

CULTURA E DIRITTI

2/3

2017



CULTURA E DIRITTI PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista quadrimestrale • anno VI • numero 2/3 • maggio-dicembre 2017

P S A
UNIVERSITY
PRESS

Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense. - Anno 1, n. 1 (gennaio-marzo 2012)-. - Pisa : Pisa university press, 2012-. - Trimestrale

340.05 (22.)

I. Scuola superiore dell'avvocatura 1. Diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

Tel. +39 06 6872866 - Fax +39 06 6873013

Sito web: www.scuolasuperioreavvocatura.it

Condirettori Andrea Mascherin e Salvatore Sica

Direttore responsabile Salvatore Sica

Comitato scientifico Fabio Addis, Gabriella Elvira Autorino, Francesco Cardarelli, Paolo Carbone, Renato Clarizia, Rosanna De Nictolis, Gianluca Maria Esposito, Andrea Federico, Marzia Ferraioli, Giuseppe Franco Ferrari, Alberto Gambino, Luigi Kalb, Marcello Maggiolo, Daniele Marrama, Emanuela Navarretta, Paolo Pisa, Maria Alessandra Sandulli, Mario Sanino, Salvatore Sica, Giuseppe Spoto, Vincenzo Zeno Zencovich, Attilio Zimatore

Comitato dei revisori Piero Guido Alpa, Stathis Banakas, Adolfo Di Majo, Bénédicte Fauvareu-Cosson, Alfonso Moreno Hernandez, Jay P. Kesan, Fiona Macmillan, Salvatore Mazzamuto, Sergio Perongini, Pietro Rescigno, Salvatore Sica, Francesca Sorbi, Giorgio Spangher, Giuseppe Spoto, Pasquale Stanzone

Coordinamento editoriale Giuseppe Spoto

Numero chiuso in redazione il

Hanno collaborato a questo numero: Guido Alpa, Iside Castagnola, Fabio Diozzi, Nancy de la C. Ojeda Rodríguez, Alessandra Panduri, Michele Salazar, Marianna Scali, Federica Spinaci

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

La richiesta va indirizzata alla segreteria della casa editrice Pisa University Press (Tel: 050 2212056 - Indirizzo: Lungarno Pacinotti, 43 - 56126 Pisa)

La direzione della rivista esaminerà per la eventuale pubblicazione gli elaborati ricevuti all'indirizzo e-mail: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it

Gli autori devono allegare un breve *abstract* in inglese al contributo inviato alla redazione

Gli scritti si dovranno uniformare alle indicazioni riportate nei "Criteri redazionali" reperibili sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura (www.scuolasuperioreavvocatura.it) e in calce al presente volume

ISSN 2280-6334

ISBN 978-883339-0161

Registrazione presso il Tribunale di Pisa numero 15 del 24 maggio 2012.

Indice

- 7 Editoriale
Salvatore Sica

Orientamenti

- 11 Sicurezza e linguaggio dell'odio. Tutela della persona e protezione dei dati personali:
i diritti nell'era dei *social media*
Guido Alpa
- 43 Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore
Marianna Scali
- 77 L'evoluzione dei patti marciani
Federica Spinaci
- 119 Note in merito alla legge contro il cyberbullismo
Iside Castagnola

Formazione forense

- 131 Divieto per l'avvocato sospeso di assistere la parte nella mediazione civile
e commerciale e nella negoziazione assistita
Fabio Diozzi, Alessandra Panduri

Diritto europeo e comparato

- 143 Los consumidores en el código civil cubano: ¿protagonistas o actores de reparto?
Nancy de la C. Ojeda Rodríguez

Professioni, cultura e società

- 161 Il diritto d'autore nel Don Chisciotte
Michele Salazar

Biblioteca

- 177 Recensione a *Il giudice meschino*, di Mimmo Gangemi
Michele Salazar



Editoriale

Salvatore Sica

Questo numero presenta un variegato ventaglio di temi che permettono al lettore di arricchire il proprio bagaglio di conoscenze sulle ultime novità normative e giurisprudenziali più significative. Gli argomenti prescelti investono molteplici aspetti che non riguardano solamente l'ambito giuridico. Così, è da segnalare il prezioso e autorevole contributo di Guido Alpa sulla tutela della persona nell'era dei social media. L'autore rileva i pericoli derivanti dal ricorso sempre più ampio ad un linguaggio basato sull'odio che contraddistingue molti esempi di comunicazione odierna. Il dialogo tra culture diverse è compromesso dalle paure collettive amplificate dalla necessità di sicurezza e da una scarsa conoscenza della storia. Le declamazioni di *hate speech* sono soprattutto l'effetto nefasto di suggestioni psicologiche operate dai media. Le risposte alle paure possono essere varie, ed è proprio in questo contesto che diventa prezioso il contributo del giurista, ed in particolare dell'avvocato, verso un giusto bilanciamento degli interessi in conflitto. In tale quadro la dignità della persona deve diventare il fondamento delle libertà e dei diritti, per orientarsi di fronte alle difficoltà e garantire forme di effettiva tutela.

Un tema assai diverso dal precedente è affrontato da Marianna Scali che ha curato un corposo saggio sull'eccessiva onerosità sopravvenuta nel contratto di mutuo dal punto di vista dei contraenti deboli del rapporto negoziale. È noto che le operazioni economiche di lunga durata sono esposte a rischi crescenti e imprevedibili, i cui effetti possono ricadere su destinatari diversi rispetto a quelli che li hanno originati e quindi da ciò si comprende come esiste la necessità di individuare il sistema di modelli e rimedi più adeguato per tutelare i consumatori.

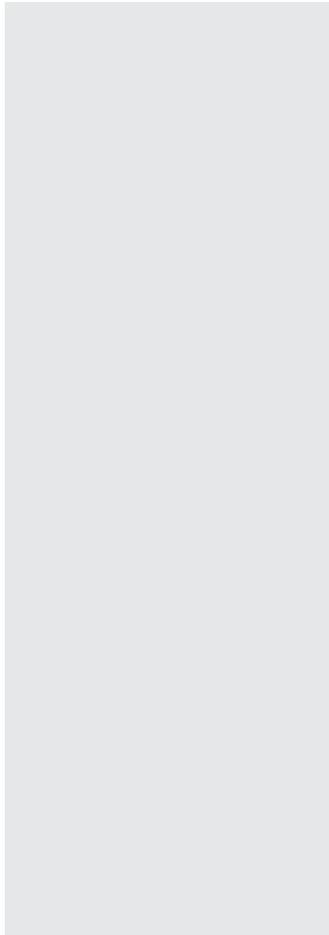
Di estrema attualità sono anche i contributi di Federica Spinaci che esamina i recenti interventi normativi in riferimento ai patti marciali, mostrandone vantaggi e svantaggi, nonché lo scritto di Iside Castagnola che analizza le misure introdotte dal legislatore per contrastare il cyberbullismo, rilevando le difficoltà oggettive che i genitori e gli insegnanti trovano di fronte al fenomeno, in grado di segnare la vita dei più giovani, generando traumi che una volta prodotti difficilmente potranno essere rimossi.

Rimane un ampio spazio di approfondimento anche per un tema nevralgico per lo svolgimento della professione forense con ricadute dal punto di vista della deontologia. Va in particolare riconosciuto il merito a Fabio Diozzi e Alessandra Panduri di essere riusciti nell'arduo compito di aver trattato in modo esemplare un tema spinoso come quello del divieto per l'avvocato sospeso di assistere la parte nella mediazione civile e commerciale e nella negoziazione assistita.

Non si può tacere un sentito e doveroso ringraziamento per il contributo di carattere internazionale offerto dal saggio in lingua spagnola di Nancy Ojeda Rodríguez che descrive il sistema di tutele dei diritti dei consumatori nel codice civile di Cuba.

Infine, ancora una volta, dobbiamo esseri grati a Michele Salazar per il suo indispensabile contributo alla rivista che in questo numero addirittura raddoppia l'impegno. L'autore ci offre non solo l'opportunità di leggere una colta e raffinata dissertazione sul diritto d'autore nel *Don Chisciotte* di Cervantes, ma presenta anche una gustosa recensione di un romanzo che narra la storia di un giudice indolente che diventa eroe suo malgrado. Il consiglio di lettura è avvincente e vogliamo accettare i suoi suggerimenti.

ORIENTAMENTI





Sicurezza e linguaggio dell'odio

Tutela della persona e protezione dei dati personali:
i diritti nell'era dei *social media**

Guido Alpa

Linguaggio dell'odio. Il passato che non passa

Il susseguirsi di attentati terroristici nel corso degli ultimi anni in Europa, e ancora gli ultimi avvenimenti di qualche settimana fa sono fonte di preoccupazione dei Parlamenti e dei Governi, ma anche dei singoli individui che vivono in società a base democratica. Si tratta di fenomeni che trascendono l'immaginazione e si sottraggono a possibili profezie, i quali tuttavia, pur costituendo l'estremo sanguinoso limite a cui può condurre l'avversione cieca verso tutto ciò che è differente da sé, non sono altro che l'espressione condotta al punto estremo di atteggiamenti mentali e di strumentalizzazioni di idee riflesse nei diversi continenti attraverso comunicazioni di gruppi politici ammantati da sedicenti credenze religiose, attività discriminatorie di fazioni, movimenti e sette intolleranti, proclami con diffusione di immagini che si ispirano a principi di intolleranza, di vendetta, di odio e insofferenza. Le azioni sono precedute dalle idee, e rafforzano quelle idee nel loro concretarsi in fatti storici. Di più, i sistemi informatici, che si affiancano ai sistemi di comunicazione tradizionali e i sistemi virtuali di contatto che aggregano persone le più disparate, situate in qualsiasi luogo, non fanno che diffondere all'infinito i livelli comunicativi e moltiplicarne in modo irrefrenabile gli effetti nocivi e spaventevoli.

Sono il segno che sotto l'apparenza superficiale di controllabili conflitti di opinioni e di civili dibattiti si tramandano idee ripudiate dall'avvento dello Stato democratico di diritto. Ma non si tratta solo di apparenti o sedicenti guerre di religione o di nostalgie per i totalitarismi politici.

Il Novecento ha segnato da questo punto di vista forse il livello di crudeltà e disumanizzazione più basso che la storia abbia registrato. Ma questi tragici eventi che segnano la storia dell'umanità trovavano sostegno in larghe fasce dell'opinione pubblica e sono stati favoriti dalla costruzione giuridica dell'identità delle persone o dei gruppi, che per secoli ha consolidato e giustificato la minorità di persone e gruppi, e tollerato atteggiamenti di disprezzo, di odio, di emarginazione¹.

* Paper of the Italian Bar Council for the meeting of legal representatives on the topic (Roma 14 settembre 2017).

¹ Ad es., per l'inizio della discriminazione degli Ebrei nell'Impero romano v. MORWOOD,

Insomma, con molta tristezza ma anche con forte sdegno dobbiamo prendere atto che il mondo di allora non è cambiato, ha solo trovato nuove forme di espressione e la sfrontatezza di riemergere in tutta la sua violenza.

Questa estate al Portico d'Ottavia, lo spazio del ghetto di Roma in cui il 16 ottobre 1943 i nazisti radunarono più di mille ebrei che non avevano potuto darsi alla macchia e li deportarono nei campi di sterminio, fu esposta una mostra sulla propaganda antisemita in Germania e in Italia alla fine degli anni Trenta. Non erano mostrati solo i giornali e riviste, ma anche suppellettili, disegni, vignette che con toni persuasivi, con battute e con linguaggio familiare, dipingevano con i toni più schifosi gli appartenenti alla "razza maledetta", proprio perché il consenso della maggioranza doveva essere coltivato e rafforzato in modo da legittimare politicamente e socialmente la campagna antisemita e i conseguenti provvedimenti. Ma oltre all'esposizione delle prime edizioni *Mein Kampf* e dei fascicoli della rivista *La difesa della razza*, per la prima volta si mettevano in evidenza le tecniche dell'immagine filmica, le riprese dei notiziari trasmessi al cinema, studiate con estrema finezza per conquistare e quasi magicamente avvolgere lo spettatore, il quale, senza riflessi critici, ingurgitava parole, insulti, dilleggi formulati nei confronti della razza non ariana. Le prime tecniche di comunicazione di massa erano premonitrici dell'avvento e dell'utilizzazione delle nuove tecnologie, che oggi si sono vieppiù sviluppate con i social network.

Questi fenomeni si sono rafforzati e moltiplicati nel web: le aggregazioni casuali che si realizzano mediante la rete mettono in contatto e uniscono soggetti un tempo legati ad un territorio, ed ora invece sparsi in qualsiasi punto nel mondo virtuale, sì che la rete funziona da moltiplicatore quasi fosse una "grancassa" che enfatizza i segnali e le azioni, e nello stesso tempo favorisce l'anonimato e quindi l'impunità.

Di fronte a questo desolante e preoccupante scenario i giuristi hanno reagito sia esprimendo l'orientamento delle istituzioni a cui sono legati, sia nella loro funzione sociale di difensori dei diritti e quindi di protettori delle minoranze discriminate, delle categorie deboli non adeguatamente tutelate, dei singoli che si trovano in pericolo o sono indicati come portatori di disvalori o fungono da simbolo di status avversati e dilleggiati.

Il nuovo secolo si è dunque aperto all'insegna della continuità del "secolo breve", non ha saputo sconfiggere i movimenti sovversivi, intolleranti, discriminatori, né ripudiare le atrocità commesse nel secolo passato in ragione delle idee che li sostenevano.

Ovviamente, questi fenomeni non hanno riguardato solo gli Ebrei, ma tutte le minoranze, accomunate dal colore della pelle, dalle origini etniche, da lingue o dialetti minoritari, da orientamenti sessuali, da credenze, sentimenti religiosi,

Adriano, Bologna 2013; MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, Milano 2000; CORM, *Contro il conflitto di civiltà*, Milano 2016.

ideali politici e sindacali, tutti segni e simboli che connotano persone considerate diverse da quelle appartenenti alla maggioranza. Per apparire più persuasivi, coloro che usano questi metodi per diffondere le idee con un linguaggio d'odio non esitano a fare un uso distorto della storia, dai negazionisti dell'Olocausto agli abbattitori delle statue. Ma è appena il caso di osservare che un conto è abbattere la statua del tiranno – come è avvenuto nelle città d'Italia alla caduta di Mussolini – con cui si voleva far sparire i simboli della dittatura nell'anelito alla libertà, altro conto attribuire sentimenti predatori e fautori di genocidi in personaggi storici, come Cristoforo Colombo, che avevano altre intenzioni e altri ruoli.

Chi crede nello Stato democratico di diritto, in una *Rule of Law* moderna e inclusiva continua ad usare gli strumenti della ragione, gli argomenti del dialogo e della persuasione piuttosto che non ribattere o combattere con le medesime armi contro i perturbatori delle comunità, che, al contrario, anelano alla pace, alla giustizia, alla prosperità.

La lotta al linguaggio d'odio incontra molte difficoltà determinate dall'assenza di un accordo globale sulla protezione della persona, e si scontra con l'impotenza della legge (deriva essa da una autorità costituita oppure nasce da fonti convenzionali) e dei tribunali (siano questi nazionali o internazionali). Non possiamo rinunciare alla lotta, in nome di un ordine mondiale mutevole e non controllabile, come sostiene Henry Kissinger, né rassegnarci allo scontro di civiltà, come insegna Samuel P. Huntington, né possiamo ignorare che ciò che accade danneggia non soltanto i contemporanei ma anche le generazioni future.

I limiti del discorso giuridico

E i giuristi? Come possono contribuire i giuristi, non solo i creatori della legge, non solo i giudici che la applicano ma soprattutto gli avvocati che combattono personalmente e a proprio rischio con le loro istanze e le loro perorazioni, per reagire alle prevaricazioni dei diritti dei singoli e dei gruppi?

Dobbiamo innanzitutto sgombrare il campo dai limiti spesso apposti a questo discorso: vi è chi considera i fenomeni in evidenza come il prodotto dei social media e delle tecnologie dell'informazione, chi considera non conciliabili tra loro modelli giuridici che si ispirano a differenti origini storiche, differenti visioni della realtà, differenti modalità per reagire alla situazione attuale, chi ancora riduce il fenomeno al "linguaggio", trascurando che l'avversione e l'intolleranza si comunicano anche mediante altre e variegata forme di espressione, e che l'attenzione non si può concentrare solo su gruppi, su minoranze, e comunità ma deve comprendere il singolo individuo in sé e per sé considerato.

Il primo limite – o pregiudizio, se si vuol chiamare con il suo nome – è dato all'idea che solo con l'avvento di internet e l'uso di internet sia nato il problema, e quindi operando su questo mezzo, sia possibile prevenire o risolvere questi fenomeni. Ma esso è sfatato dagli stessi eventi che scorrono sotto i nostri occhi: se è pur vero che il reclutamento dei jihadisti avviene prevalentemente

attraverso i canali di internet, che la programmazione degli attacchi terroristici è progettata e coordinata mediante internet, che il “credo” presentato come legittimante questi eventi è diffuso prevalentemente mediante internet, non per questo dobbiamo considerare internet un sistema pericoloso, né che questi fatti non sarebbero avvenuti se non si avesse avuto a disposizione questa “gran-cassa”. Internet è solo un mezzo, potente e poco controllabile, che enfatizza gli effetti nocivi di quegli atteggiamenti.

Il secondo limite è dato dal fatto che coloro che credono nei diritti della persona non sono concordi nel qualificare giuridicamente il fenomeno. Né hanno trovato una definizione appagante delle parole con cui esso si esprime. I documenti redatti dalle istituzioni più rappresentative hanno cercato di raggiungere un minimo comun denominatore in modo da superare questo ostacolo.

Ma il limite più difficile da superare è intrinseco allo stesso contesto giuridico.

Nel mondo occidentale si possono distinguere sinteticamente due modelli estremi di reazione: quello per così dire europeo, che si basa sul bilanciamento dei diritti fondamentali e pertanto legittima limitazioni alla libertà di espressione, e l'altro, per così dire, statunitense, che invece non appone alcun limite alla libertà di espressione e proprio in nome di essa considera legittimo il linguaggio dell'odio: ciò non tanto perché ne approvi contenuti e finalità, ma in quanto ritiene che reprimerlo implicherebbe la violazione del fondamento stesso della società democratica, sì che ne pone un problema di autonomia della persona, di legittimazione del suo operato, di tollerabilità del danno da esso inferto.

Dunque, libertà bilanciata contro libertà massima.

Il dilemma è difficile da sciogliere: dobbiamo ritenere che la libertà di espressione in sé e per sé non tolleri alcuna limitazione oppure ritenere che la libertà di espressione non possa giungere a ledere la dignità della persona, del gruppo, di una comunità o di un popolo?

E se i valori devono essere bilanciati, si può istituire una gerarchia tra di loro?

Libertà di espressione e diritti fondamentali. Il modello italiano

Possiamo superare questi problemi ragionando per modelli e cercando di trovare un linguaggio comune, un indirizzo comune, un progetto comune.

Se si dovesse interpretare letteralmente l'art. 21 della Costituzione italiana in base al quale tutti – e non solo i cittadini – «hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione» (c. 1) e che «la stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure» (c. 2) potrebbe apparire che il modello giuridico italiano appartenga a quella tipologia di modelli, a cui si ascrive il modello statunitense, in cui non sono ammessi limiti all'espressione delle opinioni, e quindi anche le espressioni di odio, disprezzo, di incitamento all'azione e così via sarebbero ammesse senza limiti. E tuttavia a smentirlo è lo stesso dettato dell'art. 21 che pone il primo divieto, il buon costume, con una riserva di legge per la normativa

di dettaglio. “Buon costume” è una clausola generale, sì che essa evolve con l'evolvere del sentimento comune, con gli orientamenti e i comportamenti dei consociati, e pertanto la giurisprudenza applicativa di tale limite si è spostata via via che la morale – sessuale, in particolare – acquisiva nuovi contorni, tendenzialmente più lassisti.

Ma vi sono altri limiti, dettati da interessi protetti della Costituzione, e quindi di *pari* grado rispetto alla libertà di espressione: l'onore, la riservatezza, il sentimento religioso, l'interesse all'amministrazione della giustizia, il dovere di fedeltà alle istituzioni, la difesa della Patria, la sicurezza dello Stato, l'ordine pubblico, la salute e la maternità, l'interesse dei minori, e così via. Tutti questi limiti sono stati oggetto di interpretazione da parte della Corte costituzionale, e corrispondono ad una folta giurisprudenza costituzionale la quale ha utilizzato il metodo del *bilanciamento degli interessi in conflitto*, diretto a stabilire quale di essi debba prevalere.

