene un quarto elemento che attiene alla opportunità di tenere in considerazione la possibile doverosa valutazione, di ordine non politico ma giuridico, riguardo alla necessità di valutare in sede di proroga se la durata dello stato di emergenza non sia connessa anche a una cattiva o inefficiente gestione dello stato emergenziale trascorso, tanto più quanto la durata appaia sproporzionata rispetto alla pericolosità

[32] Art. 122, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27.
[33] In termini Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2011, n. 654.

degli eventi sottesi e non rischi di rappresentare esclusivamente la copertura finanziaria del post emergenza nonché l'incapacità di tornare all'ordinarietà.

L'ultimo elemento, infine, è specificamente rivolto all'utilizzo reiterato dei decreti-legge in situazione di stato di emergenza. La reiterata emanazione di decreti-legge in situazione di proroga dello stato di emergenza potrebbe integrare una violazione proprio del requisito della straordinarietà imposto dall'art. 77 della Costituzione: dopo due anni di situazione di stato di emergenza appare necessario recuperare la centralità del Parlamento[34].

Solo a queste condizioni è possibile parlare di stato di emergenza e non di stato di eccezione che rappresenterebbe una rottura dell'ordinamento giuridico vigente. Alcune irreversibili modificazioni costringerebbero, infatti, a riflettere sul punto di non ritorno della legalità costituzionale e sulla conseguente nascita di un nuovo ordinamento[35].

Abstract

Il contributo esamina la disciplina della dichiarazione dello stato di emergenza nell'ordinamento italiano con particolare riferimento ai presupposti e ai limiti del suo utilizzo durante lo stato di emergenza sanitaria.

Abstract

The article examines the discipline of a state of emergency declaration in Italian law with regard to the conditions and limits of its use during the state of health emergency.

Camerino, dicembre 2021.

[34] M. LUCIANI, *Avviso ai naviganti*, in *Questione giustizia*, 2020, 9.
[35] G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *costituzionalismo.it*, 2020, IV ss.; G.C. DE MARTIN, *Democrazia e stato di emergenza*, in *Amministrazione in Cammino*, 2020, 4 ss.

GIUSEPPE VERTUCCI*

Contratti online e profili sulla conclusione del contratto **

Sommario: 1. Cenni introduttivi – 2. I soggetti del contratto e la disciplina applicabile – 2.1. La fase delle trattative – 2.2. La formazione dell'accordo e le relative problematiche - 3. Forma e contenuto del contratto – 4. La conclusione del contratto. Il contratto *online* come modello di offerta al pubblico – 5. L'esecuzione del contratto e le questioni inerenti alle modalità di pagamento.

1. *Cenni introduttivi*

L'*e-commerce* inteso come insieme delle relazioni negoziali, ovvero delle cc.dd. transazioni commerciali aventi ad oggetto beni o servizi, che si instaurano fra soggetti mediante l'uso di strumenti informatici (cc.dd. acquisti *off-line*) e telematici (cc.dd. acquisti *on-line*), va a determinare quello che è l'ampio campo degli acquisti di beni o la prestazione di servizi in modalità telematica[1]. I processi economici che, in questo caso, vanno a caratterizzare una contrattazione che si realizza a distanza e tra soggetti interessati, contribuiscono ad animare la società contemporanea e inevitabilmente si proiettano sul diritto e sulla scienza giuridica, mossi dal progresso tecnologico, trovando delle testimonianze emblematiche dell'evolversi dei traffici commerciali al tempo della globalizzazione sia nel commercio elettronico che nella sua variante realizzata per via telematica[2].

In via preliminare va precisato che per commercio elettronico si intende l'esercizio di attività commerciali per via elettronica, non soltanto *online*, basate sulla elaborazione dei dati

* *Dottorando di ricerca in Civil Law and Constitutional Legality presso l'Università degli Studi di Camerino.*
** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*
1 G. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, *in Manuale di diritto dell'informatica* a cura di D. Valentino, Napoli, 2004, p. 11.
2 F. PIRAINO, *Il commercio elettronico*, in *Questioni attuali in tema di commercio elettronico* a cura di T. Pasquino, A. Rizzo, M. Tescaro, Napoli, 2020, p. 7.

in forma digitale, in base a quanto disposto dall'art. 1, punto 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 (98/34/CE) sui servizi della società dell'informazione, come modificata dalla direttiva 98/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 luglio 1998. Va ulteriormente precisato che nell'espresso richiamo compiuto successivamente dall'art. 2, par. 1, lett. *a)*, della direttiva 8 giugno 2000 (2000/31/CE), la suddetta definizione viene integrata dall'ulteriore precisazione che l'esercizio di attività commerciale debba provenire da una richiesta individuale proveniente dal destinatario dei beni o servizi[3].

Nello specifico per "servizi della società dell'informazione" il considerando n. 18 della direttiva in questione individua una vasta gamma di attività economiche svolta in linea, tra le quali la vendita *on line* di merci. Si tratta, in questo caso, di servizi che non sempre portano a stipulare contratti in linea, con la conseguenza che la stessa nozione è inclusiva di vari servizi che, in maniera del tutto esemplificativa, possono riguardare l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali in linea o la fornitura di strumenti per la ricerca, l'accesso e il recepimento di dati, sia della trasmissione di informazioni tramite una rete di comunicazioni, della fornitura di accesso a una rete di comunicazioni o dello stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi[4], o ancora dal semplice acquisto di un bene materiale o la semplice fruizione di un servizio.

Per trattare in maniera completa quella che è la tematica della contrattazione *online* è importante fissare fin da subito l'attenzione sugli aspetti connessi alla materia partendo dalla definizione di contratto *online*. Anche il contratto in forma elettronica assume, particolare importanza nel diritto dell'era digitale; lo stesso contratto infatti va a determinare quelle che sono le regole applicabili nei casi concreti come effetto anche dei fenomeni di dematerializzazione del diritto. Lo sviluppo delle piattaforme *online* discende da una serie di fattori relativi, da un lato, all'obiettivo delle aziende di pubblicizzare in modo più efficace il proprio prodotto, e dall'altro, dal vantaggio in favore del consumatore di poter effettuare l'acquisto dalla propria abitazione o dal proprio posto di lavoro. Ciò ha prodotto un incremento significativo, nel la società contemporanea, della frequenza degli acquisti *online*, e la conclusione di contratti attraverso il web. Da sempre scienza, tecnologia, società, diritto ed economia sono mondi

[3] L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in internet*, Napoli, 2005, p. 7 ss.
[4] F. PIRAINO, *Il commercio elettronico*, cit., p. 7 ss.

strettamente connessi e correlati tra loro, in particolare la continua evoluzione delle tecnologie di comunicazione si riflette incessantemente sulle regole della contrattazione.

Nell'epoca attuale, il rapido ed incessante progresso tecnologico incide sul funzionamento dei sistemi informatici che diventano sempre più complessi e raffinati. Tale scenario inevitabilmente si riflette sul fenomeno giuridico, sollevando questioni ed interrogatici che da tempo animano la dottrina, in particolare relativi ai c.d. contratti telematici. Inizialmente è prevalsa l'idea di collocare i contratti telematici facendo leva sul criterio dell'oggetto del contratto, per cui gli stessi venivano identificati con i contratti aventi un oggetto informatico, ossia con i contratti aventi ad oggetto il trasferimento di un bene o l'esecuzione di un servizio volto a soddisfare un bisogno informatico (es. l'acquisto o la fornitura di un *hardware*, l'installazione o la manutenzione di un *software*)[5].

In questo modo si riconosceva una particolare categoria contrattuale "trasversale" rispetto ai consueti schemi contrattuali, venendo in rilievo contratti tipici, come ad esempio la vendita, la fornitura o l'appalto, ovvero atipici (es. *leasing*) peculiari solo in ragione dell'oggetto, in questo caso un bene o un servizio telematico.

Muovendo da tale impostazione, altro orientamento ha inquadrato il fenomeno nella teoria della causa, sostenendo che il particolare oggetto che connotava il contratto finiva per conferire al programma negoziale una particolare connotazione causalistica, per cui per contratto telematico doveva intendersi qualsiasi contratto in cui lo scopo concretamente perseguito dalle parti veniva realizzato attraverso il mezzo informatico che, in un certo senso, ne facilitava la pratica attuazione[6]. Tale ricostruzione ha avuto il merito di ampliare la categoria dei contratti telematici e, quindi, di ricomprendervi non più soltanto i contratti aventi un oggetto connesso all'informatica, ma qualsiasi contratto il cui scopo poteva essere attuato attraverso lo strumento informatico[7].

Autorevole dottrina, sulla scia di tale impostazione, ha finito per interrogarsi sul profilo della forma del contratto telematico [8], considerato che i contratti telematici realizzano lo

[5] G. FINOCCHIARO, *I contratti ad oggetto informatico*, Padova, 1993, p. 11 ss.
[6] E. TOSI, *Contratto virtuale*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2003
[7] L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in internet*, cit., p. 27 ss.
[8] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000.

scopo principale, conclusione del contratto, avvalendosi del mezzo telematico che diviene lo strumento attraverso il quale il quale si manifesta l'accordo contrattuale[9].

La dottrina più recente ha, infine, ricondotto il fenomeno nell'area dell'autonomia negoziale, per cui la conclusione di un contratto mediante lo strumento telematico, va ricollegata ad uno dei princìpi cardine del sistema contrattuale, quello del pluralismo dei procedimenti di formazione del contratto, legato al fenomeno dell'autonomia dei privati[10], cosicché come i soggetti privati possono operare una scelta tra i vari modelli di formazione del contratto (elaborazione comune del testo, conclusione del contratto mediante inizio dell'esecuzione, contratti reali, offerta al pubblico, scambio tradizionale proposta-accettazione), allo stesso modo hanno la possibilità di scegliere di utilizzare un procedimento di formazione dell'accordo impostato sul mezzo telematico, considerato dagli stessi come un luogo idoneo per la formazione ed eventualmente l'esecuzione del programma negoziale.

Quanto appena delineato ha consentito di qualificare i contratti telematici come quei contratti stipulati mediante l'utilizzo di un sistema telematico[11].

Parte della dottrina ha operato una precisazione terminologica, specificando che per contratto digitale deve intendersi quel contratto stipulato in forma elettronica, con firma digitale, privo di documenti cartacei, ovvero il contratto concluso attraverso strumenti telematici senza che le parti siano contemporaneamente presenti nello stesso luogo (c.d. contratti a distanza)[12]; e ancora il contratto che ha per oggetto beni o servizi informatici (es. contratto per lo sviluppo di *software*[13] o contratto di fornitura di sistema informatico).

Solitamente il sistema telematico utilizzato è la rete internet che si avvale di un duplice strumento, innanzitutto quello delle pagine web (spesso adoperate per consentire l'adesione

[9] In riferimento alla forma del contratto telematico vi sono da distinguere varie ipotesi: quella in cui il contratto telematico debba avere ad oggetto un programma negoziale per il quale vige la regola della libertà di forma, l'uso del mezzo telematico non pone alcun problema, essendo l'ipotesi equiparabile al caso di contratto concluso a mezzo telefono o via fax; in tal caso, si sostiene, è sufficiente la pressione del tasto virtuale per manifestare la propria volontà contrattuale; quella relativa ai contratti per i quali la legge preveda la necessità della scrittura privata, richiedendo che il documento sia sottoscritto dagli autori, e che come sarà analizzato pone dei problemi maggiori; ed infine quelle ipotesi in cui la legge richieda per un determinato programma negoziale la forma dell'atto pubblico per cui sono state formulate due tesi.
[10] F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, Milano, 2003, p. 2308.
[11] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000.
[12] E. TOSI, *Contratto virtuale*, cit., p. 463
[13] Trib. Novara, 20 novembre 2004, in *Diritto dell'internet*, 2005, p. 141, con nota di V. VITI.

a schemi contrattuali già formati dal predisponente)[14], e quello della posta elettronica (che ben si presta a veicolare informazioni contrattuali o lo stesso consenso contrattuale).

Il problema principale è prescrivere in che modo l'utilizzo della particolare forma contrattuale vada a condizionare l'applicabilità della disciplina generale dettata dal codice civile in ordine ai singoli elementi costitutivi del contratto e riguardo alla sua esecuzione, tenendo conto delle particolari disposizioni dettate dalle leggi speciali in materia.

La grande diffusione del fenomeno internet ha dato vita ad un autentico mercato globale telematico, spesso distinto ed autonomo rispetto a quello tradizionale, caratterizzato soprattutto dalla notevole rapidità delle transazioni commerciali, mezzi questi che favoriscono per un verso l'accesso di sempre più ampie categorie sociali al godimento e al consumo di beni, ed ovviamente l'ingresso di nuovi soggetti sul mercato, andando a determinare le cc.dd. domanda e offerta di massa[15].

Il tipo contrattuale[16] connaturale dell'*e-commerce*, può essere considerato lo schema della compravendita ma, come anticipato, nulla esclude di concludere telematicamente anche fattispecie negoziali diverse come, ad esempio, il trasporto, la spedizione, il noleggio.

Si può affermare quindi che, le nuove tecnologie non vanno a stravolgere la configurabilità dello schema contrattuale di matrice codicistica per cui, ad esempio, una compravendita resta tale anche se conclusa con mezzi telematici, in quanto questi ultimi incidono in maniera prevalente solo sulle modalità di comunicazione e non sul contenuto degli atti[17].

Ritornando brevemente al quadro normativo esistente, i legislatori italiano ed europeo, non hanno sempre saputo adattarsi ai rapidi progressi della società tecnologica e delle prassi commerciali telematiche[18].

---

[14] M. IASELLI, *Nota* a Cass. n. 12089/2004, *in Diritto dell'internet*, n. 2, 2005, p. 19 s.
[15] E. BATTELLI, *I contratti del commercio online*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 387.
[16] R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016
[17] G. PERLINGIERI, *Il contratto telematico*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2011, p. 272 ss.
[18] E. BATTELLI, *I contratti del commercio online*, cit., p. 389.

Una questione problematica centrale nei contratti telematici è quella inerente l'individuazione della disciplina giuridica applicabile, alla luce della dimensione del fenomeno «fisiologicamente a-nazionale» di tale contratto[19]. Ovviamente, in questo caso, l'operatore commerciale si trova ad affrontare i problemi che tale processo d'innovazione comporta.

Il legislatore europeo con la direttiva 2000/31/CE, "relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno"[20], è intervenuto per garantire un elevato livello di integrazione giuridica comunitaria al fine di instaurare un vero e proprio spazio senza frontiere interne per i servizi della società dell'informazione, conscio che, per garantire la certezza del diritto e accrescere la fiducia dei consumatori nel commercio elettronico, occorre stabilire un quadro generale chiaro e preciso per alcuni aspetti giuridici del commercio elettronico nel mercato interno[21]. Da ciò si può comprendere come la materia sia ampia e particolare, e quindi come sulla questione occorrerebbe porre particolare attenzione, per mezzo di un'accorta lettura della suddetta direttiva parallelamente alla più recente direttiva 2011/83/UE, avente ad oggetto, tra l'altro, anche la vendita "fuori dai locali commerciali" e i contratti negoziati "a distanza", che va ad introdurre una disciplina in larga misura nuova rispetto a quella previgente. Sempre in modo parallelo ed integrativo, risulta importante l'analisi del codice del consumo così come modificato sulla base del recepimento della direttiva in parola. Risulta fondamentale inoltre, inquadrare il concetto di servizio della società dell'informazione fornito dalla direttiva 2000/31/CE, la quale lo identifica come qualsiasi servizio prestato dietro retribuzione, a distanza, ovvero senza che sia necessaria la presenza fisica e simultanea delle parti. Lo stesso servizio è reso per via elettronica e cioè inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche, di trattamento e di memorizzazione di dati, inoltre esso è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici ed altri mezzi elettromagnetici, e a richiesta individuale di un destinatario di servizi, quest'ultimo inteso come persona fisica o giuridica

[19] A. LISI, *L'impresa on line ed il commercio elettronico*, in G. CASSANO e I.P. CIMINO, *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, 2009, p. 119.
[20] V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *Dir. inf.*, 2000, p. 447 ss.
[21] Preambolo n. 7 dir. 2000/31/CE; E. BATTELLI, *I contratti del commercio online*, cit., p. 391.

che, a scopi professionali e non, utilizza il suddetto servizio per ricevere o rendere accessibili delle informazioni[22].

2. *I soggetti del contratto e la disciplina applicabile*

Con riguardo al profilo soggettivo occorre richiamare due categorie di soggetti che possono operare nei contratti telematici, ossia il professionista, qualora il soggetto operi nell'ambito della propria attività imprenditoriale o professionale; e il consumatore qualora il soggetto operi in un campo estraneo alla propria attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta[23].

Conseguentemente nella prassi dell'*e-commerce* i contratti virtuali conclusi in via telematica possono, poi classificarsi sotto il profilo soggettivo in contratti B_2B (*business to business*) ossia fra imprese, in contratti B_2C (*business to consumer*) fra imprese e consumatori, in contratti B_2A (*business to administration*) comprendenti i rapporti fra pubblica amministrazione e cittadini e imprese, e infine in contratti P_2P (*peer to peer*) fra soggetti privati attraverso determinate figure professionali[24].

Il valore della distinzione fra i vari modelli si manifesta soprattutto in merito ai livelli di protezione del contraente apprestati dall'ordinamento, variando il sistema di tutela a seconda del modello di volta in volta adoperato. Nell'ipotesi di contratti tra professionisti e consumatori (B_2C) troverà infatti applicazione la disciplina prevista dal codice del consumo[25], mentre negli altri casi troverà applicazione, in caso di clausole vessatorie, la sola tutela formale apprestata dal codice civile[26].

2.1. *La fase delle trattative*

La formazione dell'accordo contrattuale è normalmente preceduta dalla fase delle trattative, che ricorre in maniera particolare nei contratti tra professionisti ove le parti si trovano ad operare su un piano di parità; la stessa è normalmente assente nei contratti conclusi tra

[22] E. BATTELLI, *I contratti del commercio online*, cit., p. 392.
[23] E. TOSI, *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Giuffrè, 2005.
[24] R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico,* in *Giur. merito*, 2013, pp. 2555-2556.
[25] D.Lgs. 6 Settembre 2005, n. 206, Parte III, Titolo I
[26] Art. 1341 c.c.

professionista e consumatore, laddove, invece, si ricorre allo schema del contratto per adesione.

Riguardo alla fase precontrattuale, occorre partire dal presupposto che il contratto telematico rientra tra i contratti a distanza con la conseguenza che troverà applicazione, nelle ipotesi di contratti conclusi tra professionisti e consumatori (B_2C), il d. lgs. n. 185/99, in attuazione della direttiva 97/7/CE, relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza.

Tale normativa prevede all'art. 3 una serie di obblighi informativi a carico del fornitore oltre al fatto che le informazioni preliminari vanno fornite in modo chiaro e comprensibile, osservando i principi di buona fede e lealtà in materia di transazioni commerciali.

In maniera particolare, tralasciando la questione della configurabilità della responsabilità extracontrattuale, i rimedi esperibili in caso di violazione degli obblighi informativi sono sostanzialmente due, ossia quello della richiesta di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale del fornitore e l'annullamento del contratto per dolo o per errore.

Oltre a tale normativa relativa ai contratti a distanza, poi, troverà applicazione quella più specifica prevista in materia di commercio elettronico dal d. lgs. n. 70/2003, il quale, all'art. 12, prevede l'obbligo da parte del prestatore di fornire le necessarie informazioni dirette alla conclusione del contratto[27].

2.2. *La formazione dell'accordo e le relative problematiche*

Secondo quanto disposto dal codice civile la forma ordinaria di conclusione del contratto è quella dello scambio di proposta e accettazione[28], per cui il contratto si considera concluso nel momento e nel luogo in cui il proponente ha avuto notizia dell'accettazione dell'altra parte[29].

A questo proposito, tuttavia, si pone un problema legato al carattere recettizio di tali dichiarazioni contrattuali, essendo necessario, per la loro efficacia, che le stesse vengano portate a conoscenza del destinatario.

---

[27] V. RICCIUTO, *La formazione del contratto telematico e la tutela del consumatore*, in Ricciuto V. (a cura di), *"Il contratto telematico e i pagamenti elettronici. L'esperienza italiana e spagnola a confronto",* Milano, 2004, p. 12 ss.
[28] Art. 1326 c.c.
[29] Art. 1326 c.c.

Il carattere recettizio della proposta e dell'accettazione non pone problemi nel momento in cui i soggetti contraenti sono presenti o si avvalgono di mezzi comunicativi a percezione diretta (es. telefono); ma problematiche maggiori possono scaturire in merito al contratto tra assenti, laddove il legislatore, in accoglimento della teoria della ricezione, considera sufficiente che l'atto sia pervenuto all'indirizzo del destinatario, salva la prova dell'impossibilità incolpevole della conoscenza[30].

Il legislatore, dunque, fa scattare una presunzione relativa di conoscenza quando l'atto perviene all'indirizzo del destinatario; in questo caso occorre allora verificare se la presunzione di conoscenza scatti anche con riferimento all'indirizzo di posta elettronica del destinatario stesso.

In base a quanto sostenuto dalla tesi prevalente[31] viene rilevato che la corrispondenza elettronica, come anche l'indirizzo elettronico, sono equiparati a tutti gli effetti alla corrispondenza cartacea, dato che posseggono tutti i requisiti che sono normalmente considerati essenziali dalla giurisprudenza per individuare l'indirizzo idoneo a far scattare una presunzione relativa di conoscenza[32]. Questa equiparazione tra indirizzo reale e virtuale costituisce un principio oramai acquisito anche a livello di diritto positivo[33].

Si può affermare di conseguenza come il contratto telematico andrà a perfezionarsi nel modo ordinario di formazione dell'accordo allorché l'accettazione dell'oblato pervenga all'indirizzo di posta elettronica del proponente.

Secondo alcuni l'art. 1326 c.c. sarebbe inapplicabile al contratto telematico, giacché, attesa la velocità di trasmissione degli impulsi elettronici, il momento dell'arrivo dell'accettazione coincide con il suo invio, onde il contratto dovrebbe considerarsi perfezionato al momento dell'accettazione da parte dell'oblato[34].

Altra tesi, invece, partendo dal presupposto che non vi è coincidenza temporale tra i due momenti, giacché l'*email* può essere smistata dal *provider* anche dopo un certo lasso di

---

30 Art. 1335 c.c.

31 E. TOSI, *Contratto virtuale*, cit., p. 463.

32 *Cass. civ., Sez. III*, n. 4083/1978 in *Giust. civ.* 1978, I, p. 1377; v. anche, riguardo al concetto di domicilio effettivo, *Cass. civ.*, n. 2600/1982.

33 Art. 14 co. 1 d.p.r. n. 445/2000.

34 Rileva T. PASQUINO, *La vendita attraverso reti telematiche: profili civilistici*, in *Dir. inform.*, 1990, p. 770, che i contratti si perfezionano nel momento in cui si incontrano gli impulsi elettronici dei due videoterminali. Analogamente C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 311.

tempo, reputa perfettamente applicabile ai contratti telematici la regola ordinaria circa il tempo ed il luogo di conclusione del contratto[35].

Riguardo al luogo in cui il contratto viene concluso e perfezionato nelle forme ordinarie, ossia per mezzo dello scambio di proposta e accettazione mediante posta elettronica, sono state sostenute varie tesi, ma secondo quella più rilevante lo stesso andrebbe ravvisato nel luogo ove ha sede l'impresa o viene svolta l'attività professionale del destinatario dell'accettazione, indipendentemente dal luogo ove si trova il computer o il sito utilizzato[36].

Un ulteriore problema posto in essere riguardo al modo di conclusione ordinario concerne l'evenienza della revoca degli atti formativi del contratto. Per quanto concerne la revoca della proposta, è noto che la revoca deve pervenire all'oblato prima che l'accettazione di questi pervenga al proponente, sicché la revoca che perviene dopo tale momento (o contemporaneamente) è inefficace essendo ormai il contratto già concluso[37].

Conseguentemente, con riferimento al contratto telematico, la revoca della proposta dovrebbe essere efficace fino al momento in cui il messaggio di accettazione non giunga all'indirizzo elettronico del proponente; poiché tuttavia tale momento coincide con quello dell'invio del messaggio di accettazione, dato che gli stessi possono considerarsi contestuali, attesa la velocità di trasmissione del sistema, la revoca della proposta sarà in pratica possibile finché l'accettante non abbia accettato (inviando il messaggio di accettazione)[38].

Ciò comporta dubbi circa l'applicabilità dell'art. 1328, comma 1, c.c. al contratto telematico, dato che dalla norma è disposto che se l'accettante ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto ad un indennizzo (da atto lecito) per le spese e le perdite subite per l'intrapresa esecuzione del contratto. Dunque se per i contratti telematici la revoca della proposta è possibile fino al momento dell'accettazione, questo significa che l'oblato prende in carico sempre un onere prima di accettare, che

35 E. TOSI, *Contratto virtuale*, cit. p. 465, secondo il quale se il contratto si conclude mediante proposta ed accettazione, esso si perfezionerà nel tempo e nel luogo in cui il proponente ha notizia dell'accettazione dell'oblato, scaricando il messaggio di posta elettronica.

36 E.M. TRIPODI, *I contratti telematici: le principali regole applicabili*, in E. M. TRIPODI, F. SANTORO, S. MISSINEO, *Manuale del commercio elettronico*, Milano, 2000, p. 268.

37 Sul problema del carattere recettizio della revoca della proposta v., per tutti, R. FAVALE, *La revoca dell'offerta contrattuale*, in *Scritti in onore di Marco Comporti* a cura di S. Pagliantini, E. Quadri e D. Sinesio, Milano, 2008, p. 1259 ss.; A.M. BENEDETTI e F.P. PATTI, *La revoca della proposta: atto finale? La regola migliore, tra storia e comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 1293 ss.

38 F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, cit., p. 2310.

si sostanzia nel controllare (*check mail*) l'eventuale revoca della proposta; e nel momento in cui accetti senza compiere il dovuto controllo e si accinga all'esecuzione, non potrà far valere la propria buona fede, dipendendo la sua ignoranza da colpa grave (art. 1147, comma 2, c.c.). Tuttavia se la revoca della proposta non è avvenuta in modo corretto, potrà prospettarsi una responsabilità precontrattuale a carico del proponente *ex* art. 1337 c.c.

La volontà contrattuale può essere manifestata anche per mezzo dell'inizio dell'esecuzione, ed in base a quanto delineato dall'art. 1327 c.c., riguardo a questa particolare forma si discute se l'invio dei numeri identificativi della carta di credito sia sufficiente ad integrare l'inizio dell'esecuzione di cui allo stesso disposto. In questo caso appare preferibile la tesi positiva sostenuta sia in base all'assunto dell'efficacia solutoria di tale strumento di pagamento[39] sia tenendo conto del fatto che tali forme di pagamento spesso sono irreversibili e quindi si concretizzano in un forte indizio di definitività del consenso del consumatore[40].

3. *Forma e contenuto del contratto*

Passando a quelle che sono le varie questioni in merito alla forma, mezzo attraverso il quale le parti manifestano il consenso contrattuale, va preliminarmente fatta una precisazione: fuori dalla problematica in oggetto si pongono tutte le ipotesi in cui lo strumento informatico serva solo per redigere e stampare il documento. In tal caso, infatti, non si è in presenza di un contratto telematico, ma di un normale contratto in cui il documento rappresentativo del programma negoziale è stato redatto attraverso il computer[41].

La problematica che interessa la forma si pone, quindi, solo per i contratti telematici in senso tecnico, ove il consenso contrattuale sia espresso esclusivamente in via telematica. In tale prospettiva, occorre distinguere alcune ipotesi. Nelle fattispecie in cui il contratto telematico debba avere ad oggetto un programma negoziale per il quale vige la regola della libertà di forma, l'uso del mezzo telematico non pone alcun problema, essendo l'ipotesi equiparabile al caso di contratto concluso a mezzo telefono o via fax; in questo caso sarà sufficiente la pressione del tasto virtuale per manifestare la propria volontà contrattuale.

[39] A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano 1997.
[40] A. FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002, p. 28.
[41] F. DELFINI, *Forma digitale, contratto e commercio elettronico*, Torino, 2020

In definitiva, i contratti a forma libera si stipulano in via telematica attraverso il sistema del *"point and click"*[42], ossia del puntamento del mouse sul tasto virtuale di accettazione e della pressione del relativo tasto sinistro, con la conseguenza che la volontà vincolante delle parti non è la risultante dello scambio delle relative dichiarazioni, ma la conseguenza della pressione del tasto negoziale virtuale[43].

Problematiche più rilevanti si pongono per i casi in cui i programmi negoziali per i quali la legge preveda la necessità della scrittura privata, richiedano che il documento sia sottoscritto dagli autori. In tal caso il legislatore ha fatto ricorso ad un espediente, ossia ad una procedura di validazione che consente al mittente di rendere manifesta ed al destinatario di verificare la riferibilità soggettiva del documento ad un determinato individuo, per mezzo della c.d. firma digitale che contenuta all'interno di una *smart card* in possesso del titolare, imprimendo un codice sul documento consente di ritenere con certezza che il documento appartiene al mittente firmatario[44].

Nelle ipotesi in cui la legge richieda per un determinato programma negoziale la forma dell'atto pubblico (es. donazione, convenzioni matrimoniali) sono state formulate due tesi.

La tesi negativa, pure autorevolmente sostenuta in dottrina[45], sostiene che la firma digitale non può essere utilizzata per gli atti pubblici, giacché in base all'art. 12 della legge 4.1.1968 n. 15, in materia di documentazione amministrativa e sull'autenticazione di firme, gli atti ricevuti dai notai e dagli altri pubblici ufficiali sono redatti a stampa o con scrittura a mano o a macchina; inoltre si sostiene che il decreto in materia di firma digitale non consente

---

42 M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *dir. Inf.,* 2004, n.6, p. 813 ss.; A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, Informatica e diritto, XXXVI annata, Vol. XIX, 2010, n. 1-2, pp. 10-13

43 R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2555-2556.

44 La firma digitale è il risultato di una procedura informatica, che consente al sottoscrittore di rendere manifesta l'autenticità del documento informatico e al destinatario di verificarne la provenienza e l'integrità. Tale strumento utilizza le potenzialità delle chiavi asimmetriche (crittografia a doppia chiave) e prevede che il titolare abbia due chiavi che gli vengono attribuite in modo univoco, una "privata", in possesso e conosciuta solo da lui, e una "pubblica", resa disponibile attraverso il certificato rilasciato dal certificatore emittente. Un documento elettronico firmato (cifrato) con una delle due chiavi può essere reso "chiaro" (decifrato e verificato) esclusivamente utilizzando l'altra.

45 C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 310; P. PICCOLI e G. ZANOLINI, *Il documento elettronico e la firma digitale*, in *I problemi giuridici di internet*, Milano, 1999, p. 97; R. ZAGAMI, *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Padova, 2000, p. 196.

di ritenere superata tale previsione non facendo alcuna menzione della formazione dell'atto pubblico ma solo della scrittura privata elettronica con firma digitale.