Nella stessa linea si è posta la giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione, che, con sentenze riguardanti la materia civile e la materia penale, si è adeguata alle direttive interpretative della Corte costituzionale, seguendo il metodo del *bilanciamento degli interessi*.

Queste limitazioni riguardano anche il diritto di critica: ad es. con sentenza n. 5788 del 15 giugno 1994 si è ritenuto che «Il diritto di manifestare il proprio pensiero previsto dall'art. 21, primo comma, Cost., oltre ad incontrare i limiti posti a tutela dei diritti e delle libertà altrui da altre norme della stessa Costituzione, deve essere coordinato con i vari interessi di rango pubblicistico e costituzionale tutelati da leggi speciali, come l'ordinamento della professione di avvocato e procuratore dettato dal r.d.l. legge 27 novembre 1933 n. 1578; il cui art. 38, affermativo della sanzionabilità in via disciplinare di comportamenti non conformi alla dignità e al decoro professionale, è applicabile anche con riguardo ad espressioni del professionista (nella specie, critiche delle lungaggini burocratiche della Cassa di Previdenza) che, pur non concernendo direttamente l'esercizio della professione e prescindendo da quanto previsto dalle norme penali in tema di offesa all'onore ed alla reputazione delle persone, siano idonee – secondo un giudizio demandato all'ordine professionale – ad incidere negativamente sul prestigio e sulla dignità della classe forense».

Ma le fattispecie sono assai variegata, sì che in altra occasione, con riguardo al rispetto del sentimento religioso del singolo individuo la Corte, con sentenza n. 7468 del 23 marzo 2017, ha precisato che «Va escluso che l'organizzazione di un singolo spettacolo artistico possa, di per sé sola, costituire violazione del personale sentimento religioso di un unico cittadino ed essere sanzionata dall'ordinamento con il riconoscimento di un credito risarcitorio, non solo perché è, all'evidenza, insussistente un collegamento oggettivo tra la prima ed il secondo, ma anche perché non è ravvisabile il requisito del danno ingiusto, essendo la programmazione di una manifestazione artistica espressione di una libertà garantita dalla Costituzione. (Nella specie, la S.C. ha escluso la respon-

sabilità per lesione del diritto individuale di libertà religiosa in capo all'ente organizzatore di una manifestazione artistica per aver questa ospitato, al proprio interno, uno spettacolo ritenuto contrario ai principi della religione cattolica)».

Quanto al sentimento di onore e di reputazione del singolo individuo, nella folta giurisprudenza, si rinviene il principio in base al quale (sentenza n. 17211 del 27 agosto 2015):

Il legittimo esercizio dei diritti di cronaca e di critica giornalistica è condizionato dal limite, oltre che della verità e dell'interesse pubblico, della continenza, intesa come correttezza formale dell'esposizione e non eccedenza da quanto strettamente necessario per il pubblico interesse, sì da garantire cronaca e critica non si manifestino tramite strumenti e modalità lesivi dei diritti fondamentali all'onore ed alla reputazione, sicché, con riguardo ad una trasmissione televisiva, assumono rilievo le modalità di comunicazione utilizzate, ove sia stata realizzata una peculiare combinazione di immagini e sonoro tra loro, tale da risultare trasmodante il suddetto limite. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto esorbitante un reportage televisivo sul fenomeno del turismo sessuale femminile in Giamaica, nel corso del quale l'immagine dell'attrice, che non era neppure un personaggio pubblico, era stata accostata ad un sonoro tale da avvalorare l'illazione che la sua presenza "in loco" fosse finalizzata alla ricerca di facili incontri sessuali).

Proprio con riferimento alla valutazione comparativa degli interessi una recente sentenza della Corte di Cassazione in sede penale ha stabilito che:

In tema di diffamazione a mezzo "mass media" – fermo restando che la libertà di stampa, espressione del diritto di manifestazione del pensiero sancito dall'art. 21 Cost., comporta la compressione dei beni giuridici della riservatezza, dell'onore e della reputazione, peraltro, anch'essi, aventi dignità costituzionale, ex art. 2 e 3 Cost. – il riferimento a distanza di tempo, in sede di c.d. talk show televisivo, dello sviluppo di indagini di polizia giudiziaria, consentito in chiave storica dell'evento nonché di critica all'operato degli inquirenti, comporta che l'obbligo deontologico del giornalista deve parametrarsi a criteri di rigore ancora maggiori dell'ordinario, nel senso che, ove permanga o si riattualizzi l'interesse pubblico alla relativa propalazione – che, in tal caso, deve essere bilanciato con il diritto all'oblio – ed esigenze di ricostruzione storica o artistica lo richiedano, la notizia deve essere accompagnata dalla doverosa avvertenza che le tesi investigative rimaste a livello di mera ipotesi di lavoro, non hanno trovato alcuna conferma o addirittura sono state decisamente smentite dal successivo sviluppo istruttorio, in quanto incombe sul giornalista il dovere giuridico di rendere una informazione completa e di effettuare, all'uopo, tutti i controlli necessari per verificare gli esiti di una data indagine (sentenza n. 45051 del 17 luglio 2009).

E poiché il problema delle limitazioni alla libertà di espressione a mezzo stampa o ad opere televisive e teatrali è spesso preso ad esempio dai vari commentatori per valutare la loro ammissibilità si consideri questo caso deciso dalla Corte con sentenza n. 8959 del 3 luglio 1997:

Ai fini della distinzione tra i reati di cui agli artt. 527 e 726 cod. pen. le nozioni di osceno e di pudore non sono riferite ad un concetto considerato in sè, ma al contesto ed alle modalità in cui gli atti o gli oggetti sono compiuti o esposti. Il criterio discrezionale va individuato nel contenuto più specifico del delitto di “atti osceni”, che si richiama alla “verecondia sessuale”, rispetto a quel complesso di regole etico-sociali, che impongono a ciascuno di astenersi da tutto quanto possa offendere il sentimento collettivo della più elementare costumatezza. Ne consegue che il nudo integrale – considerando il sentimento medio della comunità ed i valori della coscienza sociale e le reazioni dell'uomo medio normale – assume differenti valenze. Può essere incluso nella speciale causa di esclusione dell'oscenità (art. 529 cod. pen.) – come ad esempio per le lezioni di educazione sessuale o per le opere cinematografiche o teatrali – ovvero essere espressione della libertà individuale o derivare da convinzioni salutiste o da un costume particolarmente disinibito. Esso, se praticato in una spiaggia appartata, frequentata da soli naturisti, è penalmente irrilevante; mentre non è tale in una località balneare affollata da soggetti variamente abbigliati. In particolare, l'esibizione degli organi genitali (diversamente da quella del seno nudo, che non integra più alcuna ipotesi di reato) – al di fuori delle eccezioni ricordate – configura il delitto di atti osceni, poiché mira al soddisfacimento della “libido”.

Anche la satira è oggetto di limitazioni, come ci ricorda un'accurata ordinanza della Corte di Cassazione civile, la quale, con ordinanza n. 21235 del 17 settembre 2013 ha precisato che:

La satira costituisce una modalità corrosiva e spesso impietosa del diritto di critica, sicché, diversamente dalla cronaca, è sottratta all'obbligo di riferire fatti veri, in quanto esprime mediante il paradosso e la metafora surreale un giudizio ironico su di un fatto, pur soggetta al limite della continenza e della funzionalità delle espressioni o delle immagini rispetto allo scopo di denuncia sociale o politica perseguito. Conseguentemente, nella formulazione del giudizio critico, possono essere utilizzate espressioni di qualsiasi tipo, anche lesive della reputazione altrui, purché siano strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'opinione o comportamento preso di mira e non si risolvano in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato, non potendo invece, essere riconosciuta la scriminante di cui all'art. 51 cod. pen. nei casi di attribuzione di condotte illecite o moralmente disonorevoli, di accostamenti volgari o ripugnanti, di deformazione dell'immagine in modo da suscitare disprezzo della persona e ludibrio della sua immagine pubblica. (Nel caso di specie, si sono ritenuti travalicati i limiti del diritto di satira, essendosi indicato un soggetto come imputato per aver ricevuto indebitamente denaro o altre utilità da smaltimento di rifiuti tossici, mentre costui – sebbene effettivamente coinvolto in un procedimento penale, a carico di altri – non aveva mai assunto tale qualità) (Imputato Grillo).

E pure le vignette sono oggetto di valutazione, se tali da ledere l'onore o la reputazione di una persona: ad es., con sentenza n. 4993 del 29 maggio 1996 si è precisato che:

Il diritto di satira, garantito dagli artt. 9, 21 e 33 della Costituzione, può essere esercitato solo nei limiti della coerenza causale tra la qualità della dimensione pubblica del personaggio fatto oggetto della satira ed il contenuto artistico-espressivo della satira medesima con la conseguenza che, pur caratterizzandosi per i suoi scopi caricaturali e dissacratori, che gli consentono di non rispettare fedelmente la verità dei fatti, non può essere asservito ad un fine meramente denigratorio (nella specie la Corte di Cassazione ha ritenuto corretta la motivazione della sentenza di merito che aveva considerato diffamatoria una vignetta che, in un giornale, illustrava un fatto costituente reato falsamente attribuito ad un noto personaggio politico in un articolo pubblicato nel medesimo giornale, riproducendo, con una caricatura, il personaggio stesso vestito da ladro in modo da rendere più immediata la percezione, nel lettore, del collegamento tra questo personaggio e l'episodio riferito nell'articolo) (Parte lesa Craxi).

Neppure il ruolo pubblico di una persona – anche nel caso di esercizio di un incarico pubblico – può costituire esimente se il diritto di satira è abusato. Con sentenza n. 37706 del 23 maggio 2013 si è affermato che:

In tema di diffamazione a mezzo stampa, ai fini del riconoscimento dell'esimente prevista dall'art. 51 cod. pen., qualora l'articolo contenga una critica formulata con modalità proprie della satira, il giudice, nell'apprezzare il requisito della continenza, deve tener conto del linguaggio essenzialmente simbolico e paradossale dello scritto satirico, rispetto al quale non si può applicare il metro consueto di correttezza dell'espressione, restando, comunque, fermo il limite del rispetto dei valori fondamentali, che devono ritenersi superati quando la persona pubblica, oltre che al ludibrio della sua immagine, sia esposta al disprezzo.

È evidente allora che la libertà di espressione non può considerarsi – nel nostro ordinamento – al vertice di una piramide in cui tutto è consentito. In particolare il limite della tutela dei valori della persona, che riassuntivamente potremmo riassumere in termini di *dignità*, impone la continenza.

La “piramide dell'odio” in Italia

La Camera dei Deputati, in considerazione dei fenomeni di antisemitismo, razzismo, reazione all'immigrazione e odio nei confronti delle minoranze che si sono registrati nel nostro Paese anche di recente, ha istituito una commissione, denominata Jo Cox dal nome della parlamentare inglese assassinata nel corso della campagna referendaria per la Brexit; La Commissione, a conclusione dei suoi lavori, ha enunciato 56 raccomandazioni per prevenire e contrastare l'odio rivolgendole a tutti i soggetti competenti: il Governo, le Autorità di regolamentazione e vigilanza, le Istituzioni dell'UE, le organizzazioni sovranazionali, i media, l'ordine e il sindacato dei giornalisti, le associazioni e tutti gli altri operatori. Le raccomandazioni sono riconducibili a diversi ambiti².

² 1) colmare le gravi lacune nella rilevazione e nell'analisi dei dati sui fenomeni di odio a livello nazionale e sovranazionale, in particolare per quanto riguarda il sessismo; 2) pro-

Il Parlamento, in particolare la Camera dei Deputati, aveva nel contempo approfondito i limiti in cui sia possibile istituire regole al grandi *service providers* – in particolare alle società multinazionali che hanno maggior presa sul pubblico e possono quindi essere veicolo di messaggi d'odio, ma al tempo stesso costituiscono una fonte di informazioni e di espressione di opinioni da parte di soggetti ad esse collegate: Google, Facebook, Amazon, Twitter, ecc. – ed anche garantire i diritti degli utenti³.

Il diritto dell'Unione europea

Sulla base dei principi sopra esposti appare chiara la configurazione delle manifestazioni di pensiero che siano dirette a violare i diritti fondamentali della

muovere una strategia nazionale per contrastare l'odio in tutte le sue forme, articolata in piani d'azione specifici per combattere le discriminazioni dei singoli gruppi, ed attuare la Strategia Nazionale di Inclusione di Rom, Sinti e Camminanti; 3) approvare alcune importanti proposte di legge all'esame delle Camere, tra cui quelle sulla cittadinanza e sul contrasto dell'omofobia e della transfobia; 4) includere anche i discorsi d'odio sessisti nella legislazione in materia di odio e discriminazione; 5) sanzionare penalmente le campagne d'odio (insulti pubblici, diffamazione o minacce) contro persone o gruppi; 6) valutare, sulla base delle esperienze di altri Paesi e tutelando la libertà d'informazione in Internet, la possibilità di: esigere l'autoregolazione delle piattaforme al fine di rimuovere l'hate speech online; stabilire la responsabilità giuridica solidale dei provider e delle piattaforme di social network e obbligarli a rimuovere con la massima tempestività i contenuti segnalati come lesivi da parte degli utenti; 7) esigere da parte delle piattaforme dei social network l'istituzione di uffici dotati di risorse umane adeguate, al fine della ricezione delle segnalazioni e della rimozione tempestiva dei discorsi d'odio, anche attivando alert sulle pagine online e numeri verdi a disposizione degli utenti; 8) rafforzare il mandato dell'UNAR (Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali) in direzione di una maggiore autonomia, anche configurandolo quale autorità indipendente; 9) responsabilizzare le figure istituzionali e politiche influenti nel dibattito pubblico, adottando meccanismi di regolazione per combattere il discorso d'odio; 10) migliorare la conoscenza dei propri diritti da parte delle vittime e consentire alle organizzazioni attive nel contrasto alle forme d'odio di costituirsi parte civile in giudizio; 11) attuare e diffondere la conoscenza delle norme previste dalla Legge n. 71 del 2017 sul bullismo; 12) rafforzare nelle scuole l'educazione di genere e l'educazione alla cittadinanza, finalizzata agli obiettivi di rispetto, apertura interculturale, inter-religiosa e contrasto ad intolleranza e razzismo; 13) sostenere e promuovere blog e attivisti no hate o testate che promuovono una contronarrazione e campagne informative rispetto al discorso d'odio, soprattutto nel mondo non profit delle scuole e delle università; 14) contrastare gli stereotipi e il razzismo sensibilizzando e responsabilizzando i media, specie online, ad evitare il discorso d'odio, comprese le notizie infondate, false e diffamatorie; 15) prevedere l'istituzione di un giurì che garantisca la correttezza dell'informazione, come prospettato anche da proposte di legge presentate in questa e in precedenti legislature e sollecitare l'Ordine professionale e il sindacato dei giornalisti sul controllo della deontologia professionale.

³ V. Camera dei Deputati, Commissione per i diritti e i doveri in Internet, *Dichiarazione dei diritti in Internet, 28 luglio 2015*. La ricerca, promossa dalla presidente della Camera on. Laura Boldrini, è stata coordinata da S. Rodotà; sul punto v. RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, Repubblica-Laterza, Roma-Bari 2017.

persona, o di un gruppo, o di una comunità, come tali ritenute lesive dei diritti fondamentali e quindi da perseguire.

Particolarmente significativi, in questo senso, sono stati i provvedimenti degli organi dell'Unione europea. Tra i molti pronunciamenti val la pena di ricordare la Risoluzione del 23 novembre 2016 del Parlamento europeo sulla strategia della comunicazione dell'Unione per contrastare la propaganda di terzi che possa essere lesiva della democrazia, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Le premesse della Risoluzione riassumono tutto il percorso fatto dagli Organi dell'Unione e dalle altre Istituzioni che combattono la propaganda della guerra o il linguaggio d'odio per ragioni razziali e religiose, istigano ad azioni ostili nei confronti di minoranze, e ciò senza considerare la libertà di espressione, la libertà di stampa e la libertà dei giornalisti quali esimenti dalla responsabilità e scriminanti nell'applicazione di limiti e sanzioni.

Nel preambolo sono infatti richiamati molti provvedimenti⁴.

Un lavoro impressionante che richiama i documenti più recenti, ma presuppone la risoluzione del Parlamento sull'omofobia del 18 gennaio 2006, la risoluzione del Consiglio d'Europa sulla lotta al razzismo e alla xenofobia n. 919 del 2008, e altri documenti compilati addirittura alla fine degli anni Novanta del secolo scorso.

⁴ La risoluzione del 2 aprile 2009 su coscienza europea e totalitarismo; la dichiarazione del vertice di Strasburgo/Kehl, adottata dalla NATO il 4 aprile 2009, in occasione del 60° anniversario della NATO; la risoluzione dell'11 dicembre 2012 su "Una strategia di libertà digitale nella politica estera dell'UE"; le conclusioni del Consiglio "Affari esteri" sulla lotta al terrorismo del 9 febbraio 2015; le conclusioni del Consiglio europeo del 19 e 20 marzo 2015; le conclusioni del Consiglio sulla strategia regionale dell'UE per la Siria e l'Iraq e la minaccia rappresentata dall'ISIS/Daesh, del 16 marzo 2015, che sono state riconfermate dal Consiglio "Affari esteri" il 23 maggio 2016; la relazione del vicepresidente della Commissione/alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (VP/AR) del 18 maggio 2015, dal titolo "L'UE in un contesto globale in evoluzione - Un mondo maggiormente connesso, contestato e complesso", e il lavoro in corso su una nuova strategia dell'UE per la sicurezza globale; la risoluzione del 10 giugno 2015 sullo stato delle relazioni UE-Russia; il piano d'azione dell'UE in materia di comunicazione strategica (rif. Ares (2015) 2608242 del 22 giugno 2015); la risoluzione del 9 luglio 2015 sulla revisione della politica europea di vicinato; la dichiarazione del vertice NATO in Galles del 5 settembre 2014; la risoluzione del 25 novembre 2015 sulla prevenzione della radicalizzazione e del reclutamento di cittadini europei da parte di organizzazioni terroristiche; la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 28 aprile 2015 dal titolo "Agenda europea sulla sicurezza" (COM(2015)0185); la comunicazione congiunta della Commissione e dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza al Parlamento europeo e al Consiglio del 6 aprile 2016 dal titolo "Quadro congiunto per contrastare le minacce ibride: la risposta dell'Unione europea" (JOIN(2016)0018); la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio del 20 aprile 2016 dal titolo "Attuare l'Agenda europea sulla sicurezza per combattere il terrorismo e preparare il terreno per l'Unione della sicurezza" (COM(2016)0230).

La risoluzione si conclude con inviti, che conviene riportare per intero per comprendere l'ambito della problematica e i possibili provvedimenti che converrebbe adottare:

- invita gli Stati membri ad agire per tagliare l'accesso dell'ISIS/Daesh ai finanziamenti e alle risorse e a promuovere questo principio nell'azione esterna dell'UE, e sottolinea l'esigenza di svelare la vera natura dell'ISIS/Daesh e di ripudiarne la legittimazione ideologica;
 - invita l'UE e i suoi Stati membri ad adottare azioni coerenti e a livello dell'UE contro i discorsi di incitamento all'odio sistematicamente promossi da predicatori intolleranti ed estremisti attraverso sermoni, libri, show televisivi, Internet e tutti gli altri mezzi di comunicazione che possono creare un terreno fertile per le organizzazioni terroristiche come l'ISIS/Daesh e Al-Qaeda;
 - sottolinea l'importanza per l'UE e gli Stati membri di cooperare con i fornitori di servizi dei social media per contrastare la propaganda dell'ISIS/Daesh diffusa attraverso i social media;
 - sottolinea che le organizzazioni terroristiche islamiste, soprattutto l'ISIS/Daesh e Al-Qaeda, sono impegnate in campagne di disinformazione attive volte a minare i valori e gli interessi europei; evidenzia, a tale proposito, l'importanza di una strategia specifica per contrastare la propaganda e la disinformazione islamiste anti-UE;
 - sottolinea che una comunicazione imparziale, attendibile e obiettiva e flussi di informazioni basati sui fatti riguardo agli sviluppi nei paesi dell'UE eviterebbero la diffusione della propaganda alimentata da terzi;
- e descrive la sua strategia per contrastare la propaganda:
- accoglie con favore il piano d'azione in materia di comunicazione strategica; accoglie con favore la comunicazione congiunta sul "Quadro congiunto per contrastare le minacce ibride" e chiede l'approvazione e l'attuazione immediata delle proprie raccomandazioni; sottolinea che le azioni proposte richiedono la cooperazione e il coordinamento di tutti gli attori pertinenti a livello nazionale e dell'UE; è del parere che solo un approccio globale possa condurre a un esito positivo degli sforzi dell'UE; invita gli Stati membri che esercitano la presidenza a turno dell'UE a includere sempre le comunicazioni strategiche nel quadro del loro programma, al fine di garantire la continuità del lavoro in materia; si compiace delle iniziative e dei risultati della presidenza lettone al riguardo; invita il VP/HRa garantire una frequente comunicazione a livello politico con gli Stati membri nell'ottica di un miglior coordinamento delle azioni dell'UE; sottolinea che è opportuno rafforzare sostanzialmente la cooperazione tra l'UE e la NATO nel campo della comunicazione strategica; accoglie con favore l'intenzione della presidenza slovacca di organizzare una conferenza sul totalitarismo in occasione della Giornata europea della memoria delle vittime dei regimi totalitari;
 - chiede alle competenti istituzioni e autorità dell'UE di monitorare attentamente le fonti di finanziamento della propaganda anti-europea;

- sottolinea la necessità di maggiori finanziamenti per sostenere la libertà dei media nei paesi della politica europea di vicinato (PEV) nell'ambito degli strumenti dell'UE a sostegno della democrazia; invita, a tale proposito, la Commissione ad assicurare il pieno utilizzo degli strumenti esistenti, quali lo strumento europeo per la democrazia e i diritti umani (EIDHR), la PEV, il Media Freedom Watch (vigilanza sulla libertà dei media) per il partenariato orientale e il Fondo europeo per la democrazia (EED), ai fini della protezione della libertà e del pluralismo dei media;
- prende atto delle enormi risorse dedicate alle attività di propaganda dalla Russia e il possibile impatto della propaganda ostile sui processi decisionali nell'UE, nonché il suo effetto deleterio sulla fiducia dei cittadini, sull'apertura e sulla democrazia; si congratula per il considerevole lavoro compiuto dalla task force di comunicazione strategica dell'UE; chiede quindi che la task force di comunicazione strategica dell'UE sia rafforzata trasformandola in una unità a pieno titolo all'interno del SEAE, responsabile per il vicinato orientale e meridionale, con idoneo personale e adeguate risorse di bilancio, eventualmente mediante la creazione di una linea di bilancio supplementare a essa dedicata; auspica una cooperazione rafforzata tra i servizi di intelligence degli Stati membri, nell'ottica di valutare l'influenza esercitata da paesi terzi che cercano di compromettere il fondamento e i valori democratici dell'UE; chiede, nell'ambito della comunicazione strategica, una più stretta cooperazione tra il Parlamento europeo e il SEAE, anche avvalendosi degli strumenti analitici del Parlamento e degli Uffici d'informazione negli Stati membri;
- ribadisce che è essenziale per l'UE continuare a promuovere attivamente, mediante le sue azioni esterne, il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali; ritiene che il sostegno alla libertà di espressione e di riunione, al diritto di accesso all'informazione e all'indipendenza dei media nei paesi vicini debba costituire il filo conduttore delle iniziative dell'UE per contrastare la propaganda;
- sottolinea la necessità di rafforzare il pluralismo, l'obiettività, l'imparzialità e l'indipendenza dei media all'interno dell'UE e nel suo vicinato, includendo gli attori non statali, ad esempio sostenendo i giornalisti e lo sviluppo di programmi di rafforzamento delle capacità destinati agli attori del settore dei media, in modo da favorire i partenariati e le reti di scambio di informazione, come ad esempio le piattaforme per la condivisione di contenuti, la ricerca nel settore dei media, opportunità di formazione e di mobilità per i giornalisti e tirocini presso i media con sede nell'UE, onde facilitare lo scambio di buone pratiche;
- sottolinea l'importante ruolo dell'insegnamento del giornalismo di qualità e della relativa formazione all'interno e all'esterno dell'UE al fine di produrre analisi giornalistiche di qualità ed elevati standard editoriali; afferma che la promozione dei valori dell'UE della libertà di stampa e di espressione e del

- pluralismo dei media include il sostegno ai giornalisti perseguitati o imprigionati e ai difensori dei diritti umani nei paesi terzi;
- sostiene una cooperazione più stretta tra le istituzioni dell'UE, il Fondo europeo per la democrazia (European Endowment for Democracy - EED), l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE), il Consiglio d'Europa e gli Stati membri al fine di evitare duplicazioni e garantire la sinergia in iniziative simili;
 - esprime sconcerto per le forti problematiche relative all'indipendenza e alla libertà dei media in taluni Stati membri dell'UE, come riferito da organizzazioni internazionali quali Reporter senza frontiere; chiede all'UE e agli Stati membri l'adozione di misure adeguate finalizzate al miglioramento della situazione esistente nel settore dei media, in modo da garantire che sia assicurata anche la credibilità dell'azione esterna dell'UE a sostegno della libertà, dell'imparzialità e dell'indipendenza dei media;
 - invita la task force sulla comunicazione, rafforzata come proposto, a mettere in linea, utilizzando l'account di Twitter@EUvsDisInfo, un sito rivolto al grande pubblico che riunisca i vari strumenti tesi a rilevare la disinformazione, ne spieghi il funzionamento e funga da collegamento tra le numerose iniziative della società civile al riguardo;
 - afferma che una strategia di comunicazione efficiente deve includere le comunità locali nelle discussioni sulle azioni dell'UE, favorire i contatti interpersonali e prendere adeguatamente in considerazione gli scambi culturali e sociali come piattaforme fondamentali per combattere i pregiudizi delle popolazioni locali; ricorda che, in questa prospettiva, le delegazioni dell'UE devono mantenere un contatto diretto con i portatori di interessi locali a livello di base e i rappresentanti della società civile;
 - sottolinea che l'incitamento all'odio, alla violenza o alla guerra non può "nascondersi" dietro la libertà di espressione; incoraggia l'adozione di iniziative giuridiche in tal senso, ai fini di una maggiore assunzione di responsabilità in tema di disinformazione;
 - sottolinea l'importanza di assicurare una comunicazione efficace e coerente delle politiche dell'UE, sia internamente che esternamente, e di fornire comunicazioni mirate alle regioni specifiche, tra cui l'accesso alle informazioni nelle lingue locali; accoglie con favore, in tale contesto, il lancio del sito web del SEAE in lingua russa come primo passo nella giusta direzione e incoraggia la traduzione del sito in altre lingue, quali ad esempio l'arabo e il turco;
 - sottolinea la responsabilità degli Stati membri nel contrastare attivamente, preventivamente e con spirito di cooperazione le campagne di informazione ostili, o contrarie ai loro interessi, condotte nel loro territorio; sollecita i governi degli Stati membri a sviluppare capacità proprie di comunicazione strategica;
 - invita ciascuno Stato membro a rendere disponibili ai suoi cittadini le due newsletter settimanali della task force per la comunicazione strategica

dell'UE (*The Disinformation Digest* e *The Disinformation Review*) allo scopo di sensibilizzare l'opinione pubblica circa i metodi di propaganda usati da terzi;

- insiste sulla differenza esistente tra propaganda e critica;
- sottolinea che, sebbene non tutte le critiche nei confronti dell'UE o delle sue politiche, in particolare nel contesto dell'espressione politica, siano necessariamente riconducibili alla propaganda o alla disinformazione, i casi di manipolazione o di sostegno legati a paesi terzi e intesi ad alimentare e a esacerbare tale critica danno adito a dubbi sull'affidabilità dei messaggi in questione;
- sottolinea che, se da un lato è necessario prendere posizione contro la propaganda e la disinformazione anti-UE a opera di paesi terzi, ciò non dovrebbe, dall'altro, mettere in discussione l'importanza di intrattenere relazioni costruttive con i paesi terzi e di farne dei partner strategici per affrontare sfide comuni;
- accoglie con favore l'adozione del piano d'azione sulla comunicazione strategica e l'istituzione dell'équipe East StratCom, all'interno del Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE), con l'obiettivo di comunicare le politiche dell'UE e contrastare la propaganda e la disinformazione anti-UE; chiede che sia ulteriormente intensificata la comunicazione strategica; ritiene che l'efficienza e la trasparenza del lavoro dell'équipe East StratCom debbano essere ulteriormente migliorate; invita il SEAE a sviluppare criteri volti a misurare l'efficienza del suo lavoro; evidenzia l'importanza di garantire all'équipe East StratCom finanziamenti sufficienti e un organico adeguato;
- osserva che la “rassegna della disinformazione” (*The Disinformation Review*) pubblicata dalla task force StratCom deve rispettare i criteri stabiliti nella Dichiarazione di principi sulla condotta dei giornalisti della Federazione internazionale dei giornalisti; sottolinea che tale rassegna deve essere redatta in modo appropriato, senza ricorrere a un linguaggio offensivo o a giudizi di valore; invita la task force East StratCom a rivedere i criteri seguiti per la stesura di tale rassegna;
- ritiene che un'efficace strategia di contrasto alla propaganda anti-UE potrebbe consistere nell'adozione di misure volte a fornire a un pubblico mirato informazioni adeguate e interessanti sulle attività dell'UE, sui valori europei e su altre questioni di pubblico interesse, e sottolinea che le tecnologie moderne e le reti sociali potrebbero essere utilizzate per tali scopi;
- invita la Commissione a portare avanti determinate iniziative giuridiche in modo da accrescere la propria efficacia e la propria responsabilità nel contrastare la disinformazione e la propaganda, e a utilizzare la revisione a medio termine dello strumento europeo di vicinato per promuovere il rafforzamento della resilienza dei media come priorità strategica; chiede alla Commissione di effettuare una revisione approfondita dell'efficienza degli attuali strumenti finanziari dell'UE e di avanzare una proposta per una solu-

- zione completa e flessibile che possa fornire sostegno diretto agli organi di stampa, ai gruppi di riflessione e alle ONG indipendenti, specialmente nella lingua nativa del gruppo destinatario, e consentire di indirizzare le risorse aggiuntive alle organizzazioni che abbiano la capacità di farlo, come il Fondo europeo per la democrazia, e riducendo nel contempo i flussi finanziari intesi a sostenere individui o organismi impegnati in attività di comunicazione strategica o di incitamento all'odio e alla violenza; invita la Commissione a svolgere un audit approfondito dell'efficienza di taluni progetti di media su larga scala finanziati dall'UE, quali ad esempio Euronews;
- sottolinea l'importanza della sensibilizzazione, dell'istruzione e dell'alfabetizzazione mediatica e in materia di media online nell'UE e nel vicinato, nell'ottica di conferire ai cittadini la facoltà di analizzare in maniera critica i contenuti dei media per individuare la propaganda; sottolinea, in tal senso, l'importanza di rafforzare le conoscenze a tutti i livelli del sistema dell'istruzione; evidenzia la necessità di coinvolgere le persone in una cittadinanza attiva volta a sviluppare la loro consapevolezza di consumatori di media; pone in evidenza il ruolo centrale degli strumenti online, in particolare dei social media, dove la diffusione di false informazioni e il lancio di campagne di disinformazione sono più facili e spesso non incontrano ostacoli; ricorda che contrastare la propaganda con altra propaganda è controproducente, e comprende, pertanto, che l'UE nel suo insieme e gli Stati membri presi singolarmente possono combattere la propaganda di terzi soltanto respingendo le campagne di disinformazione e facendo un uso positivo dei messaggi e dell'informazione, ricordando la necessità di sviluppare una strategia davvero efficace, che dovrebbe essere differenziata e adattata alla natura degli attori che divulgano informazioni mediante la propaganda; riconosce che la crisi finanziaria e il progredire di nuove forme di media digitali hanno rappresentato grandi sfide per il giornalismo di qualità;
 - esprime preoccupazione per l'uso dei social media e delle piattaforme online per discorsi criminali di incitamento all'odio e alla violenza, ed esorta gli Stati membri ad adattare e aggiornare la loro legislazione per affrontare gli sviluppi in corso, o ad applicare e far rispettare pienamente la legislazione vigente sull'incitamento all'odio, sia online che offline; afferma la necessità di una maggiore collaborazione al riguardo con le piattaforme online e con le imprese leader di Internet e del settore dei media;
 - chiede agli Stati membri di predisporre e garantire il quadro necessario per un giornalismo di qualità e per la varietà dell'informazione contrastando la concentrazione dei media, che ha un impatto negativo sul loro pluralismo;
 - rileva che l'educazione ai media permette di acquisire conoscenze e competenze e consente ai cittadini di esercitare il loro diritto alla libertà di espressione, di analizzare criticamente i contenuti multimediali e di reagire alla disinformazione; pone quindi in evidenza la necessità di sensibilizzare i cittadini in merito ai rischi della disinformazione per mezzo di iniziative

- di alfabetizzazione mediatica a tutti i livelli, anche tramite una campagna europea d'informazione sull'etica mediatica, giornalistica ed editoriale, nonché promuovendo una maggiore cooperazione con le piattaforme sociali e iniziative congiunte per affrontare l'incitamento all'odio e alla violenza e la discriminazione online;
- rileva che nessuna strategia di soft power può avere successo senza la diplomazia culturale e la promozione del dialogo interculturale tra i paesi e al loro interno, nell'UE e fuori dall'UE; incoraggia pertanto le azioni e le iniziative diplomatiche pubbliche e culturali a lungo termine, come borse di studio e programmi di scambio per gli studenti e i giovani professionisti, fra cui le iniziative per sostenere il dialogo interculturale, rafforzare i legami culturali con l'Unione europea, promuovere il patrimonio e i legami culturali comuni e fornire una formazione adeguata al personale delle delegazioni dell'UE e del SEAE affinché sia dotato di competenze interculturali adeguate;
 - ritiene che i media pubblici dovrebbero dare l'esempio di come fornire informazioni imparziali e oggettive, in conformità delle migliori pratiche e dell'etica del giornalismo;
 - sottolinea la necessità di attribuire un'attenzione particolare alle nuove tecnologie – fra cui la diffusione di contenuti digitali, le comunicazioni mobili, i media online e le reti sociali, comprese quelle a carattere regionale – che facilitano la diffusione di informazioni, nonché una maggiore consapevolezza, riguardo ai valori europei sanciti nei trattati; ricorda che tali comunicazioni devono essere di livello elevato, contenere le migliori prassi concrete e mettere in luce l'impatto dell'UE sui paesi terzi, compresa l'assistenza umanitaria dell'UE, come anche le opportunità e i vantaggi derivanti da un'associazione più stretta e da una maggiore cooperazione con l'UE per i cittadini di paesi terzi, in particolare per i giovani, come l'esenzione dal visto o i programmi per lo sviluppo di capacità, la mobilità e gli scambi, ove applicabili;
 - evidenzia la necessità di assicurare che il nuovo portale PEV, attualmente sviluppato nel quadro del programma OPEN Neighbourhood, non solo raccolga contenuti indirizzati a comunità di esperti, ma contenga anche una sezione specificamente concepita per un pubblico più ampio; ritiene che nel portale debba figurare una sezione sul partenariato orientale, che riunisca le informazioni riguardo a iniziative attualmente frammentate tra numerosi siti;
 - evidenzia le potenzialità insite nella cultura popolare e nell'intrattenimento educativo come strumenti per esprimere valori umani condivisi e per comunicare le politiche europee;
 - sottolinea il proprio sostegno a iniziative come il Centro baltico per l'eccellenza dei media di Riga, il Centro di eccellenza delle comunicazioni strategiche della NATO (NATO StratCom COE) o il Centro di eccellenza della rete europea di sensibilizzazione alla radicalizzazione; evidenzia la necessità di utilizzare le loro conclusioni e le loro analisi, come pure di rafforzare le

- capacità analitiche dell'UE a tutti i livelli; invita la Commissione e gli Stati membri ad avviare progetti analoghi, a occuparsi della formazione di giornalisti, a sostenere gli organi di informazione indipendenti e la diversità dei media, a incoraggiare la creazione di reti e la cooperazione tra i media e i gruppi di riflessione, nonché lo scambio di migliori pratiche e di informazioni in tali ambiti;
- condanna le costanti repressioni ai danni di media indipendenti, giornalisti e attivisti della società civile in Russia e nei territori occupati, inclusa la Crimea a seguito della sua annessione illegale; sottolinea che a partire dal 1999 decine di giornalisti sono stati uccisi, sono scomparsi senza lasciar traccia o sono stati imprigionati in Russia; invita la Commissione e gli Stati membri a rafforzare la protezione dei giornalisti in Russia e nel vicinato dell'UE, come pure a sostenere la società civile russa e a investire nei contatti interpersonali; chiede il rilascio immediato dei giornalisti; rileva che l'UE sta rafforzando le relazioni con i suoi partner orientali e con altre regioni limitrofe, mantenendo nel contempo aperti i canali di comunicazione con la Russia; riconosce che l'ostacolo maggiore alle campagne di disinformazione russe sarebbe posto dall'esistenza di media indipendenti e liberi all'interno della Russia stessa; ritiene che il conseguimento di tale risultato dovrebbe rappresentare l'obiettivo dell'UE; invita a prestare particolare attenzione e a dedicare sufficienti risorse al pluralismo nei media, ai media locali, al giornalismo investigativo e ai media in lingue straniere, soprattutto in russo, arabo, farsi, turco e urdu nonché in altre lingue parlate da popolazioni vulnerabili alla propaganda;
 - sostiene le campagne di comunicazione condotte dai pertinenti attori in Siria, in Iraq e nella regione (come pure nei paesi di origine dei combattenti stranieri) per screditare l'ideologia dell'ISIS/Daesh, denunciare le violazioni dei diritti dell'uomo da esso perpetrate e lottare contro l'estremismo violento e l'incitamento all'odio, anche da parte di altri gruppi della regione; invita l'UE e i suoi Stati membri, nel loro dialogo con i paesi MENA, a porre l'accento sul fatto che la buona governance, il principio di responsabilità, la trasparenza, lo Stato di diritto e il rispetto dei diritti umani rappresentano prerequisiti essenziali per proteggere queste società dalla diffusione di ideologie intolleranti e violente che ispirano organizzazioni terroristiche quali l'ISIS/Daesh e Al-Qaeda; sottolinea, di fronte alla crescente minaccia terroristica da parte dell'ISIS/Daesh e di altre organizzazioni terroristiche internazionali, la necessità di rafforzare la cooperazione sulle questioni di sicurezza con i paesi che hanno un'esperienza di lungo corso nel contrasto al terrorismo;
 - invita il VP/AR e il Consiglio a confermare il pieno sostegno dell'UE al processo di attuazione in corso e a contribuire finanziariamente alla realizzazione delle raccomandazioni dello studio di fattibilità sulle iniziative nel settore dei media in lingua russa nel partenariato orientale e oltre, svolto dal Fondo europeo per la democrazia nel 2015.

Come si avrà avuto modo di notare la Risoluzione fa riferimento anche alla soft law, ben consapevole che non vi sono autorità internazionali o sovranazionali che possano dettare regole cogenti per tutti gli ordinamenti del mondo.

Certamente rientra in questo quadro l'accordo tra i grandi Internet Providers per frenare il linguaggio d'odio e cancellare i messaggi che possano produrre gravi danni individuali e collettivi.

L'accordo, stilato da Facebook, You Tube, Twitter e Microsoft, tra l'altro prevede che le società "si impegneranno anche per rafforzare le partnership in corso con le organizzazioni della società civile, che aiuteranno a segnalare i contenuti che promuovono incitamenti alla violenza e condotte improntate all'odio". Le società e la Commissione mirano anche a "continuare il loro lavoro nell'identificare e promuovere contro-narrazioni indipendenti, nuove idee e iniziative e a supportare programmi educativi per incoraggino il pensiero critico".

Il ricorso alla soft-law è necessario, in queste condizioni, ma certamente non può considerarsi soddisfacente, per diverse ragioni: innanzitutto, è affidato un compito di natura pubblicistica (quasi un mandato di esercizio di funzioni pubbliche per finalità di tutela sociale) a soggetti che possono avere interessi, ed essere quindi in conflitto d'interesse, a far circolare messaggi senza controllo e senza censure; non vi sono sanzioni, almeno non sono annunciate sanzioni né modalità di risoluzione di conflitti in caso di inadempimento; ancora, è affidato ai privati la definizione dei criteri con cui selezionare i casi da reprimere; infine, non si prevede un termine di tempo entro il quale il provider dovrebbe intervenire.