Nell'ambito di coloro che accolgono la tesi favorevole, alcuni sostengono che l'attività del notaio, in sede di autenticazione di scrittura privata (sicuramente consentita in forma telematica), appare sostanzialmente analoga a quella tipica della redazione dell'atto pubblico per cui non si vede perché non si debba ammettere l'autenticazione telematica della scrittura privata dal pubblico ufficiale e negare la redazione dell'atto pubblico in via telematica[46]; altri evidenziano che la figura dell'atto pubblico informatico trova il suo riconoscimento anche a livello normativo[47]; altri ancora reputano che la stessa legge n. 15/1968, da alcuni richiamata a fondamento della tesi negativa, se estensivamente applicata consentirebbe di far rientrare nell'ampio concetto di stampa o di scrittura a macchina, l'utilizzo del computer.

La dottrina più recente ritiene che al problema non possa darsi una soluzione univoca, dipendendo la risposta dalla risoluzione di alcuni quesiti preliminari, dalla cui soluzione dipende l'ammissibilità o meno dell'atto pubblico telematico[48].

La questione del contenuto del contratto telematico assume caratteristiche singolari particolarmente nello schema formativo B_2C, ossia allorché parti del contratto siano il professionista ed il consumatore. In questi casi il contraente debole, ossia il consumatore, si limita il più delle volte ad aderire al programma negoziale predisposto dal soggetto economicamente più forte (attraverso l'uso del linguaggio ipertestuale del *world wide web*, il c.d. *www* di internet), onde il primo si limita ad una mera adesione[49].

Il problema principale posto in essere dai contratti per adesione è ancora una volta quello della tutela dell'aderente che si trova in condizione di debolezza contrattuale, essendo di norma privo di reali poteri di incidere sul programma negoziale unilateralmente predisposto.

Un primo problema di tutela è posto dalle clausole contrattuali che realmente si presentino come condizioni generali di contratto (art. 1341, comma 1, c.c.), laddove ai fini della

---

[46] A. BORTOLUZZI, *Forma telematica*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2003, p. 725.
[47] cfr., ad es., l'art. 491 *bis* c.p., che applica al documento informatico pubblico le norme sul falso in atto pubblico; la l. 15 marzo 1997, n. 59, in materia di atto amministrativo in forma elettronica.
[48] G. LA MARCA, *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione*, I quaderni della fondazione italiana del notariato.
[49] L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in internet*, cit.

qualificazione della clausola in questi termini ciò che conta, com'è noto, non è tanto la predisposizione unilaterale della parte, ma lo stabile utilizzo della clausola da parte di un solo contraente per regolare la propria contrattazione in un dato settore economico. Con particolare riferimento alle condizioni generali *on line*, la loro efficacia è subordinata, in applicazione della regola codicistica, alla conoscibilità delle stessa da parte dell'aderente. Dunque nel caso in cui le stesse risultino dalla stessa pagina web contenente le restanti condizioni contrattuali, l'onere del predisponente può dirsi assolto e verserebbe in colpa grave l'aderente che omettesse di prenderne visione.

Invece nel caso in cui le condizioni generali risultassero richiamate per *relationem*, perché contenute in altre sezioni del sito, in altre pagine web, in più ipertesti aperti via via, rappresentati in pagine di secondo livello e richiamabili con un *link*[50], o al limite in altri documenti scritti e in tutti i casi reperibili, secondo alcuni l'obbligo di esibizione può dirsi assolto ponendo con massimo risalto la circostanza che il testo richiamato è contenuto in altra postazione, della quale dev'essere fornito e deve risultare certamente funzionante il relativo collegamento elettronico (*link*).

Parte della dottrina, tuttavia, appare ferma su posizioni più intransigenti sostenendo che una clausola di rinvio ai contenuti di altre sezioni del sito, anche ove esse siano esattamente individuate, comporta pur sempre un grave vulnus in termini di chiarezza e trasparenza nella presentazione delle condizioni generali.

Risulta manifesto che l'operatore può modificare in seguito le condizioni contrattuali contenute nelle condizioni generali di contratto, ma è chiarito, in via ulteriore, che il regolamento negoziale applicabile al singolo contratto è quello esposto sul sito al momento della conclusione, onde le eventuali nuove pattuizioni si applicheranno solo ai contratti formati successivamente alla loro pubblicazione *on line*.

La disciplina delle condizioni generali, tuttavia, assume dei cambiamenti nell'ipotesi in cui si tratti di clausole vessatorie, laddove mentre nel primo caso la regola dell'adesione copre solo il conosciuto ed il conoscibile, nel secondo caso copre solo il sicuramente conosciuto,

[50] U. MINNECI e A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Documento elettronico e contratto telematico*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2000, p. 342 ss.

secondo quanto disposto dal comma 2 dell'art. 1341 c.c., venendo in rilievo clausole che avvantaggiano il predisponente o aggravano la posizione dell'aderente[51].

In questi casi, visto che la legge prevede un particolare elenco di clausole aventi la caratteristica di manifestare un pericolo presunto di vessatorietà, in deroga al principio di libertà di forma prevede uno specifico onere formale, facendo dipendere l'efficacia di esse dalla specifica approvazione per iscritto.

Con specifico riferimento alle clausole vessatorie *on line*, premesso che anche qui non basta la sottoscrizione del testo del contratto ma vi è la necessità della sottoscrizione delle singole clausole essendo all'uopo sufficiente una sottoscrizione per un gruppo di clausole vessatorie nonché l'indicazione del numero d'ordine (purché sia individuato con precisione l'oggetto ovvero il titolo della clausola), appare evidente che l'onere della specifica sottoscrizione non possa che essere assolto attraverso il meccanismo della firma digitale.

Per questo motivo, nei contratti a forma libera, potrà succedere che la firma digitale debba essere utilizzata solo allo scopo di approvare le clausole vessatorie (e non per ufficializzare l'accordo contrattuale), onde il contratto si perfezionerà attraverso il sistema del "*point and clik"* (tasto negoziale virtuale) e le clausole vessatorie saranno efficaci solo se specificamente approvate con la firma virtuale.

Assodata quella che è l'idoneità della firma digitale ad integrare il requisito della specifica approvazione scritta delle clausole vessatorie, viene posta in essere la problematica per la quale analoga idoneità debba riconoscersi, in termini di sufficienza, per le altre forme di sottoscrizione previste dal d. lgs. n. 10/2002, ossia per le firme elettroniche[52].

Per quanto riguarda le firme elettroniche avanzate, questa idoneità deve sicuramente riconoscersi, rilevata la loro equipollenza rispetto alla firma digitale (delle quali quest'ultima costituisce una *species*).

Più controversa è la questione con riferimento alle firme elettroniche deboli, le quali consentono di ricondurre il documento ad un soggetto con un certo grado di "affidabilità" (variabile da caso a caso) senza garantire l'integrità del documento stesso, e che, se equiparate quanto agli effetti formali alla forma scritta, produce effetti attenuati sul terreno probatorio,

[51] Art. 1341 c.c. – Condizioni generali di contratto
[52] L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in internet*, cit.

nel senso che sono liberamente valutabili dal giudice tenuto conto delle caratteristiche oggettive di qualità e di sicurezza di volta in volta riscontrate.

Secondo una prima ipotesi ricostruttiva, posto che le firme in questione non sono basate su un certificato qualificato e comunque non vengono apposte avvalendosi di un dispositivo per la creazione di una firma sicura, la soluzione dovrebbe essere negativa, giacché essendo la tutela del contraente unicamente affidata all'assolvimento di un onere puramente formale, appare giusto pretendere tutte le garanzie possibili riguardo all'effettiva conoscenza da parte dell'aderente in merito alle clausole vessatorie.

Secondo una diversa impostazione, la differenza tra firme forti e firme deboli si riflette solo sul piano dell'efficacia probatoria (essendo la seconda affidata al libero apprezzamento del giudice), fermo restando che entrambe assolvono al requisito legale della forma scritta, onde il problema non è se la firma debole soddisfi o meno il requisito della specifica approvazione scritta ma è quello di tutelare il consumatore dallo smarrimento incolpevole o dall'altrui abusivo utilizzo di una firma che si considera giuridicamente appartenente all'aderente[53].

4. *La conclusione del contratto. Il contratto* online *come modello di offerta al pubblico*

Un'ulteriore distinzione, circa i modi formativi dell'accordo, attiene al numero dei destinatari della proposta, per cui occorre distinguere i casi nei quali la proposta è rivolta ad uno o più destinatari determinati dai casi nei quali la proposta contrattuale è rivolta ad un numero indeterminato di soggetti[54].

In primis si distingue tra l'e-mail inviata a soggetti specifici, ovvero le contrattazioni che si svolgono nell'ambito di siti ad accesso limitato tra utenti registrati, dai casi nei quali la proposta contrattuale è rivolta ad un numero indeterminato di soggetti[55].

Nel momento in cui il sito web è caratterizzato da tutti gli elementi essenziali della proposta contrattuale, lo schema adoperato è quello dell'offerta al pubblico secondo quanto

[53] A. LISI, *Il documento informatico "scritto", "firmato", ma non "sottoscritto" nel commercio elettronico internazionale: dall'e-mail all'accesso in un'area riservata del sito web* (estratto dell'intervento durante il convegno svoltosi a Verona il 7 maggio 2004 – *"Documento Informatico - Problematiche di formazione e probatorie"*), reperibile su *www.filodiritto.com*.
[54] E. TOSI, *Contratto virtuale*, cit., p. 461.
[55] E. TOSI, *Contratto virtuale*, cit., p. 461.

previsto dall'art. 1336 c.c. e alla quale resta applicabile la regola generale che richiede la ricezione dell'accettazione da parte del proponente (art. 1326 c.c.)[56]. Vi è da tener presente che in tal caso, allorché il programma negoziale sia stato unilateralmente predisposto dal solo offerente senza che alla controparte sia stato lasciato alcun margine di trattativa, viene in rilievo la fattispecie del contratto per adesione che pone un diverso problema di tutela dell'aderente. Invece nell'ipotesi di offerta incompleta, la proposta dovrà considerarsi un semplice invito ad offrire, onde l'acquirente assumerà la qualifica di proponente ed il fornitore si riserverà la veste di accettante[57].

In questo caso vi è da ricordare che i siti di *e-commerce* B2B e B2C sono nient'altro che vetrine elettroniche in cui le merci acquistabili *on line* o anche *off line* sono messe in esposizione[58]. In questo caso oltre allo schema citato del *"point and click"*, ossia del tasto negoziale che porta alla conclusione del contratto e che si ritiene[59] rientri nella fattispecie codicistica dell'offerta al pubblico in base a quanto disposto dall'art. 1336 c.c., occorre prendere in considerazione anche lo schema negoziale dell'invito a proporre. Infatti, anche se questi due schemi contrattuali sembrano molto simili, sono per alcuni versi differenti, dato che nel primo caso, seguendo lo schema dell'offerta al pubblico, sussistono tutti gli elementi che vanno a costituire la proposta formale diretta ad una pluralità di destinatari, mentre nel secondo caso, il proponente, lungi dall'effettuare una proposta, invita ad una pluralità di possibili acquirenti a formulare loro stessi una proposta[60]. In maniera più specifica, lo schema dell'offerta al pubblico, caratterizzata dalla massima indeterminatezza dei soggetti destinatari, il cui numero può variare notevolmente a seconda di vari fattori inerenti al sito web sul quale è effettuata o anche all'orario in cui è trasmessa o visualizzata, sarà adoperato ogni qual volta il sito stesso contiene tutti gli elementi essenziali della proposta contrattuale, motivo per il quale resta applicabile la regola generale per cui è prevista la ricezione dell'accettazione da parte del proponente. In particolare, questo schema è previsto quando vengano indicate tutte

[56] L'offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta [1326], salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi.
[57] M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, cit., pp. 825-826.
[58] E. BATTELLI, *I contratti del commercio online*, cit., p. 412.
[59] G. PERLINGIERI, *Il contratto telematico*, cit., p. 290.
[60] M. DE GIORGI, *Il perfezionamento e l'oggetto del contratto on-line*, in *I contratti di internet* a cura di A. Lisi, Torino, 2006, p. 50.

le caratteristiche principali del bene o del servizio posto in vendita in modo che lo stesso consumatore/utente potrà concludere l'acquisto riempendo un *form* da inviare al proponente[61].

Nell'ipotesi in cui l'offerta risulti incompleta e di conseguenza non suscettibile di accettazione, la proposta stessa, dovrà essere considerata un semplice "invito ad offrire", dove inversamente dallo schema dell'offerta al pubblico, sarà l'acquirente, destinatario dell'invito stesso, a dover assumere la qualifica di proponente e il fornitore si riserverà la veste di accettante, garantendo solo una responsabilità pre-contrattuale, in quanto l'impegno contrattuale verrà assunto al momento della conferma dell'ordine ricevuto. Si ritiene quindi che rientrino nello schema appena analizzato i cataloghi elettronici che si configurano come semplici vetrine che invitano l'acquirente ad effettuare una proposta, per mezzo dell'ordine, e una relativa accettazione, o conferma dello stesso, da parte dell'operatore telematico[62].

5. *L'esecuzione del contratto e le questioni inerenti alle modalità di pagamento*

La fase esecutiva del contratto telematico pone per lo più il particolare problema relativo agli strumenti di pagamento[63].

Le esigenze del commercio elettronico richiedono un sistema di pagamento che consenta di soddisfare due interessi fondamentali[64], l'interesse dell'*accipiens* (colui che riceve il pagamento) a conseguire in tempi rapidi il trasferimento della somma di denaro e l'interesse del *solvens* (colui che paga) ad utilizzare un sistema di pagamento sicuro, al riparo da utilizzazioni o intrusioni abusive[65].

Le forme di pagamento utilizzate possono essere varie (carta di credito, bonifico bancario, vaglia postale ecc.) anche se il legislatore comunitario, con la raccomandazione n. 1997/489/CE ha colto un'importante distinzione tra gli strumenti di pagamento elettronico.

---

61 E. BATTELLI, *I contratti del commercio online*, cit., pp. 412-413.
62 S. SICA e A.G. PARISI, *La tutela del consumatore nel contratto on-line*, in A. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore,* Torino, 2011, p. 29 ss.
63 P. GUARDA, *Sicurezza dei pagamenti e privacy nell'e-commerce*, in *Diritto dell'internet*, 1, 2005, p. 16.
64 G. PICA, *Commercio telematico*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2003, p. 289 ss.
65 E. BATTELLI, *I contratti del commercio online*, cit., p. 419.

In primo luogo sono da considerare gli strumenti di pagamento tradizionali applicati alla rete, i quali consentono di effettuare pagamenti a favore del beneficiario con forme ordinarie, come ad esempio bonifico bancario, c/c postale, contrassegno; strumenti questi che assicurano un elevato grado di sicurezza, ma non vanno a compiere quello che è l'interesse del venditore a conseguire velocemente la somma di denaro.

Accanto a tale prima fattispecie si configurano gli strumenti idonei a realizzare la c.d. moneta elettronica o virtuale, che attraverso molteplici forme consentono un collegamento immediato tra debitore e creditore, incorporando un credito acquistato contro contanti presso un istituto emittente. Si distingue infatti tra gli assegni elettronici, utilizzabili dopo aver stipulato una convenzione con un istituto di credito, per cui il cliente emette un "assegno" sottoscritto con firma digitale, presentato dopo la firma alla banca per l'incasso; il portafoglio digitale, che è una sorta di *smart card*, ossia una carta prepagata e ricaricabile, caratterizzata da un sistema di pagamento a scalare che sottrae dall'ammontare originario quello effettivamente impiegata per la spesa; e l'*e-cash*, considerata come moneta elettronica in senso stretto, che si caratterizza per l'uso di un vero e proprio denaro virtuale, rappresentato da monete fornite da banche associate, responsabili della certificazione dell'autenticità delle monete virtuali. Per poter utilizzare il sistema è necessario aprire un conto con una delle banche partecipanti per cui sarà poi possibile memorizzare sul proprio computer monete elettroniche; tali monete, al momento di un acquisto, verranno trasferite al venditore sfruttando tecniche di crittografia a chiave pubblica e di firma cieca[66].