Di qui la esigenza di promuovere un accordo internazionale per disciplinare i diritti di Internet e le modalità con cui reagire alla circolazione di dati, segni, simboli, narrazioni, immagini che possano offendere soggetti singoli o comunità che si trovino in situazione di debolezza, di emarginazione o di repressione.

Sempre nell'ambito del soft-law si deve annoverare il protocollo d'intesa stilato il 14 settembre 2017, a cura del Consiglio Nazionale Forense, tra le Avvocature appartenenti ai Paesi del G7 (Italia, Francia, Germania, Regno Unito, Giappone e Stati Uniti d'America) al fine di promuovere comportamenti etici nell'uso di Internet, lo sradicamento di pregiudizi espressi con affermazioni che contengono espressioni lesive, per affermare il ruolo degli avvocati nella difesa dei diritti lesi, nell'eseguire un ruolo di intermediazione tra le autorità giudiziarie e i media, sempre al fine di reprimere i comportamenti antisociali, e nell'offrire forme di cooperazione di consultazione a livello internazionale.

La dignità come fondamento delle libertà e dei diritti

Nella valutazione comparativa degli interessi in gioco particolare rilievo ha la Carta dei diritti fondamentali in cui la *dignità* della persona – e quindi delle comunità e delle minoranze a cui la persona appartiene o in cui si identifica – è considerata il pilastro sul quale poggia l'intero ordinamento europeo.

La previsione, in più disposizioni della nostra Carta costituzionale, del principio di garanzia e tutela della dignità della persona ha registrato, come già

messo in luce, una estesissima applicazione da parte della Corte costituzionale. In un voluminoso quaderno curato dalla stessa Corte costituzionale⁵ sono raccolte le numerose sentenze – che assommano a più di un centinaio – in cui i giudici della Consulta hanno fatto impiego del principio di dignità umana, con riguardo al trattamento degli stranieri, alle discriminazioni in ragione del sesso – in particolare, del trattamento della donna nella famiglia, nel rapporto di lavoro, nelle elezioni politiche, alla discriminazione in ragione della lingua, della libertà religiosa, delle opinioni, delle condizioni personale, con particolare riferimento ai trattamenti sanitari obbligatori, al diritto di essere curati, ai portatori di handicap, alla condizione minorile, alla condizione dei detenuti, e alle discriminazioni sul posto di lavoro.

Ciascuno di questi settori meriterebbe una approfondita discussione, ma, riferendosi le problematiche a settori che saranno poi esaminati in corrispondenza ad analoghe disposizioni contenute nella Carta europea dei diritti fondamentali, è d'uopo soprassedere in questo contesto e rinviare alle successive trattazioni.

Il principio di dignità è utilizzato in modo sempre più frequente anche da parte della Corte di Cassazione. Questo è un fatto notevole, perché, a differenza della Corte costituzionale, che sindacava le leggi sulla base di regole consacrate nella Carta fondamentale, la Corte di Cassazione si occupa, nella materia civile, di rapporti istituiti rispettivamente tra privati. Per quanto riguarda la materia penale, la dignità costituisce un limite all'azione penale e alle sue conseguenze. Nella materia civile la pronuncia della Corte di Cassazione dell'11 novembre 2008, n. 26972 in materia di risarcimento del danno non patrimoniale ha dato adito a molti dubbi, non tanto per la nuova classificazione delle voci di danno (classificazione che potrebbe trovare apprezzamento) quanto perché la Corte ha ritenuto che tale danno sia risarcibile nei casi previsti dalla legge come reato, nei casi previsti dalla legge speciale, nei casi di lesione di "diritti inviolabili" previsti dalla Costituzione; non sono equiparati a questa categoria i diritti umani garantiti dalla CEDU. Questa interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 2043 e 2059 c.c. è stata ribadita in un caso di demansionamento dalla sentenza del 2 febbraio 2010, n. 2352.

Sul piano degli effetti è facile verificare come, nel nostro ordinamento, siano largamente censurabili le norme riguardanti la posizione giuridica del "non cittadino", che investono sia il principio di dignità, sia il principio di eguaglianza, sia il principio di pari opportunità; come siano censurabili le pronunce che violano il principio di eguaglianza nell'applicazione delle norme attuative delle direttive in materia di non discriminazione; come siano invece apprezzabili le pronunce sul principio del consenso informato.

⁵ *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, a cura di Bellocci e Passaglia, Quaderni, Roma 2007.

La Corte di Cassazione ha dato una buona prova di sé nell'applicare direttamente il principio di dignità ai rapporti tra privati. Una analisi dei provvedimenti più recenti conferma questa valutazione positiva.

Ritornando sul danno non patrimoniale la Corte ha ritenuto che «la categoria generale del danno non patrimoniale – che attiene alla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da valore di scambio – presenta natura composita, articolandosi in una serie di aspetti (o voci) aventi funzione meramente descrittiva, quali il danno morale (identificabile nel patema d'animo o sofferenza interiore subiti dalla vittima dell'illecito, ovvero nella lesione arrecata alla dignità o integrità morale, quale massima espressione della dignità umana), quello biologico (inteso come lesione del bene salute) e quello esistenziale (costituito dallo sconvolgimento delle abitudini di vita del soggetto danneggiato), dei quali – ove essi ricorrano cumulativamente – occorre tenere conto in sede di liquidazione del danno, in ossequio al principio dell'integralità del risarcimento, senza che a ciò osti il carattere unitario della liquidazione, da ritenere violato solo quando lo stesso aspetto (o voce) venga computato due (o più) volte sulla base di diverse, meramente formali, denominazioni. Nel bilanciamento tra il diritto all'esercizio dell'iniziativa economica e la tutela dei diritti della personalità – in primis la dignità della persona – ha ribadito la primazia della dignità, salvaguardando la riservatezza dell'interessato trattandosi di informazione commerciale e non di libertà di espressione» (sentenza 23 gennaio 2014, n. 1361).

E anche in materia di libertà di stampa, la dignità costituisce un limite al suo esercizio se fatto in forma lesiva:

Il diritto di stampa, e cioè la libertà di diffondere attraverso la stampa notizie e commenti, sancito in linea di principio dall'art. 21 cost. E regolato dalla legge 8 febbraio 1948 n. 47, è legittimo quando concorrono le seguenti tre condizioni: a) utilità sociale dell'informazione; b) verità (oggettiva o anche soltanto putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca) dei fatti esposti, che non è rispettata quando, pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano, dolosamente o anche soltanto colposamente, taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato; c) Forma "civile" dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, cioè non eccedente rispetto allo scopo informativo da conseguire, improntata a serena obiettività almeno nel senso di escludere il preconcetto intento denigratorio e, comunque, in ogni caso rispettosa di quel minimo di dignità cui ha sempre diritto anche la più riprovevole delle persone, sì da non essere mai consentita l'offesa triviale o irridente i più umani sentimenti. La forma della critica non è civile quando non è improntata a leale chiarezza, quando cioè il giornalista ricorre al sottinteso sapiente, agli accostamenti suggestionanti, al tono sproporzionatamente scandalizzato e sdegnato o comunque all'artificiosa e sistematica drammatizzazione con cui si riferiscono notizie neutre, alle vere e proprie insinuazioni. In tali ipotesi l'esercizio del diritto di stampa può costituire illecito civile anche ove non costituisca reato (sentenza del 18 ottobre 1984, n. 5259).

Particolarmente significativa, perché riguarda uno degli aspetti essenziali della vita di oggi, l'impiego delle banche di dati mediante strumenti informatici, la sentenza resa l'8 agosto 2013, n. 18981 in base alla quale «la legge tutela anche i dati già pubblici o pubblicati, poiché colui che compie operazioni di trattamento di tali informazioni, dal loro accostamento, comparazione, esame, analisi, congiunzione, rapporto od incrocio, può ricavare ulteriori informazioni e, quindi, un “valore aggiunto informativo”, non estraibile dai dati isolatamente considerati, potenzialmente lesivo della dignità dell'interessato (ai sensi degli artt. 3, primo comma, prima parte, e 2 Cost.), da considerare preminente rispetto all'iniziativa economica privata che, secondo l'art. 41 Cost., non può svolgersi in modo da recare danno alla dignità umana. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di rigetto dell'opposizione proposta avverso un provvedimento del Garante che aveva disposto, a carico di una società incaricata di elaborare “dossier” a fini commerciali, il divieto di continuare ad associare a determinati soggetti la notizia concernente il fallimento di una s.r.l., del cui consiglio di amministrazione gli interessati avevano fatto parte in epoca antecedente la dichiarazione di insolvenza, trattandosi di dato eccedente rispetto alle finalità dell'informazione, in assenza di ipotesi di responsabilità personale degli interessati».

In ogni caso, la tutela della persona, in tutti i suoi aspetti, è lo scopo che la corte individua nell'art. 2 Cost. in cui si richiamano i diritti inviolabili dell'uomo (sentenza del 10 maggio 2001, n. 6507):

In tema di diritti della personalità umana, esiste un vero e proprio diritto soggettivo perfetto alla reputazione personale anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge ordinaria, che va inquadrato nel sistema di tutela costituzionale della persona umana, traendo nella Costituzione il suo fondamento normativo (Corte cost. 184/1986, 479/87), in particolare nell'art. 2 (oltre che nell'art. 3, che fa riferimento alla dignità sociale) e nel riconoscimento dei diritti inviolabili della persona. L'art. 2 Cost., nell'affermare la rilevanza costituzionale della persona umana in tutti i suoi aspetti, comporta che l'interprete, nella ricerca degli spazi di tutela della persona, è legittimato a costruire tutte le posizioni soggettive idonee a dare garanzia, sul terreno dell'ordinamento positivo, ad ogni proiezione della persona nella realtà sociale, entro i limiti in cui si ponga come conseguenza della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali nelle quali si esplica la sua personalità. L'espresso riferimento alla persona come singolo rappresenta certamente valido fondamento normativo per dare consistenza di diritto alla reputazione del soggetto, in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela “del pieno sviluppo della persona umana”, di cui al successivo art. 3 cpv. Cost. (implicitamente su questo punto Corte Cost. 3 febbraio 1994, n. 13). Infatti, nell'ambito dei diritti della personalità umana, con fondamento costituzionale, il diritto all'immagine, al nome, all'onore, alla reputazione, alla riservatezza non sono che singoli aspetti della rilevanza costituzionale che la persona, nella sua unitarietà, ha acquistato nel sistema della Costituzione. Trattasi quindi di diritti omogenei essendo unico il bene protetto.

Una importante vicenda che ha coinvolto sia la Corte di Cassazione e successivamente la corte costituzionale ha riguardato l'eccidio di civili da parte delle truppe germaniche nel corso dell'ultimo conflitto. Al di là delle questioni afferenti al diritto internazionale e agli accordi tra il nostro Paese e la Germania, entrambe le corti hanno ritenuto che non si potessero imporre limiti all'ordinamento nazionale quando fosse compromesso il valore della dignità umana.

Dapprima le Sezioni unite della Corte di Cassazione, con sentenza del 29 maggio 2008, n. 14199 hanno precisato che «In tema di riconoscimento di sentenze straniere, non può essere ritenuta contraria all'ordine pubblico interno la sentenza della Corte di cassazione della Grecia di condanna della Repubblica Federale di Germania al pagamento delle spese processuali, relative ad una domanda, accolta, di indennizzo proposta dagli eredi delle vittime di un eccidio di civili compiuto dalle forze armate tedesche nel territorio greco durante la seconda guerra mondiale, dovendosi ritenere che la norma consuetudinaria di diritto internazionale, che impone agli Stati l'obbligo di astenersi dall'esercitare il potere giurisdizionale per gli atti "iure imperii", non abbia carattere incondizionato ma incontri un limite nel riconoscimento del primato assoluto dei valori fondamentali di libertà e dignità della persona umana e, conseguentemente, non possa essere invocata in presenza di comportamenti dello Stato straniero di tale gravità da configurarsi quali crimini contro l'umanità in quanto lesivi di quei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statali».

Di poi la stessa Corte costituzionale, con una sentenza la cui decisione è stata assai tormentata, riguardante il risarcimento del danno dei cittadini italiani deportati nei campi di concentramento da parte delle forze armate germaniche nel corso dell'ultimo conflitto bellico.

La premessa è che «i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un "limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione" (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea (ex plurimis: sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988). [...] Il giudice rimettente ha non casualmente indicato congiuntamente gli artt. 2 e 24 Cost., inestricabilmente connessi nella valutazione di legittimità costituzionale chiesta a questa Corte. Il primo è la norma sostanziale posta, tra i principi fondamentali della Carta costituzionale, a presidio dell'inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, tra i quali, nella specie conferente a titolo primario, la dignità.

Il secondo è anch'esso a presidio della dignità della persona, tutelando il suo diritto ad accedere alla giustizia per far valere il proprio diritto inviolabile». Di qui l'illegittimità dell'obbligo del giudice italiano di applicare la l. n. 5 del 2013 che gli imporrebbe di rispettare l'immunità dello Stato estero.

La CEDU e la Corte EDU

Assai attiva nel settore è stata la Corte EDU.

La Convenzione europea dei diritti umani non parla di dignità, ma pone al centro di ogni ordinamento giuridico la persona. E quindi non può che valutare preponderante la tutela della persona rispetto alla libertà d'espressione. Da questo punto di vista, la Corte EDU si è pronunciata in molti casi.

Come è suo costume, la Corte non enuncia principi di carattere generale, ma valuta le fattispecie caso per caso. Una ricerca molto accurata predisposta da Tarlach Mc Gonagle dell'Institute for Information Law ha passato in rassegna le molteplici sentenze con cui la Corte EDU ha esaminato i casi che le sono stati sottoposti nel corso degli ultimi anni.

La disposizione che viene in considerazione, tra le altre, nella motivazione delle sentenze, riguarda la libertà di espressione. Per meri fini ricognitivi se ne riproduce il testo⁶.

Sono molteplici, come si diceva, le pronunce della Corte EDU sul linguaggio d'odio.

Uno dei primi casi, che la dottrina in materia considera eminente (*Handyside v. UK*, 1976), riguardava la pubblicazione di un libro da parte di un editore (di nome Handyside) che nelle sue collane aveva ospitato diverse pubblicazioni di autori comunisti, ed aveva ora diffuso un libro per le scuole (denominato *The Red School Book*) in cui tra le altre cose si trattavano brevemente gli aspetti fondamentali della vita sessuale degli adulti, quasi un itinerario didattico che costituiva il primo impatto dell'alunno con il problema, facendo rinvio ad una letteratura scientificamente più approfondita, nel caso si volessero studiare più estesamente gli argomenti citati. Pur diffuso in molti Paesi, il libro, era stato sequestrato nel Regno Unito perché ritenuto osceno sulla base della legislazione

⁶ Art. 10 1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziari.

allora vigente. Percorsi tutti i gradi della giurisdizione, l'editore si era rivolto alla Corte EDU, la quale, con una decisione assai circostanziata, ritenne che non vi fosse violazione dell'art. 10 della Convenzione sulla libertà di espressione, e che non si potessero riscontrare "oscenità" nelle informazioni date ai lettori, seppur minorenni.

Il punto riguardava il concetto di "oscenità" (d'altra parte, proprio in apertura del nostro discorso si è fatto riferimento anche alla censura come limite alla libertà di espressione), e a questo proposito si legge:

it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them.

Ma la Corte non ha mai affermato che si potessero, attraverso l'art. 10, proteggere il linguaggio militante a favore di razzismo, xenofobia o antisemitismo, o negazionismo.

Pur senza definirlo, la Corte ha ritenuto che l'*hate speech* fosse in contrasto con l'art. 10 in quattro casi decisi contro la Turchia nel 1999. E ha sottolineato che i media diventano uno strumento per diffondere il linguaggio d'odio e per promuovere la violenza.

La Corte, che costituisce un vessillo per la tutela delle libertà e della democrazia, è ben consapevole che ogni restrizione alla libertà di opinione, di espressione, o di stampa può minare la democrazia, e tuttavia, quando si tratta non solo di brani che descrivono fatti, o di informazioni e semplici idee che possono apparire imbarazzanti o d'impatto sull'opinione pubblica, ma espressioni che inglobano odio e apprezzamento della violenza, quelle espressioni possono essere vietate.

Sarebbe più facile comprendere le valutazioni della Corte se essa avesse proceduto con il definire l'*hate speech*; ma non avendolo fatto, il significato di questa espressione deve essere ricavato dal contesto. Lo si può comprendere nella decisione che ha ritenuto inaccettabile per una società democratica (come quella danese) una campagna televisiva che promuoveva idee razziste e xenofobe (*Jersild v. Denmark*, 1994).

Nonostante il giornalista si fosse difeso sostenendo che aveva preso le distanze dalle dichiarazioni degli intervistati la Corte ha ritenuto che:

the reasons adduced in support of the applicant's conviction and sentence were not sufficient to establish convincingly that the interference thereby occasioned with the enjoyment of his right to freedom of expression was "necessary in a democratic

society”; in particular the means employed were disproportionate to the aim of protecting “the reputation or rights of others”.

In un altro caso (Norwood v. UK, 2004) il giornalista aveva sferrato un attacco aggressivo contro le moltitudini di musulmani che vivevano nel Regno Unito, e ne invocava l'espulsione. La Corte ha ritenuto che si trattasse di un vero e proprio atto di terrorismo.

Ma la Corte valuta caso per caso l'incidenza delle parole, dei simboli o delle immagini usate per accertare se sia *necessario* al fine di salvaguardare la democrazia in una società fondata sul diritto consentire espressioni che possono offendere, ledere l'onore o comunque criticare violentemente gruppi di minoranze oppure proibirle, perché pericolose proprio per quei valori che la libertà di espressione vorrebbe salvare.

Ad es., un caso in cui l'interessato aveva partecipato ad una dimostrazione in Ungheria, organizzata nei pressi di una statua del regime comunista da poco sconfitto, mettendo in evidenza una stella rossa che portava sulla giacca, ha ritenuto che vietare l'esposizione della stella rossa non fosse una misura necessaria per tutelare la democrazia (Vajnai c. Ungheria, 2008). Nella perspicua motivazione si legge che:

Per quanto riguarda il legame tra il divieto di ostentare la stella rossa e l'ideologia totalitaria offensiva sottostante tale simbolo, la Corte sottolinea che, per quanto fastidiosa possa essere la potenziale diffusione di tale ideologia, ciò non può essere l'unico motivo tale da giustificare una limitazione a mezzo di sanzione penale. Non è possibile, in effetti, equiparare alla propaganda pericolosa un simbolo che poteva avere diversi significati nel contesto del caso in esame, in cui esso era esibito da un leader di un partito politico senza note ambizioni totalitarie. Tuttavia, la sezione 269/B del codice penale ungherese non richiede la prova che la concreta ostentazione equivalga a propaganda del totalitarismo. Anzi, la mera ostentazione è inconfutabilmente considerata tale a meno che essa non sia finalizzata a scopi scientifici, artistici, informativi didattici (si veda il paragrafo 41, *supra*, in fine). Per la Corte, questo carattere indiscriminato del divieto corrobora la constatazione che esso è inaccettabilmente ampio. 57. La Corte è ovviamente consapevole del fatto che l'uso sistematico del terrore per consolidare il regime comunista in diversi paesi, compresa l'Ungheria, resta una grave cicatrice nella mente e nel cuore dell'Europa. La Corte riconosce che l'esibizione di un simbolo che è stato onnipresente durante il regno di tali regimi possa creare disagio tra le vittime del passato ed i loro parenti, che potrebbero giustamente trovare tali esibizioni irrispettose. Essa ritiene, tuttavia, che tali sentimenti, comunque comprensibili, non possono da soli porre limiti alla libertà di espressione. Considerate le ben note garanzie che la Repubblica d'Ungheria ha fornito legalmente, moralmente e materialmente alle vittime del comunismo, tali emozioni non possono essere considerate come paure razionali. Secondo l'opinione della Corte, un sistema giuridico che applichi restrizioni in materia di diritti umani, al fine di soddisfare i dettami dell'opinione pubblica – reale o immaginaria – non può essere considerato come rispondente ai bisogni sociali imperativi riconosciuti in una società democratica, dal momento che la società deve

rimanere razionale nel suo giudizio. Ritenere altrimenti significherebbe assoggettare la libertà di parola e di opinione al veto della censura. 58. Le considerazioni che precedono sono sufficienti per consentire alla Corte di concludere che la condanna del ricorrente per il semplice fatto di aver indossato una stella rossa non può essere considerata rispondente ad un “bisogno sociale imperativo”. Inoltre, la misura con cui il suo comportamento è stato sanzionato, anche se relativamente lieve, appartiene alla sfera del diritto penale, sfera che comporta le più gravi conseguenze. La Corte non ritiene che la sanzione sia stata proporzionata allo scopo legittimo perseguito. Ne consegue che l’ingerenza nella libertà di espressione del ricorrente non può giustificarsi ai sensi dell’articolo 10 § 2 della Convenzione.

La Corte EDU è dunque sensibile alla protezione della libertà di espressione, ma ne sottolinea i limiti quando non sia necessario salvaguardarla perché tale libertà verrebbe a confliggere con interessi, valori, diritti, che ineriscono alla persona umana o alla sicurezza o alla democrazia di una società.

Si riscontrano così pronunce sui discorsi d’odio razziale (Vona c. Ungheria, 2013) che colpiscono manifestazioni pubbliche contro i Rom. Tuttavia in un altro caso in cui il ricorrente, individualmente, si era sentito offeso per l’uso in alcune pubblicazioni della espressione turca che traduce il vocabolo Rom, ha ritenuto che non sussistesse la violazione dell’art. 10 (Aksu c. Turchia, 2012).

Allo stesso modo, in un giudizio assai controverso, la Corte ha ritenuto che non violasse l’art. 10 una campagna elettorale razzista (Féret c. Belgio, 2009) proprio perché le espressioni pur violente erano state utilizzate nel corso di una competizione elettorale e quindi in un contesto in cui l’opinione pubblica avrebbe potuto valutare democraticamente la loro eccessività o meno.

Al contrario nel caso di un giornalista che aveva approvato un attentato in Francia contro l’imperialismo americano (Leroy c. Francia, 2008) la Corte ha ritenuto che la violenza delle espressioni fosse un attentato alla democrazia). Analogamente nel caso Glimmerveen et Haqenbeek c. Paesi Bassi, del 1979 in cui si predicava la purezza della “razza” olandese.

Quanto all’odio religioso la Corte, anche attraverso lo strumento dell’inammissibilità (che spesso implica indirettamente la fondatezza del provvedimento impugnato) ha colpito discorsi inneggianti alla vittoria islamica sugli infedeli (Hizb Ut-Tahrir e altri c. Germania, 2012). Analogamente in Gündüz c. Turchia, 2003.

La Corte si è espressa anche a favore della tutela delle minoranze con riguardo all’orientamento sessuale (Vejdeland e altri c. Svezia, 2012) e a favore della condanna dell’antisemitismo, anche con riguardo al negazionismo (Garaudy c. Francia, 2003) e l’uso delle camere a gas per la distruzione degli Ebrei (Honsik c. Austria, 1996).

L’incidenza delle sentenze della Corte EDU sulla giurisprudenza italiana

Le sentenze della Corte EDU sono rilevanti per l’applicazione del diritto interno. Alcune pronunce della Corte di Cassazione hanno proprio fatto riferimento ad esse per definire il nuovo concetto di danno morale.

Le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 chiariscono la portata e gli effetti del limite del rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, previsto dall'art. 117, primo comma, Cost. quale limite per la potestà legislativa statale e regionale, con riferimento alle norme della Cedu. Preliminarmente la Corte chiarisce che il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma legislativa interna ritenuta in contrasto con una norma Cedu, poiché «l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi». Ciò però «non significa che le norme della Cedu, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi, ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le “norme interposte” e quelle costituzionali». L'art. 117, primo comma, Cost., non consente di «attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della Cedu», ma determina «l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della Cedu e dunque con gli obblighi internazionali di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale». Le disposizioni della Cedu diventano, dunque, “norme interposte” nel giudizio di legittimità costituzionale in relazione al parametro degli obblighi internazionali previsto dall'art. 117, primo comma, Cost.

Ma anche la Corte costituzionale ha tenuto un atteggiamento collaborativo, talvolta uniformandosi talvolta allontanandosi dall'orientamento della corte EDU. Come scriveva qualche anno fa l'allora Presidente Franco Gallo:

La giurisprudenza costituzionale italiana non è stata certo insensibile ai problemi di ricezione della giurisprudenza EDU nel nostro ordinamento ed ha, anzi, elaborato alcuni principi che regolano tale ricezione. Ricordo brevemente i due più importanti. Il primo è basilare e trova diretto fondamento nella stessa CEDU (art. 32, paragrafo I, della Convenzione). Secondo tale principio il giudice interno, per accertare se vi sia contrasto fra le norme nazionali e le norme della CEDU, deve tenere conto di queste ultime solo nel significato loro attribuito dalla Corte EDU⁷ e, comunque, deve

⁷ Il contenuto della convenzione e degli obblighi che da essa derivano, in particolare, è essenzialmente quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni la Corte EDU ha elaborato (sentenze nn. 257, 236, 187, 181 e 113 del 2011, 93 del 2010, 311 e 239 del 2009, 39 del 2008, 349 e 348 del 2007; ordinanza n. 180 del 2011).

interpretare la normativa nazionale in modo conforme alla CEDU⁸. Su di esso non è il caso di soffermarmi. Tratterò, invece, del secondo principio che è stato creato dalla giurisprudenza della Corte. Secondo tale principio il giudice comune deve rimettere, comunque, alla Corte costituzionale il controllo sulla compatibilità della legge interna con la normativa convenzionale, sollevando a tal fine, dinanzi ad essa, questione di legittimità costituzionale.

Pur confermando l'insindacabilità dell'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale riserva, dunque, a sé la possibilità – oltre che di controllare la rispondenza delle norme CEDU alla Costituzione – anche di “valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano”. Questa valutazione si risolve, in particolare, in un apprezzamento da parte della Corte costituzionale della “giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente”, che consenta di rispettarne la sostanza e, nello stesso tempo, di tener conto anche delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi quale norma interposta⁹.

A questo necessario riscontro di “non incompatibilità” formale fra diritto convenzionale e Costituzione la sentenza n. 317 del 2009 ha aggiunto una ulteriore importante condizione di ordine sostanziale: e cioè che “il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema [nazionale] dei diritti fondamentali”.

Richiedendo tale “plus di tutela”, la Corte costituzionale si dispone perciò a un confronto aperto con le giurisprudenze comunitaria e internazionali, non ripiegandosi su logiche nazionalistiche, ma riconfermando la disponibilità a superare lo stesso principio di sovranità della Costituzione politica quando ciò valga ad ampliare la tutela dei diritti della persona.

Le sentenze della Corte di Giustizia

La libertà di espressione, pur essendo ripresa dalla Carta europea dei diritti fondamentali all'art. 11, non è stata oggetto di numerose pronunce della Corte di Giustizia. Troviamo però importanti prese di posizione nel materiale rinvenibile. In una delle rare occasioni in cui la Corte ha avuto occasione di trattare il tema i giudici di Lussemburgo hanno formulato una definizione della libertà di espressione e dei suoi limiti. Nel caso *Connolly* (in cui un funzionario dell'Unione si era espresso con forti critiche rispetto al sistema euro) si legge che:

I diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine, la Corte si ispira alle tradizioni costitu-

⁸ A pena di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, qualora detto tentativo non sia reso impossibile dal vincolo testuale dalla littera legis e non si sia formato un diritto vivente di segno contrario all'interpretazione che si conforma alla CEDU: sentenze nn. 236, 113, 80 del 2011; 196, 138 e 87 del 2010; 317, 311 e 239 del 2009; 39 del 2008.

⁹ Sentenze nn. 236, 113, 80 del 2011; 196, 138 e 87 del 2010; 317 del 2009; 349 e 348 del 2007.

zionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo riveste, a questo proposito, un particolare significato. Tali principi sono stati ripresi dall'art. 6, n. 2, UE.

La Corte si rifà alla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, e precisa che «la libertà di espressione costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, una delle condizioni basilari per il progresso di tale società e per il pieno sviluppo di ogni singola persona. Salvo quanto previsto dall'art. 10, n. 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la libertà di espressione vale non soltanto in relazione alle "informazioni" o alle "idee" accolte con favore o considerate come inoffensive od indifferenti, ma anche a quelle di tali informazioni o idee che disturbino, sconvolgano od inquietino. La libertà di espressione può essere sottoposta alle limitazioni previste dall'art. 10, n. 2, della Convenzione, che tuttavia debbono essere interpretate in maniera restrittiva. L'aggettivo "necessario", contenuto nell'art. 10, n. 2, implica un'esigenza sociale imperativa e, se è vero che gli Stati contraenti godono di un certo potere discrezionale nel valutare il ricorrere di tale esigenza, è vero anche che l'ingerenza deve essere proporzionata allo scopo legittimo perseguito e che i motivi invocati dalle autorità nazionali per giustificarla devono essere pertinenti e sufficienti. Inoltre, qualsiasi restrizione preventiva richiede un esame particolare. Peraltro, le restrizioni devono essere previste da norme formulate in maniera sufficientemente precisa per consentire agli interessati di conformare la propria condotta, ricorrendo, se del caso, al consiglio di consulenti preparati. (v. punti 37-42). fatte queste premesse di carattere generale, tuttavia, la Corte ha ritenuto che le sanzioni comminate ad un dipendente che aveva criticato aspramente il sistema euro non erano illegittime, in quanto violavano il rapporto di fiducia tra datore di lavoro e dipendente» (C-274/99).

E quanto ai dati personali, nel caso Google Spain la Corte ha affermato il diritto all'oblio, poi ripreso nel Regolamento che ha sostituito la direttiva comunitaria sulle banche di dati personali: ha quindi valutato prevalente il diritto alla identità personale e la tutela dell'individuo nella sfera della riservatezza sul diritto ad essere informati attraverso la libertà di stampa e di riproduzione sul web di notizie pubblicate dai giornali.

A parte altre sentenze che hanno posto a confronto la libertà di espressione con la libertà di produzione di servizi, il tema più discusso e non ancora normato riguarda il *whistleblowing* e il segreto degli affari¹⁰.

¹⁰ [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com\(2013\)0813_/com_com\(2013\)0813_fr.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com(2013)0813_/com_com(2013)0813_fr.pdf) 3. Per una trattazione dei singoli profili v. ora Thuesing e Gerrit Forst (ed.), *Whistleblowing - Comparative Study*, Heidelberg 2016.

Il dibattito tra fautori e critici dell'*hate speech*

Il dibattito più interessante sull'*hate speech* non si è svolto nell'ambito della cultura europea ma nei rapporti tra cultura europea o dei Paesi influenzati dalla cultura europea e cultura statunitense. In particolare vorrei richiamare le posizioni di Robert Post e Robert Kahn da un lato e Jeremy Waldron e Karl Loewenstein dall'altro, anche se il tema è stato oggetto di una letteratura amplissima, di cui non è possibile tenere conto ai fini della presente reazione.

Il dibattito sull'*hate speech* ha trovato alimento nella diaspora degli intellettuali di origine ebraica o portatori di idee democratiche costretti a rifugiarsi all'estero per non essere perseguitati nei Paesi che negli anni Trenta erano dominati da regimi totalitari (ciò accadeva quasi in tutta l'Europa, tranne che nei Paesi scandinavi). La grande emigrazione degli intellettuali europei, che ha dato luogo ad una stagione epica in Inghilterra, Francia e Stati Uniti, ma anche nell'America del Sud, ha arricchito il livello culturale di Paesi ospiti e rinvigorito i valori democratici sui quali essi erano fondati. Emblematica, appunto, la storia personale di Karl Loewenstein, che a più riprese pubblica libri e saggi sulla *Militant Democracy*, in cui mette in evidenza i fondamenti della democrazia travolti dai regimi totalitari.

La libertà di espressione diventa quindi da un lato il baluardo della democrazia, perché essa è repressa nei regimi totalitari che tendono a soffocare ogni forma di dissenso; dall'altro, se diretta a colpire il singolo o gruppi, con violente forme di odio, disprezzo, diffamazione, diviene un pericolo per la democrazia. Di qui la necessità di porre limiti a questo diritto.

Antony Lewis, insieme ad altri eminenti giuristi e filosofi della politica statunitense, continua a sostenere che proprio il Primo emendamento della costituzione americana è la garanzia della libertà di espressione, che deve essere inteso in modo assoluto: al punto che tale libertà deve comprendere anche coloro che noi non apprezziamo perché portatori di idee illiberali, quando non fasciste. La Corte Suprema, già nel 1952, nel caso *Beauharnais v. Illinois* ha ritenuto che la diffamazione di gruppi – in quella vicenda si trattava di una campagna contro i Neri – non possa essere protetta dal Primo Emendamento. Ma nel caso *New York v. Sullivan* la Corte ha escluso che la pubblicazione di informazioni relative a persone che hanno una figura pubblica possa costituire violazione del principio costituzionale. Qui prevale – sempre per difendere i principi democratici – il diritto dei cittadini di sapere dati, informazioni, prese di posizione, che riguardano gli individui che si presentano alle elezioni, o ricoprono incarichi pubblici, e quindi devono essere messi in condizione di valutare il loro operato e comportarsi di conseguenza.

A questo riguardo Jeremy Waldron, che ha scritto uno dei libri più interessanti sull'*hate speech*, e sui modelli che si raffrontano e si scontrano nei diversi Paesi occidentali, ritiene che la tesi di Lewis si possa superare facendo ricorso alla tutela della dignità, intesa come status delle persone, indisponibile e insopprimibile.

Ed Baker, il filosofo della politica di recente scomparso, aveva sostenuto che occorre garantire l'autonomia ai singoli individui, i quali, se si vogliono esporre con le loro idee oltranziste, devono essere liberi di farlo, ovviamente esponendosi alle critiche di coloro che non ne condividono le posizioni. Anche nei confronti di Baker Waldfron solleva il problema della solidarietà: in una comunità l'autonomia di espressione non può essere portata fino al limite della lesione della solidarietà, perché mina alla base la convivenza sociale.

Per parte sua Ronald Dworkin ragiona in termini di "legittimità": le regole che sanzionano l'*bate speech* si pongono in collisione con altre regole altrettanto legittime. Ma è evidente che l'ordinamento è composto da regole tra loro in conflitto, e che spetta ad una società ordinata coordinarle e assegnare loro una gerarchia, nella difesa del bene comune.

Infine, Robert Post mette in evidenza come spesso le declamazioni di *bate speech* non siano espressione di autodeterminazioni, ma piuttosto l'effetto di un intenso lavoro di suggestione psicologica operato dai media, sì che coloro che si scagliano in espressioni odiose per colpire individui o gruppi che appartengono a minoranze non sono liberi. D'altra parte non si può consentire che il Primo emendamento diventi lo scudo per ogni aggressione che mette in gioco i valori della democrazia.

E Jeremy Waldron, proprio richiamando le esigenze di una società "ordinata" e di tutela della dignità delle persone, propone una valutazione comparativa degli interessi in gioco che salvi la libertà di espressione ma le ponga i limiti necessari a salvaguardare per l'appunto la coesione (mediante l'inclusione delle minoranze) della base sociale e il rispetto – che è atteggiamento diverso dalla "tolleranza" dei singoli individui.



Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore

Marianna Scali

Il problema delle sopravvenienze nel contratto di mutuo

Tra le questioni di maggiore interesse che la mondializzazione dei mercati ha posto alla scienza civilistica, un particolare rilievo viene ad assumere la tutela del consumatore, rispetto al problema delle sopravvenienze¹ nel mutuo stipulato per finalità abitative.

L'economia globale, come noto, espone le operazioni economiche di lunga durata a rischi crescenti e imprevedibili, i cui effetti possono ricadere su destinatari diversi e lontani da quelli che li hanno originati.

Ciò pone il problema di individuare adeguati rimedi a favore del consumatore rispetto a sopravvenienze idonee ad alterare il sinallagma o ad incidere altrimenti sulla sua capacità di adempiere.

L'attenzione per il tema si spiega, anzitutto, per le implicazioni di ordine sociale ed economico, che investono la tutela del diritto alla casa² e la garanzia di concorrenzialità e stabilità del sistema finanziario³; secondariamente, per le questioni teoriche che implica l'intervento, in fase esecutiva, su un regolamento d'interessi già definito. In questi casi, nello specifico, è necessario stabilire se le parti debbano continuare ad osservare il testo contrattuale, ormai lontano dalla realtà che era volto a regolare, o possano viceversa risolverlo o riadattarlo alla luce delle nuove circostanze⁴.

¹ Per sopravvenienza si intende un evento eccezionale, e successivo alla stipula, che viene a stravolgere l'assetto di interessi in origine pattuito.

² Diritto che, secondo una ricostruzione dottrinale, assurge a rango costituzionale, ex art. 47, co. 2 della Cost. In tal senso M. TATARANO, *La "rinegoziazione" nei finanziamenti bancari*, Esi, Napoli 2003, pp. 93 ss.

³ Sul punto cfr. il 3°considerando della direttiva 2014/17/UE del parlamento europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 n. 17 in materia di contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, ove si osserva che: «La crisi finanziaria ha dimostrato che il comportamento irresponsabile da parte degli operatori di mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare dei consumatori, e a conseguenze potenzialmente lesive sul piano socio-economico. Molti consumatori hanno perso fiducia nel settore finanziario e i mutuatari si sono trovati sempre più in difficoltà nel far fronte ai propri prestiti: ciò ha portato all'aumento degli inadempimenti e delle vendite forzate».

⁴ Sul problema delle sopravvenienze cfr. R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, in *Enc. Dir.*, XL, Giuffrè, Milano 1989, pp. 104 ss.; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto*

A tal riguardo si pone, anzitutto, un problema di ordine teorico: stante il

Civ., VII, Utet, Torino 1991, pp. 243 ss.; ID., *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano 1992; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, XVI, Giuffrè, Milano 1995, pp. 238 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli 1996; P. GALLO, *Revisione del contratto*, in *Digesto Civ.*, XVII, Utet, Torino 1998, pp. 431 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Esi, Napoli 1998, p. 193; M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1998, pp. 619 ss.; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano 1999, pp. 390 ss.; A. DE MAURO, *Principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Giuffrè, Milano 2000; E. GABRIELLI, *Alea*, in *Enc. giur.*, agg. I, Roma 2000; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Esi, Napoli 2000; V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 1021 ss.; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, pp. 843 ss.; M. AMBROSOLI, *Le sopravvenienze perturbative e la revisione contrattuale*, in *Studi in memoria di Giovanni Cattaneo*, I, Cedam, Padova 2002, pp. 147 ss.; ID., *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, Milano 2002; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, I/2002, pp. 63 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, pp. 786 ss.; F. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Esi, Napoli 2003, pp. 96 ss., 358 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, pp. 667 ss.; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione ad equità del contratto*, in *Digesto Civ.*, agg. II, Utet, Torino 2003, pp. 1200 ss.; E. GABRIELLI, *Offerta di riduzione*, in *Digesto Civ.*, agg., Utet, Torino 2003, pp. 972 ss.; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e di gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, pp. 467 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, t. II, in R. SACCO - G. DE NOVA (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino 2004, 3^a ed., pp. 713 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, Milano 2004; D'ANGELO, *La buona fede, Il contratto in generale*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, t. IV, Utet, Torino 2004, pp. 147 ss.; F. GALGANO, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale, Diritto civile e commerciale*, II, t. 1, Cedam, Padova 2004, pp. 646 ss.; E. GABRIELLI, *L'offerta di riduzione ad equità del contratto, I contratti di composizione della lite*, in *Trattato Gabrielli-Luiso*, Utet, Torino 2005, pp. 221 ss.; G. di GIANDOMENICO - D. RICCIO, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, XIV, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, cit., 2005; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato dei contratti*, Giuffrè, Milano 2006, V, 2, pp. 615 ss.; ID., *Adeguamento e rinegoziazione, Il contratto in generale*, in P. RESCIGNO - E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino 2006, t. II, pp. 1895 ss.; ID., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Utet, Torino 2006, p. 201; E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità, I contratti in generale*, in P. RESCIGNO - E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, cit., p. 1809; G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, pp. 539 ss.; ID., *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Cedam, Padova 2006, pp. 128 ss.; M. BARCELLONA - M.R. MAUGERI, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO (a cura di), Giuffrè, Milano 2007, pp. 521 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Utet, Torino 2006, pp. 216 ss.; S. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Giuffrè, Milano 2006; A. FICI, *I rimedi contro l'inadempimento*, in A.A.V.V., *Il nuovo contratto*, Zanichelli, Bologna 2007,

principio del *pacta sunt servanda*, il sopravvenuto mutamento di circostanze, sebbene idoneo ad alterare il sinallagma, non dovrebbe incidere sul contratto. Tale soluzione, tuttavia, risulterebbe eccessivamente iniqua per il contraente che subisce la sopravvenienza, in tal modo costretto ad un sacrificio economico non preventivato.