Abstract

La contrattazione online rappresenta un tema centrale nel contesto attuale e per certi versi merita attenzione rispetto alla regolamentazione delle vendite online, alle disposizioni in merito agli obblighi del professionista e alla relativa tutela apprestata dalla normativa al soggetto consumatore. Lo scopo principale del saggio in questione è l'analisi di tutti i profili della contrattazione online messa a punto per mezzo di un'indagine che parte dalla struttura del contratto fino a soffermarsi su quelli che sono i profili di conclusione dello stesso. Dalla definizione di e-commerce, alla classificazione delle relative tipologie, l'analisi si sofferma in

[66] E. BATTELLI, *I contratti del commercio online*, cit., p. 420.

maniera particolare su tutte quelle che sono le fasi che vanno a dare corpo alla contrattazione e portano alla conclusione di un contratto in forma telematica. Negli anni le interpretazioni in merito alla qualificazione dei contratti online sono state molteplici, in questo caso l'attenzione si sofferma sul modello di offerta al pubblico in base a quanto disposto dall'art. 1336 c.c. nonché alla conclusione mediante "point and click".

Abstract

Online trading is a central theme in the current context and in some respects deserves attention when it comes to regulating online sales, the provisions on the obligations of the trader and the related protection of the consumer. The main purpose of the essay in question is the analysis of all the profiles of online bargaining developed by means of a survey that starts from the structure of the contract up to dwell on what are the profiles of conclusion of the telematic contract. From the definition of e-commerce, to the classification of the relative typologies, the analysis stops in particular on all those that are the phases that go to give body to the negotiation and lead to the conclusion of a contract. In the years the interpretations regarding the qualification of the online contracts have been many, in this case the attention focuses on the model of offer to the public according to the provisions of art. 1336 c.c. and at the conclusion by means of "point and click".

Camerino, luglio 2021.

MARIA GABRIELLA ROSSI*

Il figlio maggiorenne non economicamente indipendente: gli sviluppi sulla sua partecipazione al processo nella crisi familiare (accanto) al "genitore riferimento per le esigenze del figlio" **

Sommario: Premessa. 1. La ricognizione delle principali criticità sollevate dalla categoria del figlio maggiorenne non economicamente indipendente. - 2. La legittimazione a far valere il diritto al mantenimento: l'incidenza della *coabitazione* e/o della *convivenza* con il genitore collocatario. - 3. La ricognizione delle nozioni di *stabile dimora*, *convivenz*a e *coabitazione* nella evoluzione della giurisprudenza della Suprema corte. - 4. Recenti sviluppi giurisprudenziali sul tema: Cass., 31 dicembre 2020, n. 29977. - 5. Considerazioni conclusive.

Premessa

Il processo d'interpretazione delle norme giuridiche[1] attraverso i criteri c.d. sistematico e storico, permette di calare la norma nell'intero sistema ordinamentale, quindi accostandola ai principi fondamentali, ma anche alla realtà socio economica, più attuale.

La Suprema Corte nel proprio costante lavoro ermeneutico segue questo procedimento appellandosi ai principi costituzionali, attualizzandoli meticolosamente per giungere, *de jure condendo*, alla risoluzione di conflitti funzionalizzandoli a decisioni più eque perché più coerenti alla concreta realtà.

Dalla rassegna giurisprudenziale realizzata, sui più recenti approdi in materia di figlio maggiorenne non economicamente indipendente, sono emersi ulteriori e più sottili criteri

* *Docente a contratto di Diritto Civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

1 In tal senso per un approfondimento, cfr. P. PERLINGIERI, G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L' «interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, 2, Napoli, 2012, p. 3 ss.; nell'ambito dell'analisi sul metodo giuridico e l'interpretazione, si conduce un esame in P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 84 ss.

chiarificatori di principi che, nell'ambito della crisi familiare, i giudici di legittimità hanno fornito agli studiosi ed operatori del diritto.

1. *La ricognizione delle principali criticità sollevate dalla categoria del figlio maggiorenne non economicamente indipendente*

Il tema del figlio maggiorenne non economicamente indipendente è contemplato dal legislatore nell'art. 337 *septies* c.c., ma con specifico ed unico riferimento all'ipotesi di versamento diretto dell'assegno di mantenimento, ove il giudice valutate le circostanze, ritenga che i genitori debbano versare in suo favore un assegno periodico, che salva diversa disposizione del giudice, potrà essere versato direttamente.

La scarna norma in commento, nel secondo comma, esamina poi la fattispecie del figlio maggiorenne portatore di *handicap* grave, ipotesi che viene palesemente equiparata allo *status* del figlio minorenne[2].

In realtà le questioni sollevate nella pratica dalla norma in esame e le asperità esegetiche incontrate nell'applicazone concreta, sono tante, ed in altra sede sono stati oggetto di un più ampio esame[3].

In via estremamente sintetica si rammenta che un primo approfondimento del tema che qui si vuole indagare, riguarda l'inquadramento concreto della figura del figlio maggiorenne non economicamente indipendente, perché solo delimitandone i contorni si potrà argomentare tra diritti e doveri di chi vanta o meno ancora qualcosa verso i genitori; solo individuando questa specifica fattispecie potrà discendere per questi ultimi, un vero e proprio

[2] Va rimarcato che il testo recentemente novellato dell'art. 316 c.c., avendo eliminato ogni riferimento alla durata della responsabilità genitoriale, prima fissato nel raggiungimento della maggiore età o della emancipazione, mette in risalto una diversa ottica cui oggi è approdato l'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni; questo, come autorevolmente sottolineato (M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Codice della famiglia* a cura di E. Al Mureden e M. Sesta*,* Milano, 2015, p. 1016 ss.) va rapportato, ad un diverso momento storico, non coincidente necessariamente - anzi quasi mai - con la maggiore età.

[3] Ci si permette rinviare, per una disamina più ampia sul tema, al lavoro di M.G. ROSSI, *Il figlio maggiorenne non economicamente indipendente, tra diritti doveri e poteri*, in *Diritto delle successioni e della famiglia* a cura di F. dell'Anna e F. Viterbo, Atti Convegno 7-8 aprile 2017, *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete.* Napoli, 2018, p.327 ss.; Id., *Note a margine sui diritti (e doveri?) del figlio maggiorenne non indipendente economicamente e nel procedimento di negoziazione assistita*, in *La Magistratura, I nuovi diritti*, ANM, 1, 2018, p. 78 ss.

obbligo a continuare a mantenere il figlio maggiorenne ove la non raggiunta autosufficienza economica non dipenda da sua colpa[4].

Ovviamente il tutto alla luce della percezione chiara della *ratio* complessiva della norma che, in combinato disposto con gli artt. 316 e 337 *ter* c.c, invita ad assecondare la personalità e le specifiche inclinazioni ed aspirazioni naturali del figlio se pur maggiorenne indirizzate ad un progetto di studio e di crescita da lui prescelto, prospettiva personale che i genitori sono obbligati ad assecondare e non a frustrare[5].

Chiarite queste premesse di ordine ermeneutico, va detto che l'evoluzione giurisprudenziale ha portato all'attenzione dello studioso, diversi aspetti problematici e significativamente può essere affermato che: lo stabilire per il giudice, ove si collochi la negligenza del giovane rispetto all'assolvimento dei propri doveri sì da divenire economicamente indipendente dai genitori, non sempre è non privo di asperità; in questa direzione si ricorda che sta prendendo piede un diverso angolo visuale della norma interpretata[6], questa volta, non solo nell'interesse del figlio non ancora indipendente se pur divenuto maggiorenne, ma anche nell'ottica della tutela del patrimonio dei genitori in presenza di perdurante negligenza e disinteresse del figlio, studente/ disoccupato, evidentemente non disinteressato o incapace a raggiungere l'autonomia economica totale[7].

---

[4] L'argomento è trattato in chiave ricognitiva e con ampi riferimenti giurisprudenziali da F. DANOVI, *Declinazioni e mutazioni dei principi generali del processo per i figli (anche) maggiorenni*, in *Fam. dir.*, 2021, *Fam. dir.*, 2021, p. 275 ss.

[5]In tal senso, *ex multis*, cfr. Cass., 6 novembre 2009, n. 23630, in *Pluris on line*, ove emerge tra i criteri di quantificazione dell'assegno di mantenimento, in particolare quello che nella fattispecie del figlio maggiorenne non economicamente indipendente tiene conto delle: "attuali esigenze del figlio" rapportate al concreto contesto sociale e patrimoniale dei genitori e collegate ad un autonomo e compiuto sviluppo psicofisico che in ragione del trascorrere dell'età, può determinare oltre ai bisogni alimentari ed abitativi anche accresciute esigenze personali, di relazione, scolastiche, sportive, sociali, ludiche ecc. E poiché l'aumento delle esigenze del figlio è notoriamente legato alla crescita ed allo sviluppo della sua personalità, non ha bisogno di specifica dimostrazione, legittimando l'aumento dell'assegno di mantenimento anche in assenza di aumenti reddituali del genitore» (in tal senso, Cass., 28 gennaio 2009, n. 2191, in *Pluris on line*; Cass., 3 agosto 2007, n. 17055, in *Pluris on line*).

[6] Sul mutato orientamento in dottrina e giurisprudenza circa il perdurare o meno dell'obbligo del mantenimento dei figli maggiorenni, cfr. A. ARCERI*, Il mantenimento dei figli maggiorenni oggi, tra diritto di realizzarsi e diritto dell'obbligato all'affrancazione*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 343 ss.

[7] In tema di mantenimento del figlio maggiorenne si confronti: Cass, 14 agosto 2020, n. 17183*,* in *Pluris on line*, ove in un arresto inedito, i giudici di legittimità sintetizzano i diversi principi che giustificano il permanere dell'obbligo in capo ai genitori e, viceversa, delle situazioni che sicuramente escludono il diritto al mantenimento in capo al figlio maggiorenne non autosufficiente: a) la condizione di una peculiare minorazione o debolezza delle capacità personali; b) la prosecuzione degli studi ultraliceali con diligenza, da cui si desuma l'esistenza di un iter volto alla realizzazione delle proprie aspirazioni e attitudini, che sia ancora legittimamente in corso di svolgimento; c) l'essere trascorso un lasso di tempo ragionevolmente breve dalla conclusione degli studi svolti dal figlio nell'ambito che quest'ultimo abbia reputato idoneo; d) la mancanza di un qualsiasi lavo-

In seconda battuta vi è la questione relativa alla prova della raggiunta autosufficienza economica da parte del figlio maggiorenne.

Secondo l'orientamento maggiormente diffuso[8] in giurisprudenza e dottrina, l'obbligo *de quo*, postula un principio analogo alla responsabilità da inadempimento - c.d. principio di presunzione di persistenza del diritto - per il quale un diritto deve presumersi esistente se non c'è prova della sopravvenuta causa di estinzione dello stesso.

Sostanzialmente il genitore si trova a dover superare una presunzione *iuris tantum*. Presunzione che potrà essere superata processualmente, soltanto con la prova della sopravvenuta autonomia economica del figlio maggiorenne non economicamente indipendente; in difetto il genitore su cui grava l'obbligo di mantenimento in astratto, resterà obbligato fino a quando non otterà un provvedimento giudiziale che lo esoneri da tale obbligo.

Va segnalato, di contro, un orientamento giurisprudenziale che ritiene che tale onere probatorio vada temperato permettendo al genitore tenuto a corrispondere l'assegno di mantenimento, di poter acquisire, visionare ed estrarre, per assolvere a tale onere, ogni documento o copia di documento amministrativo rilasciato da pubblici organi, da cui poter ricostruire e provare l'attuale situazione economica del figlio[9].

Emerge chiaramente da quanto esposto e dalla ricostruzione giurisprudenziale richiamata, che ai fini della prova del superamento dell'obbligo di mantenimento del figlio non autosufficiente economicamente, assume una posizione primaria il rispetto delle aspi-

---

ro, pur dopo l'effettuazione di tutti i possibili tentativi di ricerca dello stesso, sia o no confacente alla propria specifica preparazione professionale.

[8] Cfr. C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni* (artt. 1218-1229 c.c.), in *Comm. cod. civ*. Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 175; G. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano, 2006, p. 75 ss.

[9] Occorre altresì rapportare il diritto d'informarsi del genitore obbligato, con il diritto alla riservatezza, quale diritto inviolabile ed irrinunciabile del figlio destinatario dell'eventuale assegno di mantenimento. Ragionevolmente, come in giurisprudenza è stato segnalato, lì dove da tali prove documentali di natura amministrativa che possano rappresentare l'esatta situazione reddituale del figlio maggiorenne, il genitore obbligato ne possa trarre la prova del proprio esonero, prevarrà questa posizione rispetto a quella del presunto avente diritto. Sovviene un importante intervento delle Sezioni Unite della S. Corte – Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2011, n. 3034 - che nell'area del rapporto diritto difesa/diritto riservatezza, ha affermato il principio per cui «la disciplina generale in tema di trattamento dei dati personali subisce deroghe ed eccezioni quando si tratti di far valere in giudizio il diritto di difesa, le cui modalità di attuazione risultano disciplinate dal codice di rito». Ne conseguirà inevitabilmente dalle osservazioni svolte una evidente compressione del diritto alla *privacy* del figlio maggiorenne che adduce la propria non autonomia economica, e ciò in favore del diritto di difesa del genitore obbligato, che può chiedere l'esibizione di dichiarazioni reddituali e della situazione previdenziale e contributiva del figlio. Il principio è richiamato anche nella recente Ordinanza della Suprema corte, Cass. 14 agosto 2020, n. 17183.

razioni culturali e professionali del figlio maggiorenne che desideri intraprendere un ciclo di studi per conseguire una migliore posizione in ambito professionale; tale esigenza va rispettata e non può determinare il venir meno del dovere di mantenimento da parte del genitore, che non può esimersi da tale obbligo.

Ciò appare ampiamente condivisibile stante il disposto normativo anche degli artt. 147 novellato e 316 e art. 337 *ter* c.c., che impongono ai genitori di rispettare le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni dei figli minori e di quelli ad essi equiparati; in contrario può sottolinearsi che ove il percorso di studi intrapreso non dia risultati soddisfacenti nel tempo, certamente per un atteggiamento non incolpevole, la scelta intrapresa dal figlio maggiorenne non autosufficiente risulterà pretestuosa e parassitaria e di ciò potrà esserne data prova dal genitore, ove voglia esimersi dall'obbligo di mantenimento del maggiorenne non autosufficiente[10].

Verosimilmente i genitori adempiuto il proprio obbligo hanno assolto al proprio dovere di mantenimento verso i figli soltanto quando abbiano consentito concretamente agli stessi di completare il percorso di studi intrapreso, secondo il generale principio di solidarietà sancito dall'ordinamento costituzionale e nel rispetto delle loro aspirazioni.

Al di là di posizioni di abuso del diritto nel rapporto genitore/figlio, l'obbligo del mantenimento non viene meno per quel dovere di solidarietà insito nell'obbligo sancito dalla legge e perdurante in presenza di determinati presupposti, come chiarito ampiamente in sede giurisprudenziale, se non in presenza del raggiungimento dell'autonomia economica del figlio[11].