La questione assume, altresì, notevole rilievo pratico, atteso che, in caso di sopravvenienze, la scelta del rimedio esperibile implica anche valutazioni di efficienza economica⁵ e di giustizia contrattuale⁶. L'applicazione rigorosa del principio del *pacta sunt servanda*, invero, se garantisce la certezza delle relazioni giuridiche e favorisce una più consapevole assunzione di rischi, nondimeno determina guadagni inattesi per il contraente che non subisce la sopravvenienza ed ingiustificati sacrifici per quello onerato; e dunque rappresenta una soluzione del tutto inadeguata ad affrontare eventi realmente straordinari ed imprevedibili⁷. Lo scioglimento del vincolo su richiesta di una delle parti, di contro, nella misura in cui riporta i contraenti sul mercato alla ricerca di nuovi *partner*, favorisce la concorrenza ma, da un lato, importa notevoli costi transattivi e, dall'altro, può risultare di grande pregiudizio per la parte che abbia già effettuato spese od investimenti specifici. Tale soluzione, pertanto, risulta economicamente conveniente solo se il vantaggio acquisibile riposizionandosi sul mercato è superiore ai costi connessi alla perdita degli investimenti specifici e a quelli transattivi⁸. La rinegoziazione, da ultimo, rappresenta l'opzione

pp. 913 ss.; T. MAUCERI, *Sopravenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, pp. 1099 ss.; F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 41 ss.; A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli e Società Editoriale del Foro Italiano, Bologna-Roma 2010; E. GABRIELLI, *Dell'eccessiva onerosità*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario al codice civile diretto*, Dei contratti in generale, vol. IV, Utet, Torino 2011, pp. 606 ss.; ID., *L'eccessiva onerosità*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, cit., tomo VIII**, pp. 341 ss.; G. SPOTO, *La rinegoziazione del contratto di mutuo e la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria*, in *Rivista dir. econ., tras. e amb.*, vol. X, 2012, pp. 196 ss.; E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, I, 2013, pp. 1-26.

⁵ Cfr. sul punto R.A. POSNER - A.M. ROSENFELD, *Impossibility and related doctrines in contract law: an economic analysis*, in *Journal of Legal Studies*, 1977, pp. 83 ss.; GALLO, *op. cit.*, pp. 385 ss.; L. FAUSTI, *La "rinegoziazione" dei mutui*, in *Banca borsa e tit. cr.*, LXI/2008, parte I, p. 748 s.

⁶ Come è stato efficacemente evidenziato dalla dottrina: E. BETTI, *Teoria generale dell'obbligazione*, Giuffrè, Milano 1953, vol. I, p. 190: «alterazione del sinallagma a danno del debitore per effetto di eventi straordinari ed imprevedibili pone un problema di equità nella cooperazione». Si tratta dunque di affrontare il «pericolo [...] di rovina che incombe, per l'eccessivo costo della prestazione, alla sua economia, e che un diritto ispirato alla socialità non può ignorare».

⁷ Cfr. in tal senso GALLO, *op. cit.*, p. 397 e FAUSTI, *op. cit.*, p. 746.

⁸ Così FAUSTI, *op. cit.*, p. 746. Cfr. pure GALLO, *op. cit.*, p. 395, il quale osserva come tale soluzione sia conforme al basilare principio secondo cui è efficiente proseguire una data attività

meno traumatica per il contraente interessato a conseguire l'utilità nascente dal negozio, ma è, indubbiamente, la scelta che meno favorisce la concorrenza, perché tende alla conservazione della *partnership* originaria⁹.

Sotto il profilo della giustizia contrattuale, inoltre, non può non assumere rilievo la natura del bisogno che ha indotto alla stipula di un contratto di mutuo. Da tale prospettiva, un rimedio di tipo esclusivamente risolutorio per la gestione delle sopravvenienze risulterebbe del tutto inadeguato a tutelare l'interesse del contraente svantaggiato; e ciò, non solo perché, in tal modo, il mutuatario si vedrebbe costretto ad un'anticipata e non preventivata restituzione del *tantundem*, ma anche perché, essendo il mutuo finalizzato al pagamento dell'immobile, la restituzione anticipata della somma pregiudicherebbe in via definitiva la possibilità di far fronte al regolare pagamento delle rate dell'immobile e dunque, in ultima analisi, il diritto a conservare la proprietà dell'abitazione.

Il problema in esame è venuto ad assumere una rinnovata centralità in considerazione della crisi economica mondiale susseguente alla vicenda statunitense dei mutui *subprime*, la quale ha indotto, da una prospettiva più ampia, ad indagare «la funzione assegnata in ambito europeo dal contratto quale fonte precipua di autoregolazione dal basso del mercato» e ad «una riflessione sull'adeguatezza della privata autonomia nei tratti fisiognomici che si sono venuti delineando ad affrontare e risolvere problemi del tempo presente»¹⁰.

L'assenza di quadro normativo comunitario di riferimento e le soluzioni del diritto europeo dei contratti

All'eccezionale rilevanza del fenomeno descritto non fa riscontro un'adeguata regolamentazione a livello nazionale e ancor meno a livello comunitario. Ciò determina un significativo *vulnus* delle ragioni di tutela del contraente debole, che si trova sprovvisto di rimedi puntuali a fronte di un sopravvenuto e sproporzionato aumento delle rate di mutuo.

Per quanto riguarda l'ambito comunitario, in particolare, deve prendersi atto di una vera e propria lacuna. Tale vuoto normativo è probabilmente dovuto alla difficoltà di determinare una disciplina delle sopravvenienze che sia compatibile

fintantoché i costi relativi sono inferiori ai benefici che si ritiene di poter conseguire dallo svolgimento dell'attività stessa.

⁹ Così FAUSTI, *op. cit.*, p. 748. Ma cfr. pure le considerazioni svolte da GALLO, *op. cit.*, p. 392 s., il quale ritiene che il rimedio della revisione del contratto, e dunque la traslazione del rischio dal promittente allo stipulante, dagli anelli intermedi al beneficiario finale, sia anche la soluzione più efficiente; e ciò in quanto solo il beneficiario finale ha a disposizione tutti gli elementi per valutare nel modo più oggettivo possibile fino a che momento è ancora opportuno acquisire l'utilità finale del bene. In termini più generali, l'idea che i rimedi manutentivi siano preferibili sotto il profilo dell'efficienza economica è espressa anche da S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 608 s.

¹⁰ MAZZAMUTO, *ivi*, p. 601.

con i principi giuridici dei diversi Stati membri. Una regolamentazione specifica della materia, invero, presupporrebbe l'adozione di scelte precise in ordine alla portata da attribuire al vincolo contrattuale, ma su tale aspetto vi è una significativa divergenza negli ordinamenti giuridici degli Stati dell'Unione. Invero, a fronte di ordinamenti, come quello inglese e francese, fortemente ostili alla messa in discussione del principio della *sanctity of contract*¹¹, ve ne sono viceversa altri, come quello tedesco, che non hanno difficoltà ad attribuire rilevanza al problema delle sopravvenienze contrattuali¹². Anche all'interno di questa seconda categoria, inoltre, vi sono significative divergenze per quel che attiene alla scelta del tipo di sopravvenienze da prendere in considerazione (solo quantitative o anche qualitative), alla soglia di rilevanza, ai rimedi esperibili e al ruolo che spetta al giudice in questa delicata eventualità del rapporto contrattuale.

Una regolamentazione della materia appare tuttavia necessaria, tanto più nei tempi attuali, in ragione dell'«inusitata crescita dei rischi nell'economia contemporanea e nel nuovo mercato globale»¹³; nel nuovo contesto, in particolare, gli scambi vengono ad essere condizionati, per un verso, dagli elevati ritmi e dalla

¹¹ Deve tuttavia segnalarsi che in Francia si intravedono alcune timide aperture verso il tema delle sopravvenienze. Nel *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations* presentato il 25 febbraio 2015 si considera espressamente l'istituto della rinegoziazione. L'art. 1196 del *Projet*, in particolare, prevede che una parte possa sollecitare la rinegoziazione quando il contratto sia divenuto eccessivamente oneroso. In caso di fallimento della stessa, la parte insoddisfatta può rivolgersi al giudice, affinché ponga fine al contratto. Quest'ultimo, tuttavia, non può mai imporre una rinegoziazione, essendo la stessa di fatto subordinata alla comune volontà di entrambe le parti contrattuali. Sul punto cfr. V. BARELA, *Risoluzione del contratto in Francia: nuove prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 385 ss., n. 110, la quale evidenzia quanto segue: «Un confronto con i precedenti progetti di modifica del *code civil* mostra in modo evidente come l'autonomia delle parti contrattuali abbia avuto con il tempo sempre maggiore rilevanza. L'Avant-projet Terré non era distante da queste scelte, così agli artt. 66, comma 1°, e 92, comma 3°, rispettivamente, disponeva che, lì dove una parte riceva dal contratto un "*avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel*" o, in caso di insuccesso della rinegoziazione convenzionale, "*le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes parties*" (art. 92, co. 3). L'art. 1135-1 dell'Avant-projet Catala mostrava invece un *favor* al ricorso di clausole con le quali "*le parti si obbligano a trattare una modificazione del contenuto del contratto per il caso in cui, per effetto di circostanze sopravvenute, l'equilibrio iniziale delle prestazioni corrispettive risulti alterato al punto che una delle parti non abbia più interesse alcuno alla persistenza del rapporto*". Inoltre, in assenza di clausola, la parte che perdeva interesse al contratto poteva richiedere al Presidente del Tribunale di avviare una nuova trattativa, ma non di disporre un nuovo equilibrio contrattuale (art. 1135-2 Avantprojet Catala). Il primo progetto della Chancellerie, definito anche *Projet gouvernemental*, in modo più semplicistico prevedeva che "*le juge peut procéder, avec l'accord des parties, à l'adaptation du contrat, ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe*"; quest'ultima soluzione si mostra maggiormente in linea con l'attuale indirizzo, che incentiva le parti a trovare autonomamente un accordo».

¹² BARCELONA - MAUGERI, *op. cit.*, pp. 522 ss.

¹³ BARCELONA - MAUGERI, *ibidem*.

radicalità «dell'innovazione tecnologica, che accrescono il rischio che l'utilità di una prestazione svanisca nel volgere di un tempo non preventivabile»; per l'altro, dalla «mondializzazione dei mercati, che espone il sistema dei prezzi e dei flussi di informazione al rischio di imprevedibili flussi delle relazioni politiche»¹⁴.

In assenza di un quadro normativo comunitario di riferimento, che armonizzi le differenti soluzioni adottate nei singoli ordinamenti, la prassi del commercio internazionale ha elaborato una serie di clausole volte a fronteggiare i problemi segnalati. Si tratta delle c.d. *hardship clauses*, ovvero pattuizioni accessorie al regolamento contrattuale che prendono espressamente in considerazione l'eventualità delle sopravvenienze e indicano quali caratteristiche queste devono avere per giustificare una messa in discussione dei termini dell'accordo, nonché la tipologia di rimedi¹⁵ esperibili a fronte del loro verificarsi.

Sempre a livello sovranazionale, *sub specie* europeo, altro tentativo di risposta al problema delle sopravvenienze contrattuali è venuto dai principi di diritto contrattuale europeo e dal codice europeo dei contratti. I *Principles of European Contract Law*, in particolare, dedicano un'apposita disposizione – l'art. 6:111 PDEC – al mutamento delle circostanze disponendo che «(1) Ciascuna parte è tenuta ad adempiere le sue obbligazioni anche quando la prestazione sia divenuta più onerosa o perché il costo ne sia aumentato o perché sia diminuito il valore della prestazione alla quale ha diritto. (2) Se però la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto nel caso in cui: (a) il mutamento delle circostanze si verifichi dopo la conclusione del contratto. (b) il mutamento delle circostanze non fosse una possibilità suscettibile ragionevolmente di essere presa in considerazione al momento della conclusione del contratto e (c) il rischio di mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisce possa essere tenuta a sopportare. (3) Se le parti non riescono a raggiungere un accordo in tempo ragionevole, il giudice può: (a) sciogliere il contratto a far data da un termine e alle condizioni che il giudice stesso stabilirà o (b) modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite ed i vantaggi derivanti dal mutamento delle circostanze. Nell'un caso e nell'altro il giudice può condannare al risarcimento dei danni per la perdita cagionata dal rifiuto di una parte di intavolare le trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza».

In senso sostanzialmente analogo si esprime il codice europeo dei contratti il quale dispone che, in presenza di sopraggiunti avvenimenti straordinari e imprevedibili, che abbiano reso eccessivamente gravosa l'esecuzione della pre-

¹⁴ BARCELONA - MAUGERI, *ibidem*.

¹⁵ Ad es. obblighi di rinegoziazione, arbitrati, intervento di terzi soggetti facilitatori di un nuovo accordo.

stazione dovuta, il debitore ha diritto alla rinegoziazione del contratto. In caso di fallimento della rinegoziazione è poi consentito il ricorso al giudice, il quale potrà spingersi fino alla modifica del rapporto contrattuale, in alternativa alla risoluzione e fatto salvo il risarcimento del danno (art. 97)¹⁶.

La prospettiva appena delineata sembra rappresentare una soluzione senz'altro soddisfacente sotto il profilo della tutela del soggetto onerato dalla sopravvenienza e comunque ragionevole rispetto al bilanciamento degli interessi in gioco. Tuttavia, le fonti in esame vengono in rilievo solo nell'eventualità in cui le parti ad esse abbiano fatto espresso riferimento. In assenza di un esplicito richiamo, viceversa, il contraente che viene a subire la sopravvenienza è destinato a rimanere nel vuoto di tutela in precedenza descritto.

L'inadeguatezza delle tutele codicistiche contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta

Nemmeno il legislatore nazionale, si è anticipato, ha rivolto particolare attenzione alla disciplina delle sopravvenienze¹⁷. Il codice, invero, nella parte relativa al contratto in generale, considera esclusivamente le sopravvenienze quantitative, prevedendo, quale rimedio a carattere generale per i contratti a prestazioni corrispettive, la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e, per i contratti unilaterali, la c.d. *reductio ad equitatem*. L'art. 1467 c.c., in particolare, stabilisce che, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di eventi straordinari ed imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, mentre la controparte potrà evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni contrattuali. In relazione ai contratti unilaterali, invece, l'art. 1468 c.c. dispone che, ricorrendo i presupposti dell'art. 1467 c.c., la parte che si è obbligata può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modifica nelle modalità esecutive sufficiente a ricondurla ad equità.

Per ciò che attiene al diverso problema delle sopravvenienze qualitative, viceversa, non vi è alcuna disciplina di carattere generale, ma solo due disposizioni in tema di appalto. Si tratta, in particolare, degli artt. 1660 e 1661 c.c., che prevedono un diritto all'adeguamento del compenso dell'appaltatore nell'ipotesi in cui, per eseguire l'opera a regola d'arte, o per soddisfare altrimenti le

¹⁶ Per un esame più approfondito della disciplina delle sopravvenienze nelle fonti di diritto privato europeo cfr. BARCELLONA - MAUGERI, *op. cit.*, pp. 539-542.

¹⁷ Cfr. sul punto GABRIELLI, *op. cit.*, p. 2: «Il problema pratico del quale le regole dell'eccessiva onerosità sono espressione trova [...] nell'epoca attuale un terreno di applicazione più ampio di quello disegnato nella parte generale del diritto dei contratti, come dimostra la ormai raggiunta tipicità sociale di alcuni modelli o tecniche contrattuali propri del diritto dei contratti, e delle regole del commercio internazionale, così che per cogliere l'attuale significato e la rilevanza dell'istituto nel sistema della circolazione della ricchezza e del mercato, si deve quindi tener conto sia della disciplina speciale dettata dalle regole sui singoli contratti, contenute nel codice civile e nelle leggi speciali, sia nelle fonti internazionali».

esigenze del committente, si renda necessario apportare variazioni al progetto originario.

La scelta di non attribuire rilievo al problema delle sopravvenienze contrattuali si spiega con l'esigenza, fortemente avvertita dal legislatore del 1942, di preservare il valore del *vinculum iuris* impedendo che una parte potesse ritenersi vincolata ad un assetto non precedentemente accettato¹⁸. Tale soluzione appariva un portato diretto del principio consacrato dall'art. 1372 c.c., il quale, nel prevedere che il contratto ha forza di legge tra le parti, impedirebbe a ciascuno dei contraenti, successivamente alla stipula, di pretendere la modifica del regolamento già definito. Ad una simile impostazione fa da sfondo l'idea che ciascun contraente debba rispondere dei rischi connessi alle operazioni negoziali che compie, salvo esonerarsi con apposite clausole preventivamente accettate dalla controparte¹⁹.

Limitando l'analisi al problema delle sopravvenienze nel contratto di mutuo, vale soffermarsi sull'art. 1467 c.c., che rappresenta la regola generale sulle sopravvenienze quantitative per i contratti a prestazioni corrispettive, nella cui categoria va inquadrato il mutuo²⁰. Tale disposizione, come visto, consente alla

¹⁸ Così BARCELLONA - MAUGERI, *op. cit.*, p. 529.

¹⁹ Cfr. sul punto R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Foro it.*, I/1981, c. 2142 e SICCHIERO, *op. cit.*, p. 786.

²⁰ L'inquadramento del mutuo nei contratti a prestazioni corrispettive è un'acquisizione relativamente recente. La dottrina più risalente, invero, qualificava il mutuo quale contratto unilaterale e ciò in adesione alla concezione, dominante sotto il vigore del codice del 1865 e largamente seguita anche nel primo decennio dall'entrata in vigore del codice del 1942, secondo cui un elemento perfezionativo della fattispecie contrattuale (la *datio rei*) non potesse essere, al tempo stesso, atto esecutivo e dunque prestazione (E. BETTI, *Il concetto di obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Tip. Cooperativa, Pavia 1920, p. 152, nt. 36). In particolare, una volta inquadrato il mutuo tra i contratti reali e dunque «assorbita» la consegna nel momento perfezionativo del contratto, non si individuava nessuna obbligazione in capo al mutuante. Di qui la conclusione che il mutuo fosse un contratto unilaterale con conseguente inapplicabilità di tutti i rimedi che presupponevano la sinallagmaticità del rapporto (così R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, III, *Diritti di obbligazione. Diritto ereditario*, Giuseppe Principato, Milano-Messina 1993, pp. 410-411). Tale posizione fu superata dalla dottrina successiva, che riuscì a dimostrare come il termine prestazione che ricorre nel contratto a prestazioni corrispettive abbia un significato diverso rispetto a quello che lo stesso assume nell'accezione di oggetto o contenuto dell'obbligazione (G. SCALFI, *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, pp. 452-495). La nozione di prestazione, nel particolare contesto della disciplina sui contratti a prestazioni corrispettive, andrebbe intesa non già in senso tecnico come contenuto dell'obbligo (e dunque come comportamento del debitore finalizzato al soddisfacimento del diritto del creditore), bensì come attribuzione, vale a dire come risultato cui tendono i contraenti. Come è stato efficacemente sintetizzato, l'esito più rilevante e di maggior significato, che accomuna le diverse posizioni che inquadrano il mutuo tra i contratti a prestazioni corrispettive, è l'idea che la corrispettività stia ad indicare «una relazione di scambio tra due attribuzioni patrimoniali legate da un vincolo di causalità giuridica, in un nesso di reciprocità tra le utilità o tra i risultati

parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta per eventi straordinari ed imprevedibili, di domandare la risoluzione del contratto.

Una simile risposta al problema delle sopravvenienze è apparsa inadeguata sotto diversi profili.