In quest'ottica va segnalata una recente pronuncia resa dai giudici di legittimità[12] che hanno esaminato detto obbligo di mantenimento verso il figlio maggiorenne non economicamente indipendente, certamente in modo più esaustivo perché più attento alla realtà

[10] La S. Corte non ritiene che si possa seguire lo stesso *iter* ermeneutico della ipotesi di "perdita *di chance*" lì dove il figlio, raggiunta l'autosufficienza economica attraverso il guadagno di un reddito corrispondente alla professionalità acquisita in relazione alle normali e concrete condizioni di mercato strumentalizzi la volontà di eventuali ulteriori traguardi professionali al fine di ottenere la continuazione della corresponsione dell'assegno di mantenimento dal genitore (Cass., 3 settembre 2013, n. 20137, in *www.ilcaso.it*).

[11] Cass., 17 novembre 2006, n. 24498, in *Pluris on line*.

[12] Cass., 14 agosto 2020, n. 17183, cit., ove ha confermato il provvedimento emesso dalla Corte d'appello fiorentina, che aveva revocato il diritto all'assegno di mantenimento e l'assegnazione della casa familiare disposti in favore di un figlio di 33 anni con reddito annuo lordo pari a euro 20.973,22, inserito nelle graduatorie quale

obiettiva degli assetti familiari e soprattutto facendo attenzione agli interessi oltre che del figlio anche del genitore obbligato che, come sottolineato in modo incisivo, non può esserlo a vita.

La S. Corte[13], in precedenza, si era già soffermata sul tema dell'onere della prova, affermando come questo, nei casi di prolungamento oltre i corsi universitari, sia posto a carico del richiedente l'assegno: sarà onere del figlio non solo provare la mancanza di indipendenza economica, ma di avere curato con ogni possibile impegno la propria preparazione professionale o tecnica e di avere, con pari impegno, operato nella ricerca di un lavoro. Ciò risulta coerente, secondo i giudici, con il principio generale di vicinanza o prossimità della prova; la corte di legitimità sottolinea come, in generale, la prova presuntiva, sarà tanto più lieve per il figlio, quanto più prossima sia la sua età a quella di un recente maggiorenne; di converso, la prova del diritto all'assegno di mantenimento sarà più gravosa man mano che l'età del figlio aumenti, sino a configurare il figlio adulto, in ragione del principio di autoresponsabilità, con riguardo alle scelte di vita fino a quel momento operate e all'impegno profuso nella ricerca di una sufficiente qualificazione professionale e di una collocazione lavorativa.

Un ulteriore livello di approfondimento attiene, poi, alla misura effettiva dell'assegno di mantenimento che dovrebbe spettare al figlio maggiorenne non economicamente indipendente; il tema trova il proprio referente normativo abilmente novellato a seguito delle numerose pronunce giurisprudenziali interpretative, nell'art. 337 *ter*, argomento scrutinato in altra sede[14].

In realtà le inevitabili ricadute del tema dell'assegno di mantenimento per la prole, nella regolamentazione della crisi coniugale nella famiglia e di assegnazione della casa coniugale, sono molteplici; in particolare su quest'ultima questione, che in questa sede è d'interesse peculiare, in presenza di figlio maggiorenne non economicamente indipendente, va detto che essa rappresenta argomento ben scrutinato dalla giurisprudenza della S. Corte

insegnante non abilitato, che raramente faceva ritorno presso la casa familiare dove coabitava con la madre, essendosi trasferito in una diversa provincia proprio per insegnare.

[13] Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2011, n. 3034, cit.

[14] M.G. ROSSI, *Il figlio maggiorenne non economicamente indipendente, tra diritti doveri e poteri*, cit., p 327 ss.

che sul punto ha ormai raggiunto un assetto abbastanza uniforme[15]. La *querelle* ruota intorno alle determinanti nozioni di convivenza, coabitazione e stabile dimora del figlio maggiorenne non economicamente indipendente con il genitore collocatario, di cui più innanzi.

2. *La legittimazione a far valere il diritto al mantenimento: l'incidenza della coabitazione e/o della convivenza con il genitore collocatario*

Collegata alla precedente si presenta un'ulteriore area critica relativa alla categoria del figlio maggiorenne non economicamente indipendente, spesso oggetto di scrutinio da parte della giurisprudenza: il problema della legittimazione a far valere in giudizio il diritto al mantenimento, quindi se questo sia da ritenere esclusivamente collocato in capo al figlio maggiorenne non economicamente indipendente o anche, ed in alternativa, prerogativa del genitore collocatario.

La questione sul punto è ancora aperta poiché sembra che lo stato della giurisprudenza non sia ancora univoco[16], attribuendo parte di essa grande rilievo alla persistenza del legame familiare (abitativo?!) del figlio maggiorenne non economicamente indipendente col genitore collocatario, altra parte invece imposta su basi diverse l'esame esegetico dei relativi referenti normativi.

Verosimilmente, l'elemento che in questa questione rappresenta lo spartiacque tra la prima e la seconda soluzione è l'elemento della coabitazione/convivenza o meno del maggiorenne non economicamente indipendente, nella casa familiare con il genitore collocatario; importante indicatore discretivo dell'una o altra soluzione ermeneutica, è stato infatti ravvisato da parte della giurisprudenza nella circostanza che solo il figlio sarà eventualmente legittimato *jure proprio* a richiedere il proprio mantenimento al genitore obbligato, ove la convivenza/coabitazione sia cessata, escludendo così la legittimazione concorrente del genitore collocatario. Occorre dunque decodificare il significato dei due sostantivi "coabita-

[15] In materia di assegnazione della casa familiare, in presenza di figli minorenni/maggiorenni non economicamente indipendenti, in ragione della coabitazione con il genitore collocatario, cfr. Cass., 22 marzo 2012, n. 4555, in *Pluris on line*; Cass., 25 luglio 2013, n. 18075, in *Altalex.com*.

[16] In contrasto aperto per esempio si colloca la posizione del Tribunale di Lecce, in materia di legittimazione alternativa del figlio non economicamente indipendente rispetto al genitore collocatario (in tema di modifica delle condizioni della separazione *ex* art. 739 c.p.c.), rispetto a quella della Corte d'Appello di Lecce, sez. promiscua, cfr. sul punto: Trib. Lecce, decr. 3 febbraio 2015 (in R.V.G. 2551/2014); App. Lecce, sez. prom., decr. 19 novembre 2015, n. 3174 (in R.G. 139/2015).

zione" e "convivenza" adottati in giurisprudenza, al fine di chiarire quali possano essere i diversi effetti che ne scaturiscono rispetto all'obbligo di mantenimento del genitore verso il figlio, e se quindi esista una soluzione intermedia.

Sovviene a tal proposito una recentissima pronuncia della S. Corte[17] ove è dato cogliere affermazioni di principio di grande rilievo rispetto all'obbligo di mantenimento verso i figli maggiorenni non economicamente indipendenti, attraverso cui possono essere riconsiderate precedenti posizioni interpretative critiche.

Facendo il punto sull'inquadramento del tema in esame, dunque si ribadisce che per una parte della giurisprudenza di merito[18], all'ex coniuge separato o divorziato, non compete la legittimazione a richiedere *iure proprio* la revisione del contributo per il mantenimento del figlio maggiorenne non ancora autosufficiente economicamente, come testualmente affermato: «in difetto del requisito della coabitazione con il figlio, la quale sussiste solo in presenza di un collegamento stabile di questi con l'abitazione del genitore, compatibile con l'assenza anche per periodi brevi, purchè tuttavia, si ravvisi la prevalenza temporale dell'effettiva presenza, in relazione all'unità di tempo considerata (nella specie la S.C. ha rigettato il motivo di ricorso avverso la decisione della corte di merito, che aveva ritenuto cessato il requisito della coabitazione per effetto del trasferimento del figlio maggiorenne, per ragioni di studio, in altra località, ove aveva preso in locazione un appartamento. - Cass. 18075/2013)»; in tal caso c'è stato il rigetto della domanda per inammissibilità della stessa e sul presupposto[19] che il figlio maggiorenne, studente universitario fuori sede avesse rag-

17 Cass, 31 dicembre 2020, n. 29977, sulla quale si segnalano alcune annotazioni: L. BIARELLA, *Madre "riferimento" per le esigenze del figlio: può chiedere all'ex l'aumento per il ragazzo maggiorenne?*, in *www.Quotidiano giuridico*, 28 gennaio 2021, ove si afferma che, anche se il figlio frequenta un ateneo fuori sede e fa ritorno alla casa della madre solo per le ferie e le festività, la donna risulta comunque legittimata a richiedere l'aumento dell'assegno all'*ex* marito, qualora il ragazzo faccia riferimento alla stessa per le proprie esigenze; *Nota redazionale* in www.*FOROeuropeo.it*, ove si rimarca che in materia di separazione dei coniugi, la legittimazione "iure proprio" del genitore a richiedere l'aumento dell'assegno di mantenimento del figlio maggiorenne non ancora autosufficiente economicamente, che non abbia formulato autonoma richiesta giudiziale, sussiste quand'anche costui si allontani per motivi di studio dalla casa genitoriale, qualora detto luogo rimanga in concreto un punto di riferimento stabile al quale fare sistematico ritorno e sempre che il genitore anzidetto sia quello che, pur in assenza di coabitazione abituale o prevalente, provveda materialmente alle esigenze del figlio, anticipando ogni esborso necessario per il suo sostentamento presso la sede di studio.

18 Trib. Lecce, decr. 3 febbraio 2015, cit.

19 Si può ricavare dai verbali dell'ascolto della madre collocataria istante, cui venivano sottoposte specifiche domande dal Tribunale (Trib. Lecce, decr. 3 febbraio 2015, cit.) sul se il figlio studente universitario fuori sede, oltre alle vacanze delle festività natalizie, pasquali ed estive, facesse rientro presso l'abitazione della collocataria.

giunto un'ampia autonomia derivante dall'assenza di «un collegamento stabile con l'abitazione del genitore, benché la coabitazione possa non essere quotidiana, essendo tale concetto compatibile con l'assenza del figlio anche per periodi non brevi per motivi di studio o di lavoro, purché egli vi faccia ritorno regolarmente appena è possibile; quest'ultimo criterio deve, tuttavia, coniugarsi con quello della prevalenza temporale dell'effettiva presenza, in relazione ad una determinata unità di tempo (anno, semestre, mese: v. Cass. 4555/2012)»[20].

Orbene, mentre tale meticoloso criterio temporale può trovare una giustificazione nel contesto relativo alle scelte giudiziali in materia di assegnazione della casa familiare[21], non così può dirsi con riferimento alla verifica dell'eventuale raggiungimento dell'autonomia economica per il figlio maggiorenne; la quantificazione temporale dei rientri del figlio maggiorenne nell'abitazione familiare nell'arco dell'anno, e quindi la sua coabitazione/convivenza col genitore collocatario, invero non sempre per la corte di legittimità hanno rappresentato i giusti parametri per arguirne la raggiunta autonomia economica dello stesso. Ciò appare condivisibile per le ragioni che si espongono qui di seguito.

3. *La ricognizione delle nozioni di stabile dimora, convivenza e coabitazione nella evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte*

Nella crisi della famiglia è possibile che si abbia necessità di rivedere l'assegno di mantenimento relativo ai figli ove mutino i presupposti. Valutare se il figlio divenuto intanto maggiorenne, abbia eventualmente raggiunto l'autonomia economica, servirà dunque per escludere la legittimazione del genitore collocatario e ritenere il primo autonomo giudizialmente.

---

[20] Trib. Lecce, decr. 3 febbraio 2015, cit.

[21] Cass., 25 luglio 2013, n. 18075, in *Pluris on line*, ove viene introdotta la nozione di "collegamento stabile" tra il genitore affidatario ed il figlio maggiorenne non autonomo economicamente; orientamento confermato da Cass., 8 settembre 2014, n. 18869, in *Pluris on* line: «il coniuge separato o divorziato, già affidatario del figlio minorenne, è legittimato iure proprio,anche dopo il compimento da parte del figlio della maggiore età, ove sia con lui convivente e non economicamente autosufficiente, ad ottenere dall'altro coniuge un contributo al mantenimento del figlio. Ne discende che ciascuna legittimazione è concorrente con l'altra, senza, tuttavia, che possa ravvisarsi un'ipotesi di solidarietà attiva, ai cui principi è possibile ricorrere solo in via analogica, trattandosi di diritti autonomi e non del medesimo diritto attribuito a più persone»; Cass., 7 giugno 2017, n. 14241, in *Fam. dir.*, 2017, p. 363 ss.

Dati i presupposti appena esaminati ne discende che attraverso le nozioni di coabitazione e convivenza con il genitore collocatario, ma probabilmente alla luce di altre considerazioni rinvenienti dal dettato costituzionale - come indicato in più occasioni e già da tempo dalla S. Corte[22] - in un'ottica ermeneutica un po' differente da quella appena citata in materia di assegnazione della casa familiare, si possa giungere a delle conclusioni un po' differenti.

Il Supremo Collegio, con una pronuncia assolutamente condivisibile[23] aveva ritenuto di bilanciare la precedente posizione[24] - assunta in tema di necessaria coabitazione del figlio maggiorenne non autosufficiente economicamente - che aveva dato una lettura molto rigorosa e restrittiva circa il concetto di "stabile dimora".

Invero il diverso orientamento che qui si vuol rimarcare coniava già dal 2005[25] un'interpretazione più estensiva ed ampia, secondo la quale al fine di ritenere integrato il requisito della coabitazione, «basta che il figlio maggiorenne - pur in assenza di una quotidiana coabitazione, che può essere impedita dalla necessità di assentarsi con frequenza, anche per non brevi periodi, per motivi, ad esempio, di studio o lavoro - mantenga tuttavia un collegamento stabile con l'abitazione del genitore, facendovi ritorno ogni qualvolta gli impegni glielo consentano e questo collegamento, se da un lato costituisce un sufficiente elemento per ritenere non interrotto il rapporto che lo lega alla casa familiare, dall'altro, concreta la possibilità per tale genitore di provvedere , sia pure con le modalità diverse, alle esigenze del figlio» .

Da questa già nota posizione più elastica assunta poi da una costante giurisprudenza, si è passati a quella[26] che in modo più analitico, nel tentativo forse di evitare che la nozione di coabitazione potesse essere confusa con la "mera ospitalità" del figlio maggiorenne non economicamente indipendente, ha ritenuto presente il requisito della coabitazione in presenza di un triplice criterio: regolarità del ritorno del figlio alla casa familiare (elemento da cui emerge la volontà del ragazzo di non volersi allontanare definitivamente dal genitore); la

[22] Cass., 27 maggio 2005, n. 11320, in *Pluris on line.*
[23] Cass., 27 maggio 2005, n. 11320, cit.
[24] Cass., 22 aprile 2002, n. 5857, in *Pluris on line.*
[25] Cfr. Cass. 27 maggio 2005, n. 11320, cit.

prevalenza temporale dei periodi di ritorno rispetto a quelli di assenze in un determinato lasso di tempo; l'effettiva presenza del figlio nel luogo di coabitazione con il genitore in relazione alla medesima unità di tempo.

Nel giusto solco tracciato dal Supremo Collegio nel 2005 e poi chiarito nel 2012, s'inserisce la pronuncia[27] del 2013, con cui la Corte statuisce qualcosa in materia di assegnazione della casa coniugale che verrà poi utilizzato impropriamente per stabilire se il figlio maggiorenne non economicamente indipendente verrà considerato tale così da diventare l'unico legittimato ad agire nelle azioni relative al proprio mantenimento.

Più realisticamente il provvedimento del 2013 presentava delle criticità in sede applicativa che possono aver dato luogo a decisioni, nella materia esaminata, sostanzialmente poco appropriate rispetto alla legittimazione esclusiva del figlio maggiorenne non economicamente indipendente.

In effetti va rammentato che in presenza di figli maggiorenni non autonomi, ma conviventi con uno dei genitori, la domanda di mantenimento può essere fatta dal coniuge anche in sede di separazione o divorzio ed in questa ipotesi ci sarebbe una legittimazione concorrente, ferma la legittimazione del figlio, con il quale convive, ad agire personalmente[28], al di fuori del procedimento di separazione e divorzio.

Si tratta di due diritti autonomi e non dello stesso diritto attribuito a più persone atteso che il creditore è unico, il figlio; ma in assenza di un'autonoma richiesta del figlio potrà il genitore agire *jure proprio* per la soddisfazione di un diritto del figlio, ma per un interesse anche proprio.

---

[26] Cass., 22 marzo 2012, n. 4555, cit.; Cass., 19 marzo 2012, n. 4926, in *Fam. dir.*, 2013, con nota di V. CARNEVALE, *Sul diritto dell'intervento del figlio maggiorenne economicamente non indipendente nei giudizi di separazione: un primo passo verso il riconoscimento di una partecipazione necessaria?*

[27] Cass., 25 luglio 2013, n. 18075, cit.

[28] Su questo aspetto, cfr. F. DANOVI, *Declinazioni e mutazioni dei principi generali del processo per i figli (anche) maggiorenni*, cit., p. 279 ss., per il quale «la posizione dei figli maggiorenni è dunque ibrida e complessa, assommando alla piena capacità da punto di vista del diritto, il perdurante bisogno di tutela per l'assenza d'indipendenza economica. In questa prospettiva, occorre comprendere se sul piano del processo il dato della maggiore età comporti il venir meno del particolare regime di protezione normalmente riservato al minore e in particolare se possa applicarsi anche in suo favore la deroga al principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, se permanganopoteri d'iniziativa officiosa ovvero debbano (e in quale misura) tornare a rivivere i tradizionali oneri di impulso processule delle parti ed i relativi carichi probatori. Ancora è necessario verificare quale ruolo assumano i figli maggiorenninei procedimenti della crisi familiare, nei quali è in discussione anche la loro posizione e verificare la disciplina della legittimazione dei figli a far va-

La nozione di interesse ad agire porta infatti a scolpire il discorso su una struttura di interesse composito del figlio congiuntamente a quello del genitore a che il primo possa continuare gli studi e veder soddisfatte le proprie inclinazioni, aspirazioni ed esigenze. Ciò legittima il genitore non obbligato a richiedere il mantenimento all'altro coniuge, ovvero una revisione delle precedenti condizioni, al fine di di vedere concretamente attuate le esigenze culturali e di sviluppo psicofisico del figlio, anche per ottenere la restituzione di quanto anticipato nell'inerzia dell'altro genitore.

In quest'ottica che inquadra la legittimazione del genitore concorrente con quella del figlio, risulta critica la prospettazione interpretativa che offriva la Corte col provvedimento del 2013 determinata dall'elemento della necessaria coabitazione del figlio maggiorenne non economicamente autonomo con il genitore affidatario, quale elemento che determini in via esclusiva la legittimazione di quest'ultimo; tale non condivisibile orientamento ha sottolineato che in assenza di un collegamento stabile del figlio maggiorenne non autosufficiente con la casa del genitore collocatario, verrebbe meno la legittimazione concorrente del genitore ad agire nell'interesse del figlio, restando esclusiva la legittimazione del figlio; cosicché oggi nella giurisprudenza di merito si dibatte intorno alla nozione di "collegamento stabile", rilevante ai predetti fini.

Si ritiene invece che l'applicazione di tale principio sia da valutarsi comunque caso per caso, atteso che il collocamento di un figlio maggiorenne, studente fuori fede, non deve necessariamente essere inteso quale elemento atto a determinare la cessazione della coabitazione; e quindi equivalente al raggiungimento di un'autonomia " economica", come l'arresto del 2013[29] indica, facendone scaturire l'assenza della legittimazione alle azioni relative all'assegno di mantenimento, nel genitore collocatario.

Di contro appare *in re ipsa* che il figlio maggiorenne non autosufficiente, che frequenti un corso universitario fuori sede, passi dei periodi anche lunghi lontano dalla residenza familiare, non coabitando materialmente col genitore collocatario in detti periodi, per assicurarsi la frequenza dei corsi; con ciò non dovendosi necessariamente concludere che lo stesso non conviva più con lo stesso e che sia diventato autonomo.

---

lere i propi diritti, in via autonoma o in concorso con un genitore, anche spiegando intervento nel processo in corso tra i genitori stessi».

[29] Cass., 25 luglio 2013, n. 18075, cit.

Deve quindi condividersi oggi, l'impostazione per la quale la nozione di «convivenza non può identificarsi nella mera condivisione del medesimo "tetto", configurandosi al contrario tale nozione nello "stabile legame tra due persone connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti anche quando non sia contraddistinto da coabitazione»[30].

Meraviglia che il provvedimento del 2013 citato in materia di assegnazione della casa familiare[31], possa essere stato considerato solo nella sua astrattezza, ove invece da un'attenta esegesi, può ben desumersi che esso non possa essere considerato che per la finalità per cui è stato argomentato: l'assegnazione casa familiare; il vero è che esso cerca di risolvere la *querelle* relativa al bilanciamento di due diritti contrapposti di rilievo costituzionale, quello del figlio al mantenimento del suo *habitat* domestico, quale luogo d'elezione per favorire ed implementare il suo armonico sviluppo psico-fisico (art. 30 cost.) ed il diritto di proprietà del genitore (art. 42 cost.).

Pertanto applicare il criterio assegnazione casa familiare/coabitazione necessaria del figlio maggiorenne con il genitore, a fattispecie diverse - modifica assegno mantenimento del figlio maggiorenne - si presta certamente a soluzioni inique; specie ove si tenga a mente il profilo della conseguenza dell'esclusività della legittimazione ad agire del figlio e l'estromissione del genitore collocatario dallo scenario processuale relativo all'assetto dei rapporti patrimoniali, genitore che comunque deve provvedere a tutte le esigenze economiche del figlio maggiorenne.

Non a caso i giudici di legittimità con la pronuncia del 2012[32] avevano ben chiarito che la necessità della coabitazione da parte del figlio maggiorenne col genitore collocatario, vada però considerata alla luce della circostanza per cui una volta raggiunta la maggiore età, un giovane ha esigenze lavorative o di studio che possono portarlo ad allontanarsi da quella casa.

In tale prospettiva s'inserisce una condivisibile pronuncia di una Corte territoriale che invece ha chiarito, sulla scorta dei rilievi della Corte di legittimità, che «ciò che rileva, secondo il Collegio, non è stabilire con rigidi criteri matematici se egli trascorre più della metà

[30] Cass., 21 marzo 2013, n. 7128, in *Pluris on line*.
[31] Cass., 25 luglio 2013, n. 18075, cit., cui hanno fatto seguito *ex multis*, Cass., 17 giugno 2019, n. 16134, in *Pluris on line*; e Cass., 14 agosto 2020, n. 17183, cit.
[32] Cass. 22 marzo 2012, n. 4555, cit.

di una determinata unità di tempo (anno, semestre, mese, Cass. 4555/2012) con il genitore. È infatti evidente che questo orientamento induce a riconoscere la legittimazione attiva straordinaria o concorrente del genitore solo quando il figlio si allontana sporadicamente e, quindi, per ragioni diverse da quelle di studio o di lavoro, che normalmente occupano parte prevalente dell'anno (o del semestre o del del mese). È invece assorbente la considerazione che il figlio maggiorenne non autosufficiente fa sempre capo al genitore con cui coabita per reperire le risorse economiche necessarie per soddisfare le sue esigenze, a cui non può provvedere autonomamente. Non si vede quindi come si possa negare la legittimazione concorrente della odierna reclamante a chiedere, in presenza di circostanze nuove, la revisione del contributo per il mantenimento, a carico dell'altro genitore»[33].

4. *Recenti sviluppi giurisprudenziali sul tema: Cass., 31 dicembre 2020, n. 29977*

Appare d'interesse, in questa sede, richiamare una recente pronuncia del supremo giudice di legittimità[34] che - anche sulla scorta dei principi richiamati dalla Procura Generale presso la Cassazione[35] - in questo scenario ormai chiarito ed acclarato, ha avuto modo, con riferimento ad un procedimento relativo alla modifica delle condizioni della separazione da parte della madre già assegnataria del figlio divenuto maggiorenne e studente fuori sede, di affermare una soluzione *de iure condendo* utile alla risoluzione del conflitto; ciò attraverso un procedimento ermeneutico condivisibile che ha toccato varie norme contenenti noti principi costituzionali o di diritto sostanziale; dagli artt. 29 e 30 cost., passando attraverso l'art. 316 *bis* c.c., in materia di concorso nel mantenimento.

Il principio generale che se ne può trarre è che: fermo restando il dovere dei genitori di mantenimento dei figli *ex* artt. 29 e 30 cost., e fermo restando il consolidato assetto giurisprudenziale[36] in ordine al permanere fino al raggiungimento dell'indipendenza economica di tale obbligo, ovvero fino a quando il figlio non sia posto nelle concrete condizioni per poter essere economicamente autosufficiente, viene sottolineato che al diritto del figlio cor-

[33] Corte d'Appello Lecce, decr. n. 139 del 2015 (R.G. 3174/2015).
[34] Cass., 31 dicembre 2020, n. 29977, cit.
[35] Cfr. requisitoria Procura Generale Corte Cassaz., in R.G. 1634/2016-20675/2016, cause riunite, ud. Discuss. 16 settembre 2020, p. 1 s.
[36] *Ex multis*: Cass., 6 dicembre 2013, n. 27377, in *Pluris on line*; Cass., 17 novembre 2006, n. 24498, cit.; Cass., 11 gennaio 2007, n. 407, in *Pluris on line*.

risponde il dovere dei genitori, come obbligo di natura solidale di sostenere il pieno sviluppo della sua personalità, delle sue inclinazioni ed aspirazioni, anche attraverso la messa a disposizione del contributo economico, ed al figlio cui non sia contestabile l'impegno e la diligenza nel conseguimento della laurea, spetta il mantenimento «fino ad un lasso di tempo sufficiente dopo il conseguimento del titolo di studio»[37].

Nella requisitoria si sottolinea che «trattandosi di un diritto fondamentale di rilievo costituzionale, l'ordinamento deve assicurare ad esso una speciale protezione, con la conseguenza che il genitore deve concorrere al mantenimento non solo per la sua parte, ma deve anche verificare e garantire che l'altro genitore adempia, affinché il o la giovane adulto/a abbia le risorse economiche necessarie a completare il suo processo di maturazione e autonomia» [38]

Un elemento che va messo in rilievo, nelle note del P.M., è l'interesse di chiunque a far valere l'inadempimnento grave dell'obbligo al mantenimento dei figli da parte dei genitori, obbligo di natura composita e solidale ed indirizzato allo sviluppo secondo le inclinazioni e le necessità del figlio minorenne o maggiorenne non autonomo: «conferma questa impostazione l'art. 316 *bis* c.c., rubricato "concorso al mantenimento", che stabilisce che "chiunque vi abbia interesse" può far valere l'inadempimento al concorso nel mantenimento, a maggior ragione il genitore deve essere legittimato *iure proprio* a chiedere nel di lui interesse, il contributo economico necessario a concludere il percorso educativo e formativo in atto. Inoltre, preme osservare che il diritto al mantenimento (Cass. 32529/18) e, in conseguenza, la legittimazione concorrente, assicura non solo la sua concreta azionabilità, ma colma anche l'evidente squilibrio della posizione sostanziale e processuale del genitore – adulto e autonomo – favorendo l'effettività del ricorso»

Nel caso scrutinato dalla Corte di legittimità, qui in esame, il supremo giudice, ribadendo la «perdurante legittimazione del coniuge già affidatario, in difetto di richiesta di corresponsione diretta dell'assegno da parte del figlio divenuto nelle more maggiorenne, si configura come autonoma, nel senso che il genitore già collocatario resta titolare, nei confronti dell'altro genitore obbligato, di un'autonoma pretesa basata sul comune dovere nei

[37] Cass., 14 agosto 2020, n. 17183, cit.
[38] Cfr. requisitoria Procura Generale Corte Cass. in R.G. 1634/2016-20675/2016, cause riunite, ud. Discuss. 16 settembre 2020, cit.., p. 3 ss.

confronti del figlio ai sensi degli att. 147 e 148 c.c. (tra le tante Cass. 25300/2013 e Cass. 35629/2018)»[39] ha modo di soffermarsi sull'elemento della "coabitazione".

A proposito dell'alternativa tra versamento diretto al figlio maggiorenne o al genitore collocatario come prevista dall'art. 337 *septies* c.c., la Corte sottolinea come la coabitazione possa costituire, nelle ipotesi più frequenti, ai fini delle determinazioni sul giudice sulla scelta, il «parametro fattuale di rilevanza indiziaria, idoneo a giustificare la deroga alla regola generale della corresponsione diretta della somma a titolo di contributo al mantenimento al figlio maggiorenne»; ma soggiunge più in generale che «la coabitazione può assurgere ad univoco indice del fatto che permanga un più intenso legame di comunanza familiare tra il figlio maggiorenne e il genitore con cui abita e che sia quest'ultimo la figura di riferimento per il corrente sostentamento del primo e colui che provvede materialmente alle sue esigenze»[40]. Naturalmente ciò è da intendersi alla luce di una nozione di "coabitazione" anche di natura non continuativa ma eventualmente interrotta periodicamente dalle necessità di frequenza dei corsi universitari, come anzidetto e spiegato chiaramente dalla Suprema corte.

Nella pronuncia qui in esame del 2020, il giudice di legittimità prosegue aggiungendo che «ciò che decisivamente rileva […] ai fini della legittimazione, è che il genitore di cui trattasi sia appunto la figura di riferimento del figlio per il suo corrente sostentamento del primo e colui che provvede materialmente alle sue esigenze: elemento, questo, rispetto al quale la convivenza ha valore puramente inferenziale. […] Mentre il rapporto coniugale è connotato di regola da una quotidiana coabitazione e dalla unicità di interessi familiari, quello di filiazione può essere più spesso caratterizzato, in presenza di peculiari e personali interessi del figlio, specie se maggiorenne, da una sua presenza solo saltuaria per la necessità di assentarsi con frequenza per motivi di studio o di lavoro anche per non brevi periodi (Cass. n. 11320/2005)»[41].

Ciò ribadito, il giudice di legittimità si sofferma efficacemente altresì, sulla ipotesi di «sporadicità dei rientri presso l'abitazione del genitore» che non riveste alcun rilievo stanti le sueposte ragioni dell'allontanamento, e conclude dunque nel senso che «pur in difetto

[39] Cass., 31 dicembre 2020, n. 29977, cit., per le annotazioni *retro* nota 17.
[40] Cass., 31 dicembre 2020, n. 29977, cit.
[41] Cass., 31 dicembre 2020, n. 29977, cit.

della prevalenza temporale della presenza del figlio nella casa del genitore già collocatario, quest'ultimo e la sua casa potranno essere rimasti per il primo, un punto di riferimento stabile del nucleo familiare, sebbene "ristretto" all'esito della separazione coniugale, stante la sitematicità del ritorno del figlio studente in quel luogo, compatibilmente con i suoi impegni universitari o, in generale, di studio»[42].