Al riguardo è stato osservato come il rimedio di cui all'art. 1467 c.c., oltre ad avere presupposti eccessivamente rigidi, lasci del tutto sprovvisto di tutela il contraente la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, rispetto all'interesse al mantenimento del contratto²¹. In particolare, nei casi in cui il debitore abbia già impiegato la somma da restituire, la cura risulta essere peggiore del male poiché, per effetto della risoluzione, il mutuatario si vede costretto a restituire, anzitempo e in misura non preventivata, l'intera somma presa a mutuo. In queste ipotesi, viceversa, il mutuatario, invece che risolvere il contratto, avrebbe bisogno di rinegoziarlo nell'ottica della prosecuzione del rapporto; ma tale possibilità l'art. 1467 c.c. concede solo alla parte «avvantaggiata» dalla sopravvenienza, quale «antirimedio» rispetto alla risoluzione²². Più in generale, in fattispecie in cui si auspicherebbe la conservazione del contrat-

che le parti intendono conseguire con il contratto, in uno scambio (tuttavia inteso in senso giuridico, non economico) implicante un duplice trasferimento di beni o di servizi attuato tramite uno strumento negoziale, in una reciprocità di attribuzioni e di sacrifici patrimoniali correlativi od in una assai generica e scarsamente significativa esistenza di obbligazioni poste in funzione reciproca e corrispettiva traenti origine dalla medesima fonte e aventi carattere principale» (Così L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 9; per un'analisi delle singole posizioni cfr., tra le più interessanti, M. DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, pp. 48 ss.; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, pp. 1275-1276; G. SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano-Varese 1960, pp. 57 ss.; A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Cedam, Padova 1963, pp. 159 ss.; F. REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. Dir.*, XIV, Giuffrè, Milano 1965, p. 222, nt. 4). Da altra prospettiva, ma nella medesima direzione, la dottrina più recente è giunta a configurare il mutuo come contratto bilaterale, sulla base della considerazione che formazione ed esecuzione del contratto, pur essendo momenti logicamente distinti, non abbiano tuttavia contrapposizione logica necessaria (E. SIMONETTO, *Mutuo*, in *Enc. giur. Trecc.*, XX, Roma, 1990, p. 2); un elemento perfezionativo della fattispecie contrattuale (la *datio rei*) pertanto ben potrebbe essere, al tempo stesso, prestazione, vale a dire oggetto del contratto. Se dunque, ai fini della qualifica di un contratto come sinallagmatico, ciò che rileva è il nesso di corrispettività che viene a crearsi tra attribuzioni o tra risultati (In tal senso R. CRISTOFARI, *Mutuo e risoluzione del contratto*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 138 ss.), ne deriva che il mutuo ad interesse va qualificato come contratto a prestazioni corrispettive perché all'obbligazione di corrispondere gli interessi si contrappone sinallagmaticamente l'attribuzione patrimoniale già realizzata a favore del mutuatario mediante la consegna (CRISTOFARI, *op. cit.*, p. 138 s.).

²¹ Così SACCO, *op. cit.*, p. 723.

²² Ed invero, stante la struttura *unilaterale* della norma, se la controparte, nella dialettica *dialogica* che presiede l'accordo, rifiuta di accettare la *reductio ad equitatem*, nessuna richiesta in tal senso il contraente «svantaggiato» potrebbe rivolgere al giudice (GAMBINO, *op. cit.*, p. 27).

to, lo strumento offerto dall'art. 1467 c.c. volge «all'unico rigido esito dello scioglimento del contratto, vanificando attese e calcoli originari dei contraenti»²³.

La disciplina codicistica delle sopravvenienze, vieppiù, è apparsa insoddisfacente sulla base di considerazioni di giustizia sostanziale, che sconsigliano di addossare ad uno solo dei contraenti – soprattutto se questo venga a coincidere con quello più debole – l'eccesso di squilibrio sopravvenuto, nonché di valutazioni di analisi economica, che inducono a privilegiare l'opzione che consente la traslazione del rischio in capo al soggetto che è maggiormente in grado di assorbirlo o distribuirlo²⁴. Da quest'ultima prospettiva, in particolare, si chiarisce che, sotto un profilo strettamente economico, «è certamente più efficiente cercare di mantenere in vita il rapporto contrattuale, ancorché con tutte le variazioni necessarie per ricondurlo ad equità, che non giungere puramente e semplicemente al rimedio estremo della risoluzione del contratto»²⁵.

L'asimmetria di poteri e di rimedi tra banca e mutuatario

Focalizzando l'attenzione sui problemi specifici del mutuo stipulato da un consumatore con una banca per l'acquisto di una casa, l'indagine si arricchisce di un ulteriore elemento, rappresentato dall'asimmetria di potere contrattuale tra i due operatori. Tale asimmetria è dovuta, per un verso, al *deficit* informativo in cui versa il consumatore nei confronti del professionista, che spesso gli impedisce finanche di valutare le conseguenze effettive delle condizioni di prestito originariamente assunte (e, *a fortiori*, del nuovo piano di ammortamento eventualmente proposto dalla banca); per l'altro, alla natura del bisogno – l'acquisto dell'abitazione principale – che induce il consumatore alla stipula del contratto. In particolare, se il mutuatario ha investito una somma ingente nell'acquisto dell'immobile destinato ad abitazione principale, in cambio di un minor carico mensile della rata, sarà disposto ad accettare anche gravose ed inique condizioni di prestito. In una simile situazione la banca, che pure in ipotesi si rendesse disponibile alla rinegoziazione, sarebbe in grado di appropriarsi dell'intero *surplus* dell'operazione. Accade di frequente, infatti, che la rinegoziazione si traduca in un dilazionamento delle rate da pagare su un periodo più lungo, e dunque in un aumento del montante complessivo degli interessi da restituire. Il rischio che la rinegoziazione comporti un sacrificio economico eccessivo per il mutuatario è ancora più alto nelle ipotesi in cui la ricontrattazione del mutuo avvenga attraverso l'estinzione del primo mutuo e la costituzione di un nuovo.

²³ GAMBINO, *ivi*, pp. 24-25.

²⁴ GALLO, *ivi*, pp. 385 s., spec. pp. 389, 394, 444-445. Anche se, in senso contrario, SICCHIERO, *op. cit.*, p. 796, osserva come il richiamo all'economia non appaia un criterio idoneo a fondare l'obbligo di rinegoziazione, perché, trattandosi di scelta politica, dovrebbe essere l'economia a chiedere al diritto la regola da applicare.

²⁵ ROPPO, *op. cit.*, pp. 1041-1042. Ma in senso contrario vedi la tesi di POSNER - ROSENFELD, *op. cit.*, p. 88.

In questi casi, prima dell'entrata in vigore delle riforme di cui si dirà tra breve, il mutuatario era tenuto a sopportare sia le spese di chiusura del rapporto, sia quelle relative alla concessione del nuovo finanziamento (nuova iscrizione ipotecaria, nuovo atto notarile), senza contare la perdita dei benefici fiscali connessi di cui eventualmente poteva godere²⁶. Va inoltre considerato che la rinegoziazione del mutuo impone alla banca una serie di costi amministrativi e di gestione i quali, stante una «prassi refrattaria ad una spregiudicata competizione concorrenziale»²⁷, venivano solitamente riversati sul destinatario finale.

Segnalate le difficoltà che presenta l'adeguamento del contratto nella prospettiva del mutuatario, vale osservare come, per converso, l'ordinamento prevedeva un meccanismo straordinariamente semplice per consentire alla banca di modificare le condizioni del regolamento contrattuale in presenza di sopravvenienze. Quest'ultima, infatti, grazie allo *ius variandi*, poteva determinare la variazione unilaterale delle condizioni del contratto, rispetto alle quali il mutuatario aveva quale unico rimedio il recesso (art. 118 t.u.b.). Il recesso, tuttavia, risulta alternativa plausibile solo nei casi, invero rari, in cui il debitore sia in grado di sopportare il trauma della restituzione anticipata della somma. Ciò conduceva al paradosso per cui il mutuatario, soggetto debole del rapporto, in presenza di sopravvenienze squilibranti, era costretto a subirle; viceversa gli istituti bancari, che per professione dovrebbero essere in grado di prevedere i rischi delle operazioni promosse, potevano riversare almeno parte dell'onere delle sopravvenienze sul mutuatario attraverso l'unilaterale modifica delle condizioni contrattuali. Dovrebbe valere, semmai, una logica inversa.

L'ondata di interventi di liberalizzazione e regolazione nel settore del credito

In considerazione delle criticità che il problema del sopravvenuto aumento delle rate del mutuo pone sotto il profilo della tutela del mutuatario, il legislatore è intervenuto in tempi relativamente recenti nel settore del credito bancario, prevedendo una serie di regole di condotta che incidono nella fase esecutiva del contratto, al fine di ridurre la disparità di potere contrattuale tra mutuatario e istituti bancari nel gestire le diverse criticità che si possono manifestare nel corso del rapporto.

Gli interventi del settore sono riconducibili a due macroriforme.

La prima comprende le misure di c.d. liberalizzazione del mercato del credito, introdotte dai decreti Bersani²⁸, più volte modificati²⁹. Tali provvedimenti,

²⁶ Cfr. sul punto G. PRESTI, *Rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Giuffrè, Milano 1999, p. 68.

²⁷ Così PRESTI, *ibidem*.

²⁸ D.l. 4 luglio 2006, n. 233, convertito con modificazioni dalla l. 4 agosto 2007, n. 248 e d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modificazioni dalla l. 2 aprile 2007, n. 40.

²⁹ Da ultimo cfr. d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 e l. n. 12 luglio 2011, n. 106.

nell'ambito di un più ambizioso progetto di riforma del settore del credito, intervengono su istituti già noti al fine di restituire al mutuatario potere contrattuale nei confronti dell'istituto di credito relativamente ai diversi eventi che possono manifestarsi nella fase esecutiva; e ciò attraverso la creazione di un vero e proprio mercato della «circolazione delle operazioni di finanziamento» di cui possano beneficiare i mutuatari interessati a rinegoziare le condizioni di prestito o comunque a liberarsi di un vincolo contrattuale divenuto eccessivamente gravoso. Si tratta di un complesso normativo piuttosto eterogeneo, del quale in questa sede verrà effettuata soltanto una breve panoramica, rimandando per l'esame di ciascun istituto alla copiosa letteratura.

Viene in rilievo, anzitutto, la disciplina dello *ius variandi* nei contratti bancari, di cui all'art. 118 t.u.b.³⁰. L'istituto in esame è stato riscritto alla luce dell'art. 33 cod. cons. e del principio di trasparenza, con l'obiettivo di contrastare l'abuso di potere contrattuale delle banche finalizzato ad imporre condizioni eccessivamente gravose alla clientela³¹. A tal fine, per un verso, si introduce il giustificato motivo quale presupposto per l'esercizio del diritto di recesso e, per l'altro, si prevedono modalità più trasparenti di comunicazione delle modifiche unilaterali del contratto.

Si segnala, in secondo luogo, l'introduzione dell'istituto della portabilità del mutuo (oggi trasfuso nell'art. 120-*quater* t.u.b.) che, nel consentire il trasporto della garanzia ipotecaria da un finanziamento ad un altro, senza spese e senza penalità, ha eliminato il principale tra gli ostacoli che avevano impedito il formarsi di un mercato relativo alla circolazione delle operazioni di finanziamento. Tale previsione è rafforzata dal divieto di penali per l'ipotesi di anticipata estinzione del mutuo (art. 120-*ter* t.u.b.), che impedisce alla banca di addossare qualsivoglia costo per l'ipotesi di interruzione del rapporto in essere. Da ultimo va segnalata la previsione introdotta dalla finanziaria per il 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244) e oggi contenuta nel comma 4 dell'art. 120-*quater* t.u.b. che impone la gratuità dell'operazione di rinegoziazione delle condizioni del contratto di mutuo in essere, da effettuarsi mediante scrittura privata anche non autenticata.

Dette regole hanno rappresentato un significativo passo avanti in relazione al problema della gestione delle sopravvenienze nella prospettiva del mutuata-

³⁰ Per un esame delle principali novità introdotte in tema di *ius variandi* dai decreti Bersani cfr. C. IURILLI, *Jus variandi e testo unico bancario. La nuova formulazione dell'art. 118, e l'art. 10 del c.d. "decreto Bersani". Una proposta interpretativa*, in *Studium iuris*, 2007, pp. 131 ss.; G. SANTONI, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca borsa e tit. cr.*, I/2007, p. 258; P. SIRENA, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca borsa e tit. cr.*, I/2007, pp. 269 ss. Sulle modifiche successive cfr. A. SCARPELLO, *Il "nuovo" jus variandi della banca dopo la conversione del cd. "decreto sviluppo"*, in *Contr. e impr.*, 2/2012, p. 575.

³¹ Cfr. sul punto la segnalazione AS338, pubblicata nel boll. n. 19/2006, nella quale l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato rileva come la maggior parte degli istituti di credito ricorra allo strumento dello *ius variandi* circa 20 volte in un biennio.

rio. Suddette misure, invero, nel diminuire i costi di transazione connessi alla rinegoziazione con la propria banca (gratuità della rinegoziazione, forma semplificata, mantenimento dei benefici fiscali), o con il nuovo istituto di credito (portabilità gratuita del mutuo e dell'ipoteca) hanno reso economicamente appetibile e più concretamente attuabile l'operazione di rinegoziazione. Le banche, invero, a fronte del rischio di perdere la remuneratività dell'investimento tramite l'adempimento *ante tempus* o il trasferimento del contratto ad altro operatore, se interessate al mantenimento del cliente, saranno più disponibili alla rinegoziazione pur non essendovi obbligate.

Cionondimeno, le novità legislative descritte non possono essere considerate un approdo definitivo e soddisfacente per il problema in esame. Difatti, l'operazione di negoziazione, pur significativamente agevolata per effetto dei meccanismi descritti, presenta tuttora una serie di spiacevoli inconvenienti. In primo luogo, è possibile che la banca addossi interamente i costi dell'operazione economica derivante dalla rinegoziazione esclusivamente sul consumatore (tramite per esempio un aumento eccessivo del numero delle rate e dunque degli interessi), in alcun modo intaccando lo *spread*; in secondo luogo, v'è il rischio che le banche, in una prima fase interessate a farsi concorrenza (attraverso promozioni e tassi di interesse vantaggiosi), in un secondo momento tendano invece a fare cartello e dunque a consolidare le proprie posizioni per conseguire elevati livelli di profitto; eventualità da non sottovalutare anche in considerazione delle modalità suggerite dall'ABI per dare attuazione alla portabilità, che si caratterizzano per una stretta cooperazione tra vecchia e nuova banca tramite sistemi di colloquio interbancario³².

Al di là di tali specifici profili, inoltre, l'insufficienza delle risposte fornite dal legislatore delle liberalizzazioni si manifesta in quelle situazioni in cui il consumatore, per le oggettive difficoltà di adempiere in cui viene a trovarsi, non troverebbe, tramite il meccanismo della portabilità, nessun finanziatore disposto ad erogargli un nuovo mutuo per estinguere il precedente. In tali ipotesi, le banche, pessimiste sul successo di un eventuale piano di ammortamento, invece che rinegoziare, potrebbero attivare immediatamente le procedure esecutive o, al contrario, nel tentativo di recuperare il danno del ritardato rientro del credito, prevedere un piano di ammortamento troppo gravoso per il cliente. In buona sostanza: se le misure in questione sembrano rappresentare un valido ausilio in quelle situazione fisiologiche in cui il mutuatario intenda beneficiare delle possibilità offerte dalla concorrenza per rendere meno gravose le proprie rate di mutuo, non paiono viceversa rappresentare adeguata risposta per le situazioni patologiche, in cui il mutuatario è a rischio di insolvenza.

³² Il rischio che la procedura interbancaria suggerita dall'ABI e raccomandata dalla Banca d'Italia degeneri in dinamiche anticoncorrenziali è stato segnalato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella Segnalazione AS431, pubblicata nel Boll. 40/2007.

Le problematiche lasciate aperte dalle nuove norme, unitamente all'acuirsi degli effetti della crisi economica susseguente alla vicenda statunitense dei mutui *subprime*, hanno determinato, sul finire del 2007, una seconda ondata riformatrice nel settore del credito. Tale nuovo quadro regolamentare si compone di quattro misure, aventi il comune obiettivo di far fronte al problema della diminuita capacità di acquisto di molte famiglie e al conseguente rischio di inadempimento collettivo dei mutui. In questa sede non è possibile, né necessario approfondire ciascuno di questi istituti, per cui si rimanda ai relativi commenti. Ci si limiterà pertanto a descriverne in estrema sintesi il funzionamento³³, per poi poter procedere ad osservazioni che saranno utili ai fini della prosecuzione dell'indagine.

Il primo istituto, introdotto dalla finanziaria per il 2008 (art. 2, commi da 476 a 480, l. 244/2007), consente al mutuatario in difficoltà nel pagare alla scadenza le rate del mutuo contratto per l'acquisto dell'abitazione principale, di sospendere – per non più di due volte e per un periodo massimo complessivo non superiore a diciotto mesi nel corso dell'esecuzione del contratto – le rate in questione nonché i relativi costi bancari ed onorari notarili³⁴.

La seconda misura, c.d. rinegoziazione «convenzionata» (art. 3 d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito in l. 29 novembre 2009, n. 9), offre al mutuatario la possibilità di rinegoziare le rate dei mutui a tasso variabile contratti per l'acquisto, la costruzione e la ristrutturazione dell'abitazione principale anteriormente al 29 maggio 2008, secondo le condizioni, derogabili solo in senso più favorevole al mutuatario, stabilite da una convenzione stipulata tra il Ministero dell'economia e delle finanze e l'Associazione bancaria italiana, cui potranno aderire banche ed intermediari finanziari³⁵.

³³ Per uno sguardo d'insieme degli ultimi interventi a favore dei debitori si veda M. BELLINAZZO, *Il rebus dei mutui, 5 soluzioni per pagare la rata*, in *Il Sole 24 Ore*, 1 settembre 2008, p. 5.

³⁴ Per l'esegesi e le problematiche aperte dal nuovo istituto cfr. G. CASALI, *La sospensione del pagamento delle rate di mutuo*, in *Atti del convegno Paradigma: Novità in tema di contratto di mutuo: la portabilità, la rinegoziazione e le altre misure introdotte dalla finanziaria per il 2008*, Milano, 28-29 febbraio 2008, reperibile *online*; F. FIORUCCI, *I mutui bancari. Nuova disciplina e prassi*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 244 ss.; A. CERVINI, *La c.d. "sospensione del pagamento delle rate" - Legge 24 dicembre 2007, n. 244*, in *Atti del Convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, Milano, 3-4 luglio 2008, reperibile *online*.

³⁵ Per un esame più approfondito dell'istituto cfr. FAUSTI, *op. cit.*, pp. 769 ss.; A.A. DOLMETTA, *Dai decreti Bersani alla Convenzione Tremonti, Filosofie e rinegoziazione*, in *Atti del Convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, Milano, 3-4 luglio 2008, reperibile *online*; M. LIBERTINI, *La regolamentazione in materia di mutui: la convenzione stipulata tra il ministero dell'Economia e l'ABI*, *ivi*; G. TUCCI, *La rinegoziazione dei mutui per la prima casa: le problematiche aperte*, *ivi*; S. VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica del contratto di mutuo*, in *Giur. mer.*, 2008, pp. 3087 ss.; F. MAZZINI, *Dalla portabilità alla rinegoziazione dei mutui: le difese contro l'aumento dei tassi variabili*, in *Guida al dir.*, 2009, pp. 20 ss.; S. BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 265.

La terza previsione consiste nella fissazione di un tetto massimo (del 4% degli interessi sui mutui a tasso non fisso) per le rate in corso del 2009, relative a mutui contratti per l'acquisto, la costruzione e la ristrutturazione dell'abitazione principale con conseguente accollo da parte dello Stato del residuo (art. 2, commi 1-3, d.l. 185/2008)³⁶.

Da ultimo, l'art. 2, comma 5, d.l. 185/08 concede al mutuatario che abbia stipulato un contratto per l'acquisto dell'abitazione principale di ancorare le rate dei mutui contratti con banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del t.u.b. al tasso BCE, invece che all'euribor (art. 2, comma 5, d.l. 185/08)³⁷. La previsione di una simile facoltà si spiega per la ragione che il tasso BCE, pur essendo variabile, è più stabile dell'indice euribor che, invece, è molto sensibile ad eventuali contrazioni del mercato del credito, come dimostra l'influenza che la crisi dei derivati *subprime* ha avuto sull'euribor, i cui indici sono balzati al 5% staccandosi di oltre 100 punti base rispetto al tasso BCE³⁸.