Ed ancora lo stesso giudice, cogliendo nel segno e facendo tesoro di oggettivi accadimenti che connotano di consueto, il rapporto figlio/genitore già collocatario, nel conflitto genitoriale - questioni più note al giudice di merito - si sofferma sulla ipotesi di anticipazione di "esborsi necessari" nella sede di studio del figlio, «soprattutto, poi, potrà verificarsi in concreto che sia quel genitore, pur in assenza di coabitazione abituale o prevalente, a provvedere alle esigenze del figlio stesso, anticipando ogni esporso per il suo sostentamento presso la sede di studio. Nel concorso di dette circostanze, il cui accertamento non può che essere rimesso ai giudici di merito, trova giustificazione la legittimazione *iure proprio* di cui si sta trattando, sempre che sia mancata la richiesta in via giudiziale, da parte del figlio maggiorenne, di corresponsione diretta dell'assegno di mantenimento»[43].

Conclude il Collegio supremo, con questa condivisibile pronuncia attenta a particolari chiariti con meticolosa cura, nel senso «di dover dissentire dall'indirizzo espresso in alcune pronunce di questa Corte (Cass. 4555/2012 e Cass. 18075/2013) secondo cui, anche nella ipotesi di allontanamento del figlio per motivi di studio, la persistenza della legittimazione *iure proprio* del genitore già collocatario deve valutarsi in base al criterio discretivo della prevalenza temporale della coabitazione, potendo mutuarsi i principi affermati sull'assegnazione della casa familiare. In relazione a quest'ultima tematica, il parametro è certamente dirimente, atteso che è solo l'effettiva e fisica presenza del figlio nella casa familiare a giustificarne l'assegnazione al coniuge già collocatario»[44].

In modo nitido atto a fugare ogni dubbio interpretativo, si afferma in via conclusiva, un principio chiaro nella particolare ipotesi dell'allontanamento del figlio maggiorenne per motivi di studio: «con riguardo alla legittimazione *iure proprio* del genitore a richiedere all'*ex* coniuge il contributo per il mantenimento del figlio, nella particolare ipotesi del suo allon-

[42] Cass., 31 dicembre 2020, n. 29977, cit.
[43] Cass., 31 dicembre 2020, n. 29977, cit.
[44] Cass., 31 dicembre 2020, n. 29977, cit.

tanamento per motivi di studio, la casa ove vive il coniuge già collocatario assume rilevanza solo come luogo di "ritorno" e ritrovo del nucleo familiare nei termini di cui si è detto, sicché non è pertinente, ai fini che qui interessano e per quanto precisato, l'accertamento dell'assidua o prevalente frequentazione della casa da parte del figlio»[45].

5. *Considerazioni conclusive*

Volendo trarre delle riflessioni conclusive, dal provvedimento in esame, ed alla luce degli approdi giurisprudenziali di cui già lo studioso disponeva, è stato possibile per i giudici di legittimità, nel recente arresto, fare un ulteriore passo avanti.

Attraverso una rilettura costituzionalmente orientata delle norme relative alla responsabilità genitoriale ed agli obblighi che ne discendono verso il figlio maggiorenne non economicamente indipendente, la Suprema Corte ha scandagliato ogni utile particolare della vita familiare e degli aspetti peculiari della coabitazione con il genitore già collocatario, per enuclearne un principio chiaro.

Nel ribadire il riconoscimento del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne non economicamente indipendente, e rivisitando i concetti di coabitazione, convivenza e stabile dimora, si è ridefinito il contorno della nozione di autonomia economica e quindi il confine non sempre certo tra le due aree, che però segna la cessazione dell'obbligo di mantenimento da parte dei genitori.

Nel provvedimento della S. Corte n. 29977/2020, ricco di spunti critici e richiami giurisprudenziali significativi, è stato autorevolmente tratteggiato un quadro di sintesi del materiale giurisprudenziale ad oggi esistente, con indicazione di un tracciato da seguire per dare singole risposte alle fattispecie concrete.

Da esso sono emersi i tratti discretivi delle costruzioni rese dal Supremo collegio in materia di assegnazione della casa familiare in sede di crisi della famiglia, ovvero della stessa nozione, vista nell'ottica della coabitazione/convivenza nella stessa.

Da tali elementi è stato possibile trarre importanti conclusioni ai fini del riconoscimento della concorrente legittimazione ad agire, in sede di modifica dell'assegno di mante-

[45] Cass., 31 dicembre 2020, n. 29977, cit.

nimento, da parte del genitore collocatario con quella del figlio maggiorenne non economicamente indipendente, ove difetti[46] la eventuale richiesta da parte di quest'ultimo[47].

La tutela quindi di questo soggetto vulnerabile quale espressione del superiore interesse del minore[48], quale è il figlio maggiorenne non economicamente indipendente, studente che sta sviluppando le proprie attitudini psicofisiche e si sta temprando, è inderogabile e non ammette limitazioni generiche ed immotivate.

Proprio perché lo *status* di quest'ultimo corrisponde di solito ad una situazione di debolezza e dipendenza economica, è compito dell'ordinamento tutelarlo e ciò richiede grande cura nel bilanciamento di interessi che, se lesi, possono creare danni e scompensi con ricadute che rivestono a volte caratteristiche di gravità.

La possibilità dunque che il genitore (già) collocatario possa avere in alternativa a quella del figlio maggiorenne che non l'abbia azionata, una legittimazione processuale a richiedere/modificare l'assegno di mantenimento, è diretta e chiara proiezione di tali impellenti necessità[49].

In ciò sembra che la funzione nomofilattica della Corte di legittimità abbia pienamente assicurato una tutela sostanziale a tale soggetto, perché ha dato concreta attuazione ad importanti indirizzi costituzionali; tale funzione ha messo in luce che, ai fini della identificazione della raggiunta indipendenza economica rispetto al genitore obbligato al mantenimento, non sia determinante l'aspetto quantitativo del tempo che egli trascorre coabitando con il genitore collocatario, bensì la determinazione del "punto di riferimento" assunto dal giovane quale sponda sicura di tutela nonché fonte da cui trae il proprio sostentamento economico. E ciò nonostante per esigenze di studio/lavoro, trascorra gran parte dell'anno lontano da quel centro d'interesse e di riferimento.

---

46 F. DANOVI, *Declinazioni e mutazioni dei principi generali del processo per i figli (anche) maggiorenni*, cit., p. 279 ss.
47 Cass., 17 maggio, 2017, n. 12392, in *Pluris on line*.
48M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale* fil rouge *dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 763 ss., ove l'a. rimarca che l'attuazione dell'interesse del minore costituisce il filo conduttore della disciplina della filiazione, in particolare dell'esercizio della responsabilità genitoriale.
49 Cass., 19 marzo 2012, n. 4926, cit., p. 41 ss., con nota di V. CARNEVALE, *Sul diritto dell'intervento del figlio maggiorenne economicamente non indipendente nei giudizi di separazione: un primo passo verso il riconoscimento di una partecipazione necessaria?*

Abstract

The Author retraces the argumentative procedure followed by the Supreme Court in the context of parent-child adult relationships, in the crisis of the family and therefore on the obligation of each of the parents, in particular thenon- "collocatario" to pay the maintenance allowance. It focuses in particular on a recent jurisprudential guideline useful for the identification of the achieved economic independence of the child, compared to the parent obliged to support, in the case of a child not economically independent. According to the new port of call of the Judge of legitimacy (Cass. Civ., 31 December 2020, n. 29977) is not decisive the quantitative aspect of the time that the young person spends living with the parent placement; but the determination of the "parent reference for the needs of the child" assumed by the same, as a safe side of protection and source from which he still draws his financial support, even in the absence of the support of the other parent. And yet, for study/ work needs, spend much of the year away from that center of interest and reference.

Lecce, luglio 2021.

FELICE MERCOGLIANO*

*Rolf Knütel (1939-2019). Un ricordo***

Il Professor Rolf Knütel intendo ricordarlo appena tramite qualche mia personale impressione, lasciando consapevolmente a ben più titolati e competenti colleghi suoi profili scientifici ed accademici. Ricordi che in principio ritrovo a cavallo tra il 1988 e il 1989. Quest'ultimo sarebbe stato l'anno epocale della 'caduta del muro' e per la Germania sarebbe passata una trasformazione del mondo intero. Comunque, cerchiamo di andare per ordine.

Esporrò qui dunque ricordi di un allievo italiano, così come felicemente recita il titolo che a questo mio breve intervento ha voluto dare l'impeccabile organizzatore (ed erede accademico) di questa giornata di commemorazione, Martin Schermaier, amico da più di trent'anni. Ma il titolo con la sottolineatura 'italiana' l'ha voluto soprattutto l'amico mio tedesco fraterno, Ingo Reichard, che verso l'Italia (e le italiane…) ha indirizzato una parte della personale esperienza di vita e sensibilità umana, caratterizzata da una apertura *extra nationes*, incredibilmente così rara ora che sovranismi e chiusure 'pandemiche' hanno preso malauguratamente il sopravvento. Mi sia consentito di ringraziare subito entrambi di tutto cuore, per l'invito ricevuto e spero di non deludere del tutto le aspettative, affidandomi ad un esercizio di purtroppo fallace memoria.

A Knütel venni destinato per un'intuizione benedetta del mio sempre compianto maestro, Tullio Spagnuolo Vigorita, che lo individuò quale guida che mi sorreggesse in una formazione iniziale, che per me si prospettava durissima, dato che ero una sorta di *homo novus*

* *Professore ordinario di Istituzioni e Storia del diritto romano presso l'Università di Camerino. Affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.* Testo in italiano dell'intervento più ampio, tenuto alla commemorazione del Professor Rolf Knütel l'8 ottobre 2021 presso l'Università di Bonn.

in famiglia per le materie storico-giuridiche (mia madre era insegnante di lettere, mio padre ingegnere geotecnico); inoltre soffrivo in casa l'assoluta mancanza di una biblioteca romanistica adeguata a studi specialistici. Specializzarsi presso maestri tedeschi, peraltro era una scelta convintamente propagata in noi da Luigi Labruna, sulla scia dei suoi di maestri, Antonio Guarino e Francesco de Martino. Il primo, infatti, lo aveva destinato ad Amburgo da Max Kaser, ove si recherà anni dopo anche Spagnuolo Vigorita spinto da De Martino, a varie riprese dal 1965 al 1967. Qui aveva conosciuto e intrecciato un'amicizia irripetibile con Knütel, intessuta di intensissimi rapporti amicali e scambi epistolari. Ne avevo avuto qualche presagio a Napoli ogni volta che ci si recava a fare rilegare (a piazza del Gesù: la rilegatrice peraltro era antipaticissima!) Labeo e Iura per Knütel, riviste che Spagnuolo ogni anno comprava qui dall'editore Jovene con un cospicuo sconto e poi gli spediva dopo accorte impacchettature a cura della moglie, Bianca. Così come mi era nota una predilezione per una certa acquavite, da Spagnuolo acquistata apposta in Italia per lui. Il legame personale d'amicizia era tra i due fortissimo. Fu così che nel luglio 1988 Spagnuolo indirizzò una lettera di *commendatio* a mio favore presso il Consiglio Nazionale delle Ricerche – Comitato per le scienze giuridiche e politiche, per la concessione di un contributo ad un soggiorno di studio annuale. Ma di tutto ciò l'artefice era Labruna, *illo tempore* al CNR. In questa lettera Spagnuolo indicava Knütel come professore disposto ad accogliermi e guidarmi nello studio dell'argomento delle *actiones ficticiae*, che mi era stato assegnato da Labruna e che costituirà il tema di una mia monografia, che poi pubblicai.

Knütel mi fece trovare una stanza arredata (anche se poco!) da un suo allievo in forza all'Istituto che dirigeva, Thomas Hadamek, che fu anche il primo in assoluto a piazzarmi davanti a un computer e istruirmi sulle modalità di scrittura che fino ad allora avevo praticato a mano. Ricordo che nemmeno Knütel scriveva a quel tempo al computer, com'è ovvio. Nel mio ricordo, anzi, usava incidere a voce in un piccolo registratore quello che poi la sua segretaria, Frau Maron, avrebbe dattiloscritto risentendolo. Ciò dà appena l'idea dell'efficienza e della laboriosità della persona, che s'inseriva in un contesto di pochissimo personale non docente: infatti v'era un'unica altra addetta alla biblioteca, Frau Bartels, e poi un prezioso aiuto veniva dagli Hilfskraftstudenten. Mi disse, appena arrivato, un motto dall'imperdibile significato educativo: «Keine Müdigkeit vorschützen», destinandomi la mitica camera del

vecchio Flume, ormai trasferitosi al piano di sopra del sobrio Istituto di diritto romano e comparazione giuridica. Diretto questo da Knütel con pervasiva presenza e spirito di osservazione verso colleghi, assistenti, ospiti e collaboratori tutti. Il solo suo collega *maior* era Horst Heinrich Jakobs, verso cui portava un rispetto e un affetto profondo, incrinato talvolta soltanto dai sospetti di interpolazioni che Jakobs insinuava *more antiquo* nelle sedute incentrate sulla traduzione dei Digesta, a cui tutti noi partecipavamo, con cadenza settimanale. Difatti, da anni Knütel aveva già intrapreso un immane sforzo di traduzione dell'intero *Corpus iuris civilis*, finanziato dalla fondazione Krupp. Agli esordi Knütel aveva organizzato incontri a Villa Vigoni (sulla collina affacciata sul lago di Como, lasciata in legato al governo tedesco per favorire contatti culturali italo-tedeschi), dapprima sulle *Institutiones* giustinianee, di cui Spagnuolo, che vi era stato più volte invitato, parlava come un momento indimenticabile di confronto e discussione d'elevato livello romanistico. Nello stesso periodo, ricordo, Knütel passò l'incarico all'amico Tullio di scrivere per il prestigioso Reallexikon für Antike und Christentum la voce sulla confisca in diritto romano.

La prima immagine reale di Knütel l'ebbi quando Ingo, che m'era venuto a prendere alla stazione di Bonn, mi portò da lui che volle invitarci a pranzo in un sobrio locale bonnense, senza sfarzo, nella zona universitaria del Juridikum su Adenauerallee: alto, proporzionato, diritto, in un completo blu, che poi scoprii essere il suo colore di vestiario pressoché abituale, e cravatta regimental, mi colpii immediatamente anche per l'impressionante candore dei capelli, pur folti e ben ordinatamente pettinati, che incorniciavano con serietà un bel volto distinto e da studioso, anche se visibilmente non privilegiato dal sole del sud che egli ricordava caratterizzare invece la faccia 'mediterranea' del mio maestro Spagnuolo. In seguito, mi dedicai a frequentare un terzo corso di tedesco *in loco* del Goethe-Institut e non iniziammo subito a dar corso a degli appuntamenti periodici ogni lunedì, che Knütel mi fissò in seguito a cadenze regolari, assegnandomi il lavoro da svolgere, a un certo punto centrato da lui stesso sul tema della *diligentia quam in suis*, su cui pubblicai in *Index* l'anno successivo 1991. Ma anche prima mi aveva seguito da par suo, sin da un contributo sui *Tituli ex corpore Ulpiani*, per cui mi mise a disposizione uno schedario che presso l'Istituto faceva redigere a cura degli studenti interni, strutturato per fonti. In pratica, sceglieva alcune opere importanti e faceva riversare le fonti ivi citate in schede ordinatamente scritte a mano.

Mi regalò, dicendomi che ogni romanista avrebbe dovuto leggerla attentamente, una copia della *Einführung in das Studium der Digesten* di Fritz Schulz, che era stato il maestro di Flume e il cui ritratto campeggiava nella grande sala in cui tenevamo gli incontri di studio e traduzione titolo per titolo dei Digesti, insieme con quello di Savigny, se non ricordo male dopo tanti anni. La biblioteca dell'Istituto, che faceva da contorno degnissimo, completava un'atmosfera che in spazi contenuti ispirava tuttavia una imperdibile continuità di scienza romanistica incarnata dal professore Knütel, il quale disponeva di una personale biblioteca privata leggendaria. Ora meritoriamente oggetto di intenzioni di acquisizione per l'Università di Varsavia da parte dell'amico Franciszek Longchamps de Bérier e del collega Tomasz Giaro, che mi pare fosse stato l'unico a precedermi come ospite straniero in quel di Bonn qualche tempo prima. L'amore per i libri e la predilezione bibliofila mi apparve ben presto come un tratto della personalità di Knütel, che infatti mi contagiò se si pensa che in breve tempo acquistai dall'*Editio maior* alla *Iurisprudentia antehadriana e anteiustiniana* in edizioni rilegate, oltre una serie di volumi fondamentali per la formazione seppur ancora acerba che cercavo di intraprendere.

Conobbi per la prima volta la bella villetta nella quale Knütel viveva con la moglie, Frau Barbara e i due figli, nella riposante Wachtberg-Pech in occasione di un momento conviviale che ricordo con struggente nostalgia ancor oggi. Al termine di un ciclo faticoso di seminari di traduzione dei Digesta, Knütel organizzò per tutti noi, gli studenti partecipanti, nonché i due assistenti, Ingo e Wolfgang Ernst, un giro in bicicletta lungo il Reno, procurando per me una bicicletta appositamente facile alla mia pedalata 'napoletana'. Al termine, gustammo in comune salsicce e bevemmo birra tutti insieme. Anche un'altra volta Knütel, in occasione di una venuta di miei zii con amici da Napoli, ci riunì in un'indimenticabile tavolata, a cui partecipò anche un allievo di Alvaro d'Ors, Rafael Domingo, ricordo, che, pur venuto un po' in odore di Opus Dei, si rivelò un ragazzo simpatico e allegro.

Tornai dal primo periodo annuale di soggiorno di studio a Bonn nel gennaio 1990, per tornarvi una seconda volta per altri sei mesi nella seconda metà del 1992, da dottorando di ricerca. Incrociai nella grande sala comune che ora mi venne assegnata, dato che il nuovo assistente, Altmeppen, aveva rilevato la vecchia stanza ex-Flume, Riccardo Cardilli, un coreano, Jinki Li, e una peruviana, Amezaga credo si chiamasse, stavolta. Fu allora che appresi

della mia destinazione a Camerino quale ricercatore universitario finalmente di ruolo e iniziò un'altra storia accademica con Knütel, al quale mi legai ancor più indissolubilmente. I rapporti intrecciati a Bonn furono ancor più irradiati dal suo magistero impeccabile e si rivelarono incrollabili. Ancor in tempi recenti mi lesse e dette ottimi consigli riguardi un mio articolo sul negozio giuridico secondo Emilio Betti.

Ma qual era il vero affascinante e insostituibile tratto che caratterizzava Rolf Knütel? Dal punto di vista accademico e scientifico, era dotato di una solidità di preparazione romanistica nel diritto privato che forse possono aver vantato nel secondo Novecento talmente pochi altri, che si stenterebbe a contarli sulle dita di una mano. Con questo si intrecciava inestricabilmente la sua più spiccata prerogativa umana. Secondo me, una consapevolezza del dover conquistare pressoché dal niente ogni cosa. Ricordo un racconto che mi raggelò circa il peregrinare dopo la distruzione quasi al 90% della sua amata Amburgo, con la madre vedova di guerra e il fratello. Mi disse che tutti i loro beni a stento rimasti entravano appena in una sorta di bagnarola e nulla più avevano… Ecco perché avvertiva profondamente ed era cosciente che quel che otteneva era a duro prezzo.

Ecco, il professore Knütel è stato protagonista di una scalata sociale e professionale quasi dal nulla, probabilmente sostenuto in ciò pure dalla provenienza dalla Germania Est della moglie, Frau Barbara, che aveva conosciuto anche altri foschi momenti di miserie intellettuali e disagi materiali e ambientali. In conclusione, voglio ricordarlo con un'immagine indelebile per me durante una cena con alcuni di noi suoi allievi. Io ero l'unico italiano e perciò ritenne di farmi un omaggio inserendo nel suo giradischi un 33 giri di una opera lirica italiana. Finì che pianse sentendo, credo, un'aria cantata dalla Tebaldi.

Tutto il dispiegarsi di eventi difficili e asperità non gli avevano tolto i sentimenti e le passioni. Da Lui collegati all'Italia in maniera evidente. Lo voglio ricordare, quindi, così, mentre si commuove dopo una solita giornata di duro lavoro, in famiglia, attorniato da allievi tedeschi e stranieri, al suono melodioso di una lirica italiana.

Abstract

Ricordo del professor Rolf Knütel, professore emerito di diritto romano, scomparso a Bonn nel 2019, in memoria dei lunghi soggiorni di studio presso l'Istituto di diritto romano da Lui diretto e della Sua personalità accademica e umana, dedita in maniera costante ad un forte impegno scientifico, nonché caratterizzata da una particolare predilezione per l'Italia.

Abstract

Memory of Professor Rolf Knütel, professor emeritus of Roman law, who died in Bonn in 2019, in remembrance of the long study stays at the Institute of Roman law directed by him and of his academic and human personality, constantly dedicated to a strong scientific commitment, as well as characterized by a particular predilection for Italy.

Camerino, ottobre 2021.

COSIMO CASCIONE*

Tra storie e leggenda: i camei di Alberto Filippi **

Le mani di Alberto Filippi inseguono le sue parole, talvolta le anticipano o chiudono subitaneamente il discorso, lasciando spazio (almeno per un momento) all'immaginazione silente, riflessiva. Gli occhi suoi esprimono non di rado il guizzo d'intelligenza verace, talvolta la sorpresa per aver colto uno spunto inatteso nell'interlocutore. Il dialogo con lui è sempre aperto, malgrado i solidi punti fermi che difende e attraverso i quali attacca, quando ce n'è bisogno (tra questi ... l'apertura). Non conosce confini né nazionali, né linguistici, né disciplinari. S'appassiona alla filosofia, come al diritto, alla scienza politica, alle geografie che disegnano la storia. È amico della parola, la culla in lingue diverse (che vanno dal veneto dell'infanzia allo spagnolo, all'italiano, al francese). Sempre più, di recente, cerca anche strade teologiche, che riannoda alla sua grande passione, il vitale "nuestramericanismo", spesso in sintonia con Papa Francesco. Passione innestata in una vita nomade e radicata al contempo, segno della contraddizione umana incarnata nella sua personalità.

L'ho conosciuto, come spesso accade tra gli studiosi, prima ancora di conoscerlo, attraverso la lettura del suo libro del 1999 *Dalle Indias all'America latina. Saggi sulle concezioni politiche delle istituzioni euro-americane*, riannodando, in tante discussioni con il prof. Luigi Labruna (che lo aveva avuto giovane collega nella piccola ma gloriosa Università di Camerino), le trame istituzionali e giuridiche tra Italia e America Latina, in previsione della *lectio magistralis* che lo studioso napoletano (e già camerte) tenne presso la Universidad de Buenos Aires, in

* *Giurista presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II – Direttore di* Index. *Quaderni camerti di studi romanistici.*
** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

occasione del dottorato *honoris causa* conferitogli nel 2004. Tutto ciò avvenne anche grazie all'opera di diffusione del sapere romanistico italiano portata avanti in Argentina da Filippi.

Guardingo all'inizio rispetto a una personalità fin troppo fascinosa e intellettualmente straripante, fortemente orientata alla mitopoiesi, le cui gesta (politiche, di studioso, di seduttore, perché no?) lo anticipavano, ne ho compreso – col tempo – la profonda umanità, oltre che la cultura non solo vastissima ma anche costantemente tesa verso un compito sociale altamente degno, fondamentalmente egalitario e solidarista. Seguendolo nei suoi interessi di studio, non si può non restare ammirati dalla composizione della sua "obra magna" (così Zaffaroni), il ponderoso volume *Constituciones, dictaduras y democracias. Los derechos y su configuración política*, del 2015, un ricchissimo impianto di riflessioni (storiche e giuridiche) su costituzione, democrazia, dittatura, idee collegate per dare configurazione giuridica alla ragnatela sottile dei diritti, e così rinsaldarli. Un lavoro condotto a tutto campo, dall'antichità al mondo contemporaneo, dall'Europa all'America, attraverso costanti funzionali e trasformazioni formali, e viceversa. Filippi riesce a dar conto dei viaggi delle immagini culturali e – attraverso questi – delle analogie e delle mutazioni dei concetti, come degli arroccamenti delle opinioni. Del diritto romano antico non ammira tanto i raffinati tecnicismi privatistici, quanto il fondamento nell'idea di *libertas* e di cittadinanza aperta all'ibridazione. Della lunghissima tradizione romanistica, l'opera di diffusione di un sapere alto, rigoroso e universale, capace di fondare e fondere grandi idee e regole giuste di convivenza.

Molti i reticoli che abbiamo potuto intessere in un gruppo ampio, internazionale e pluridisciplinare, in più di quindici anni di collaborazioni (non posso qui dimenticare tre amiche e studiose che, con lui, ne sono state anima: Adriana García Netto, Fernanda López Pulejo, Carla Masi, e il sodale camerte di lunga data Felice Mercogliano). Il suo magistero su Las Casas e la situazione politica, religiosa, umanitaria nelle Indie occidentali nelle prime generazioni dopo la "scoperta", mi ha consentito una rivalutazione di voci che m'erano sembrate flebili sull'interpretazione romanistica del rapporto tra Conquistatori e Indios (ad esempio in un passo importante relegato in una pagina del *De re militari et bello tractatus* di Pietrino Belli, pubblicato nel 1563, che ho studiato e tradotto in italiano anni fa). La sua interpretazione della "Latinidad" (con un fortissimo radicamento nell'Italia antica, addirittura prero-

mana) mi è parsa poi feconda per la comprensione più nitida dei rapporti geopolitici e intellettuali tra i continenti e gli Stati nazionali in età moderna e contemporanea, e dei percorsi migratori. Sul riuso di categorie giuridico-istituzionali romane nell'esperienza latinoamericana Filippi ha abilmente dipanato non solo intricate morfologie di lunga durata, ma anche percorsi di legittimazione attraverso la tradizione (incessanti, non univoci). In ognuno di questi campi, e nei tanti altri nei quali ha esercitato la sua intelligenza, Alberto non ha solo studiato e descritto i libri, ma ha rivelato le persone, le loro vicende e idee, anche con dettagli inaspettati. L'intreccio è talvolta vertiginoso.

Ma soprattutto molto ci ha insegnato, in questi anni, la sua inestinguibile curiosità, il suo coinvolgimento emotivo nei temi e nei progetti, la sua dedizione alla ricerca e alla trasmissione del sapere, anche la sua disordinata incapacità di ridurre la Storia e le storie in categorie chiuse e dogmaticamente organizzate, guardando invece alla ricchezza del "mestizaje" umano e culturale, non solo teorico, ma sempre ravvivato dall'esperienza vera, dalle vite degli uomini e delle donne che nel piccolo, come nel grande, la storia l'hanno fatta e scritta. E nel suo racconto, in una conferenza scientifica nella quale rammenta le gesta intellettuali dei grandi del Novecento (spesso svolgendo lui stesso un breve ma intenso cameo), in un articolo (talvolta regalato a *Index*, la nostra ma anche la sua rivista, come di recente non di rado è avvenuto), in una lenta e alcolica narrazione notturna in un locale tipico di Buenos Aires, di Roma o di Camerino, il ricordo e la cronaca diventano storia, e la storia Filippi è capace di trasformarla in leggenda. Con passione e facendo volare le mani a disegnare i pensieri.

Abstract

Questo breve saggio tenta di tratteggiare le caratteristiche salienti di uno studioso, da tempo attivo presso l'Università degli Studi di Camerino, che ha descritto in modo approfondito, come pochi hanno fatto negli ultimi decenni, gli aspetti legali e le relazioni politiche tra Europa ed America Latina, valorizzando la tradizione del diritto romano in una prospettiva complessa da cui emergono capacità interpretativa sorretta da una vasta cultura e un'intelligenza acuta.

Abstract

This short essay attempts to carve out the salient features of a scholar, for a long time active at the University of Camerino, who has described in depth, as few have done in recent decades, the legal and political relations between Europe and Latin America, taking into account the Roman law tradition, in a complex perspective that draws interpretative strength from a vast culture and a sharp intelligence.

Napoli, giugno 2021.

Il presente numero è stato chiuso il 29 dicembre 2021

CONTRIBUTI DI:

JUAN ESPINOZA ESPINOZA	*Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*
FABIAN KLINCK	*Professore Ordinario di Diritto civile presso la Ruhr-Universität Bochum*
ROBERT KORVES	*Dr. iur., Akademischer Rat a.Z. und Habilitand an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für Prozessrecht und Bürgerliches Recht (Prof. Dr. iur. utr. PETER A. WINDEL)*
ROCCO FAVALE	*Professore Ordinario di Diritto Privato Comparato presso l'Università degli Studi di Camerino*
MARIA JOSÉ CERVILLA GARZÓN	*Profesora Titular di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale dell'Università di Cadice*
SANDRA WINKLER	*Professoressa Associata di Diritto di famiglia presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Rijeka*
MARIA PAOLA MANTOVANI	*Professoressa associata di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Camerino*
JEAN-SÉBASTIEN BORGHETTI	*Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas*
FELICE MERCOGLIANO	*Professore ordinario di Istituzioni e Storia del diritto romano presso l'Università di Camerino. Affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara*
GIOVANNI VARANESE	*Professore associato di Diritto privato comparato presso il Dipartimento giuridico dell'Università degli Studi del Molise*
SUNG-MAO HUANG	*Assistant Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica, Doktor der Rechte, Ruhr-Universität Bochum, PhD of Law, National Taiwan University. – Dem Aufsatz liegt ein Beitrag zum International Legal Dialogue zugrunde, der am 9. Juli 2021 am Lehrstuhl für Prozessrecht und Bürgerliches Recht der Ruhr-Universität Bochum (Professor Dr. Peter A. Windel) gehalten wurde*
MARIA PIA GASPERINI	*Professoressa associata di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Camerino*

ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ	*Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Candidato a Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Becario DAAD (Deutscher Akademischer Austauschdienst). Estudios de especialización en Derecho Civil en la Philipps-Universität Marburg (Alemania). Adjunto de Docencia en la Pontifica Universidad Católica del Perú. Asistente de Cátedra en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*
CARLA GULOTTA	*Professoressa Associata di Diritto internazionale presso l'Università di Milano-Bicocca, dove insegna International Trade Law, International Economic Law e European Union Law. È co-direttrice del Master "Sustainability in Law, Finance and Management-SiLFiM" all'Università di Milano-Bicocca*
ANTONELLA MERLI	*Professoressa associata di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Camerino*
MARCO NADDEO	*Docente a contratto di Diritto Penale dell'Economia presso l'Università degli Studi di Salerno; Professore incaricato di Diritto Penale presso l'Università Link Campus University di Roma*
SARA SPUNTARELLI	*Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino*
GIUSEPPE VERTUCCI	*Dottorando di ricerca in Civil Law and Constitutional Legality presso l'Università degli Studi di Camerino*
MARIA GABRIELLA ROSSI	*Docente a contratto di Diritto Civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento*
COSIMO CASCIONE	*Giurista presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II – Direttore di Index. Quaderni camerti di studi romanistici*