Venendo all'analisi dell'impatto che tali provvedimenti hanno prodotto rispetto al problema in esame, deve segnalarsi che, salvo l'istituto della sospensione delle rate di mutuo – i cui effetti sul piano di ammortamento sono chiari e prevedibili dal mutuatario –, in tutte le altre misure l'esito dell'operazione è del tutto incerto. Invero, la possibilità concessa di ancorare il mutuo al tasso BCE invece che all'euribor, se assicura una maggiore stabilità della rata, non garantisce tuttavia che l'ammontare della somma da restituire, di fatto, risulti inferiore rispetto a quella che si sarebbe dovuta restituire seguendo il piano di ammortamento originario. In altri termini: essendo difficilmente prevedibile l'andamento dei tassi, altrettanto lo sarà valutare se conviene cambiare indice di riferimento. Lo stesso deve dirsi per ciò che concerne la c.d. rinegoziazione «convenzionata», il cui unico esito è quello di ridurre il peso finanziario del mutuo espresso dalle rate mensili o periodiche fissandolo in una quota fissa. Anche in tali ipotesi, poiché il mutuo resta a tasso variabile, l'entità della somma da restituire continuerà a dipendere dall'andamento dei tassi d'interesse. Del resto, poiché la funzione della c.d. rinegoziazione «convenzionata» è proprio quella di trasformare le più alte rate variabili in più basse e costanti rate fisse, la diminuzione della rata determinerà un allungamento del piano di ammortamento, e dunque un aumento del montante complessivo degli interessi da restituire, senza contare l'aumento degli interessi conseguente all'applicazione

³⁶ Cfr., per approfondire il tema, R. PARISOTTO - G. RENELLA, *Dal 2009 mutui variabili ancorati al saggio BCE*, in *Guida al dir.*, 50/2008, p. 73; F. CHESSA, *Decreto «anticrisi»: un vero limite alle rate di mutuo?* in *Imm. e propr.*, 2009, p. 232; ROSARIO, *Mutui prima casa e «decreto anticrisi»: luci ed ombre*, in *Not.*, 2009, p. 79.

³⁷ Per un esame della disposizione cfr. F. CHESSA, *Tasso BCE: un nuovo parametro di indicizzazione per i mutui*, in *Imm. e propr.*, 2009, pp. 150 ss.; ROSARIO, *op cit.*, p. 79.

³⁸ CHESSA, *Tasso BCE: un nuovo parametro*, cit., pp. 152 ss.

dell'anatocismo sul conto accessorio. Va da ultimo rilevato che le misure analizzate hanno un ambito temporale piuttosto circoscritto. Pertanto, una volta scaduti i termini previsti dalle norme esaminate, al verificarsi di sopravvenienze perturbative che non si prestino ad essere efficacemente gestite da rimedi caducatori, il mutuatario si verrà a ritrovarsi nelle stesse difficoltà in cui lo lasciava la normativa codicistica.

La persistente necessità dei rimedi manutentivi

La valorizzazione del bisogno – l'esigenza abitativa – che induce il mutuatario alla stipula del contratto permette di evidenziare, sotto un profilo ulteriore, l'insufficienza del rimedio risolutorio a fronteggiare il problema dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. La disciplina di cui all'art. 1467 c.c. appare inadeguata a tutelare l'interesse del mutuatario non solo perché, in tal modo, quest'ultimo si vede costretto ad un improvviso «rientro» del mutuo, ma anche perché – come in precedenza chiarito – la restituzione della somma pregiudica la possibilità di conseguire la proprietà dell'abitazione. La specificità dei problemi che vengono a porsi allorché la sopravvenienza viene a manifestarsi nel contratto di mutuo bancario risulta confermata dall'analisi condotta in merito ai menzionati provvedimenti in materia di mutui ipotecari. Dall'esame di tale complesso normativo è emerso, in primo luogo, come le relazioni contrattuali che vengono ad instaurarsi tra banca e mutuatario siano improntate da una forte asimmetria contrattuale; il che consente alla banca, per un verso, di acquisire l'intero *surplus* della rinegoziazione eventualmente attivata dal cliente e, per l'altro, di traslare sul debitore gli effetti negativi connessi al costo del denaro, attraverso l'esercizio dello *ius variandi*. Di qui l'intervento del legislatore volto a rimuovere gli ostacoli che impediscono una libera ed equilibrata rinegoziazione. Si pensi, ad esempio, alla nuova disciplina dello *ius variandi*, con la quale si è cercato di frenare la prassi degli istituti di credito di trasferire sull'utente finale tutti i sopravvenuti costi dell'attività bancaria; o, ancora, alla generalizzazione del divieto di penali o clausole vessatorie, con il quale si è inteso restituire al mutuatario la libertà di rivolgersi al mercato in cerca di alternative adeguate alle sopravvenute esigenze, nonché colmare il *deficit* di potere contrattuale nel rinegoziare i termini dello scambio.

Un secondo dato che è possibile desumere dai descritti interventi nel settore del credito è il chiaro *favor* legislativo verso la manutenzione del contratto. E ciò è vero non solo per quei rimedi che privilegiano la prosecuzione del rapporto con il *partner* originario (la rinegoziazione libera, la c.d. rinegoziazione «convenzionata», la sospensione delle rate, l'accollo delle rate da parte dello Stato), ma anche per quelle misure, quali la portabilità, che determinano un'estinzione del primo rapporto. Invero, la sostituzione della controparte e la rinegoziazione del contratto con il nuovo finanziatore sono funzionali a garantire il conseguimento dell'utilità che il mutuatario si riprometteva di ottenere

con il primitivo vincolo. Del resto, come è stato chiaramente evidenziato, la portabilità ha avuto un «effetto trainante» sul capitolo della rinegoziazione; difatti, «pur di non rischiare di perdere i propri clienti, gli istituti di credito, si sono resi più disponibili a ridiscutere le condizioni del mutuo preesistente»³⁹. Pare dunque corretta la conclusione secondo cui i recenti provvedimenti legislativi in materia di mutui ipotecari hanno contribuito «a rafforzare l'autorevole ricostruzione dottrinale favorevole alla sussistenza nel nostro ordinamento di un obbligo di rinegoziazione»⁴⁰. Il legislatore, in altri termini, avrebbe «tratto ispirazione dalla prassi, riconoscendo l'utilità sociale di un rimedio manutentivo, non ablativo al punto da imporne l'utilizzo»⁴¹. Pertanto, nonostante i dubbi circa la piena assimilazione delle ricontrattazioni introdotte dalle nuove norme al concetto tecnico di rinegoziazione, dovrebbe quantomeno riconoscersi che sia stato lanciato un segnale non trascurabile nel segno di un'«evoluzione del diritto interno verso le codificazioni internazionali più avanzate»⁴².

Ipotesi di soluzione nel diritto interno: l'obbligo di rinegoziazione

La presa d'atto dell'enorme rilevanza del problema delle sopravvenienze nel mutuo bancario – confermata dall'interesse quasi ossessivo manifestato negli ultimi anni dal legislatore – e, allo stesso tempo, la constatazione dell'insufficienza delle misure introdotte a tutelare adeguatamente l'interesse del mutuatario rispetto alla mantenimento del vincolo, impongono di tornare ad un esame delle norme generali al fine di verificare se ed in che termini queste possano soccorrere l'interprete al fine di configurare rimedi di tipo manutentivo a tutela del mutuatario.

La dottrina più recente, in particolare, pur in assenza di un'esplicita previsione nell'accordo o nella legge, è giunta a configurare un diritto del contraente svantaggiato alla revisione delle condizioni contrattuali. Ad una simile conclusione si è giunti attraverso due percorsi distinti, che di seguito vengono analizzati.

Un primo filone d'indagine, considerando l'attenzione riservata dal nostro ordinamento al principio di adeguamento del contratto, ha fatto derivare l'obbligo di rinegoziazione da una rilettura della disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta alla luce delle clausole generali.

Da una prima prospettiva, in particolare, si richiama il disposto dell'art. 1374 c.c., ove si prevede che il contratto obbliga le parti a quanto è nel medesimo espresso e a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, gli usi o *l'equità*. La valorizzazione dell'equità quale fonte di integrazione del

³⁹ FAUSTI, *op. cit.*, p. 753.

⁴⁰ FAUSTI, *op. cit.*, p. 773.

⁴¹ FAUSTI, *op. loc. ult. cit.*

⁴² FAUSTI, *op. loc. ult. cit.*

contratto, unitamente alla considerazione che «gli articoli 1467 c.c. e 1468 c.c. fanno governo di questa stessa idea di equità programmando procedimenti mediante i quali il contraente troppo onerato potrà sollevarsi da certi effetti iniqui del negozio» ha indotto ad ipotizzare che l'art. 1374 c.c. sia in grado di generare «rimedi equitativi ulteriori rispetto alla risoluzione e alla riduzione»⁴³. Più in particolare, secondo la tesi in esame, il richiamo all'equità introdurrebbe, in ciascun contratto di lunga durata, una clausola implicita idonea a rimettere in discussione il rapporto contrattuale al fine di sostituire il «dato obsoleto e non più funzionale» con quello «aggiornato ed opportuno»⁴⁴, senza passare per la risoluzione che «uccide il rapporto contrattuale»⁴⁵. E tale *ratio* equitativa potrebbe spingersi sino a consentire un'interpretazione estensiva dell'art. 1467 c.c., sì da applicarlo al diverso ambito del «rischio qualitativo»⁴⁶.

Da una seconda prospettiva, l'affermazione dell'obbligo di rinegoziazione è l'esito di un procedimento più complesso. Da un lato, si afferma che al diritto della parte «avvantaggiata» di richiedere la *reductio ad equitatem* corrisponda l'obbligo dell'altro contraente a rinegoziare le condizioni contrattuali; dall'altro, si ipotizza che nei contratti di durata le parti abbiano rinunciato ad allocare il rischio e detta omissione attivi un «dovere di collaborazione», nella specie consistente nell'obbligo – sanzionabile *ex art. 1375 c.c.* – di trattare al fine di ripristinare l'aderenza del contratto alla situazione nel frattempo mutata⁴⁷. La rilevanza degli obblighi di cooperazione tra le parti nella fase dell'esecuzione del contratto consentirebbe dunque di risolvere l'apparente antinomia tra l'obbligo di rinegoziare e la libertà di autodeterminazione, poiché la rinegoziazione tende, non a

⁴³ SACCO, *op. cit.*, p. 722.

⁴⁴ SACCO, *ivi*, p. 723.

⁴⁵ SACCO, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁶ SACCO, *ivi*, p. 722: «Non solo l'onerosità della prestazione in sé considerata, ma anche la sopravvenienza di esigenze nuove e di nuovi criteri di opportunità possono rendere pessimo un contratto ieri ottimo [...]. Stipulato un appalto, le clausole che riguardano i materiali da impiegare nell'opera invecchiano quando il progresso tecnico offra materiali migliori a prezzo uguale, o materiali uguali a prezzo più discreto; la clausola che localizza il luogo del padiglione da edificare invecchia quando la costruzione di una nuova strada ad opera dell'ANAS renda agibile un terreno che finora veniva trascurato; la modifica di un letto di un corso d'acqua suggerisce di ridefinire il progetto del ponte; e così via. In tutti questi casi la risoluzione può rientrare nello spirito – anche se non sempre nella lettera – dell'art. 1467 c.c. La riduzione ad equità assumerà dunque un valore qualitativo più che quantitativo». In senso analogo cfr. pure M. FRAGALI, *Del mutuo, articoli 1813-1822 c.c.*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca*, cit., XIX, pp. 412 ss.

⁴⁷ Così MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., pp. 147 ss.; 316-317; 321-327; ma vedi pure GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., pp. 381-383; TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., pp. 143 ss.; F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonte di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice)*, in *Riv. arb.*, 1999, pp. 74 ss.; F. GALGANO, *Dir. civ. e comm.*, Cedam, Padova 2004, pp. 299 ss.; SACCO, *op. cit.*, pp. 686 ss.; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1046.

comprimere, bensì a realizzare la volontà delle parti così come si esprime nell'atto di autonomia»⁴⁸; e ciò sul presupposto che «l'interesse meritevole di tutela sia non tanto quello al preciso adempimento delle obbligazioni contrattuali *tout court*, bensì quello all'esecuzione del contratto come mezzo per realizzare il risultato finale, che finisce per identificarsi con l'interesse dedotto nel contratto»⁴⁹.

Una seconda linea interpretativa, viceversa, è giunta a configurare il rimedio dell'obbligo di rinegoziazione a partire da un'articolata ricostruzione dei regimi di governo delle sopravvenienze nel sistema italiano.

Si è ipotizzato, in particolare, che nel codice civile siano rinvenibili due distinti modelli di gestione delle sopravvenienze, quello c.d. consensualistico, delineato dall'art. 1467 c.c., e quello conservativo, previsto in tema di appalto dall'art. 1664 c.c. (cui vanno affiancati, per le sopravvenienze qualitative, anche gli artt. 1660 c.c. e 1661 c.c.)⁵⁰.

Il primo modello, poiché mira a tutelare le ragioni dell'autonomia individuale, prevede come rimedio generale la risoluzione *ex art.* 1467 c.c., quale unica alternativa alla caducazione del vincolo, e una ricostituzione dell'equilibrio contrattuale ascrivibile alla volontà di entrambe le parti: «a quella della parte svantaggiata dall'eccessiva onerosità sopravvenuta, poiché la modifica delle condizioni contrattuali non fa che ripristinare l'equilibrio da essa sin dall'inizio accettato; ed a quella della parte avvantaggiata, poiché l'incremento quantitativo della sua prestazione risale alla sua stessa offerta (riduzione ad equità)»⁵¹. In tale modello, al debitore della prestazione è garantita la congruità dello scambio, ma non la permanenza dell'affare e dunque la profittevolezza degli investimenti ad esso dedicati; le ragioni dell'efficienza economica dunque cedono di fronte alle ragioni di autodeterminazione del creditore⁵².

Il secondo modello trova il referente nell'art. 1664 c.c., il quale, come noto, prevede il rimedio dell'adeguamento del corrispettivo in caso di variazioni del costo della manodopera, dei materiali o comunque di altri eventi che rendano notevolmente più onerosa la prestazione di una delle parti. In questo diverso modello al debitore della prestazione sono garantite «tanto la certezza dello scambio, quanto l'equilibrio sinallagmatico in esso convenuto; mentre il rischio di sopravvenienze che alterino tale equilibrio è integralmente allocato sul creditore della prestazione, del tutto a prescindere dal suo consenso. E la garanzia così accordata al debitore della prestazione trova ragione, essenzialmente, nella tutela degli investimenti preordinati all'esecuzione del contratto e nella incentivazione che essa introduce alla loro effettuazione nella misura economicamente ottimale»⁵³.

⁴⁸ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 322.

⁴⁹ MACARIO, *ivi*, p. 325.

⁵⁰ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., pp. 231 ss.

⁵¹ COSÌ BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione*, cit., p. 492.

⁵² BARCELLONA, *ivi*, p. 493.

⁵³ COSÌ BARCELLONA, *op. loc. ult. cit.*

Secondo la ricostruzione in parola, ciascuno di questi modelli si adatta ad un tipo specifico di scambio: quello consensualistico ad un tipo di scambio puntuale, in cui l'esecuzione non presuppone e non comporta alcuna duratura interferenza tra le sfere patrimoniali; quello conservativo ad un tipo di scambio integrativo, caratterizzato viceversa per una rilevante integrazione tra le sfere patrimoniali dei contraenti e/o un reciproco condizionamento della loro programmazione economica⁵⁴.

Non sfugge tuttavia alla ricostruzione prospettata che i summenzionati modelli ricevano una collocazione assolutamente eterogenea, essendo il primo prospettato come disciplina generale del contratto ed il secondo come disciplina speciale del contratto di appalto. Di qui il tentativo di «particolarizzare» l'ambito applicativo dell'art. 1467 c.c. e di «generalizzare» la regola contenuta nell'art. 1664 c.c.⁵⁵ per approdare alla conclusione secondo cui la disciplina contenuta nell'art. 1467 c.c. non andrebbe considerata come una disciplina generale delle sopravvenienze quantitative, bensì come una disciplina particolare del rischio quantitativo nel solo ambito degli scambi puntuali; viceversa, la disciplina contenuta nell'art. 1664 c.c. andrebbe considerata come una disciplina generale del rischio delle sopravvenienze applicabile alle ipotesi di scambi integrativi, quale che sia il tipo contrattuale prescelto⁵⁶.

Le principali critiche alle tesi sull'obbligo di rinegoziazione

Entrambe le ipotesi ricostruttive enunciate sono state sottoposte ad esame critico.

Muovendo dalla tesi – da ultimo analizzata – che propone una restrizione dell'ambito applicativo dell'art. 1467 c.c. a tutte le ipotesi di scambio puntuale, e viceversa un'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 1467 c.c. alle ipotesi di scambio integrativo, vanno segnalati almeno due profili di criticità che, nonostante l'importante intuizione che sorregge l'impianto argomentativo – e cioè l'idea che è la tipologia dello scambio a dover indirizzare la scelta del rimedio esperibile – impediscono di dividerne le conclusioni.

Suscita perplessità, in primo luogo, l'idea di particolarizzare l'ambito applicativo dell'art. 1467 c.c. e di generalizzare quello dell'art. 1664 c.c. posto che la prima è una norma di carattere generale e la seconda, invece, non solo è dettata per un tipo contrattuale specifico – l'appalto –, ma la sua applicazione è altresì circoscritta da stringenti presupposti. Da un punto di vista metodologico, in particolare, si contesta che dall'interpretazione di una disposizione di carattere particolare si possa far derivare una regola generale cui sussumere fattispecie che, salvo assomigliarsi per la tipologia di scambio cui danno luogo, sono significati-

⁵⁴ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., pp. 230-236.

⁵⁵ Cfr. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., p. 245. Cfr. anche le osservazioni di TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, cit., pp. 117 ss.

⁵⁶ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., pp. 237-240.

vamente differenti tra loro. Del resto, se l'intento è quello di applicare l'art. 1664 c.c. a fattispecie che presentano identità di *ratio*, se ne dovrebbe proporre un'interpretazione analogica⁵⁷; giammai, invece, attribuirgli una valenza generale, che è categoricamente esclusa dalla sua formulazione e collocazione sistematica⁵⁸.

In secondo luogo, non convince – nella sua generalizzazione – l'idea che scambi puntuali siano sempre efficacemente gestiti da modelli consensualistici, mentre quelli integrativi da modelli conservativi. Con maggiore sforzo esplicativo: se appare corretto affermare che sopravvenienze intervenienti su un assetto di interessi raggiunto attraverso specifici investimenti e profonda integrazione tra sfere patrimoniali siano più efficientemente gestite da rimedi di tipo manutentivo, non sembra invece corretta l'affermazione complementare, e cioè che l'art. 1467 c.c. sia rimedio sempre adeguato per gli scambi puntuali. E l'esempio è offerto proprio dalla materia dei mutui ipotecari contratti per finalità abitative: tale tipo contrattuale, infatti, pur non presupponendo investimenti specifici da parte dei contraenti, e pur non determinando significative integrazioni tra sfere patrimoniali, tuttavia, in caso di sopravvenienze, non si presta ad essere regolato da un modello consensualistico. La risoluzione, difatti, porrebbe il mutuatario in una posizione ancora peggiore di quella in cui viene a trovarsi per effetto della sopravvenienza. Per le ragioni predette, si è ritenuto di cercare il fondamento dell'obbligo di rinegoziazione per altra via.

⁵⁷ Interpretazione analogica che va comunque esclusa per le considerazioni di GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni contrattuali*, cit., p. 41: «Se l'applicazione del metodo analogico alle norme speciali è infatti in grado di misurare la loro forza espansiva, non è capace di enucleare un principio generale, non assolve, per propria indole, alcun compito di astrazione: muovendo “dal particolare al particolare coordinato” [G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, Giuffrè, Milano 1958 (ristampa 2002), p. 15. *N.d.A.*], esso restituirebbe all'interprete un dato quantitativo-empirico, indice del “grado di importanza” che le note caratteristiche della norma speciale assumono in un determinato momento storico [N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, p. 91. *N.d.A.*]. Caratteri dell'oggetto o del bene, note distintive del rischio, tipo di contratto sono elementi individuanti un criterio di disciplina, la “specialità di una logica normativa” [IRTI, *ibidem*, 88. *N.d.A.*], che dà ragione del nesso tra un determinato effetto ed una certa ipotesi di fatto. In assenza di tali elementi, la norma generale torna a spiegare il proprio vigore, così regolando la fattispecie nelle ipotesi in cui non si rinvenga una somiglianza rilevante tra il caso controverso non regolato e la nota differenziale della norma speciale. È ciò che si rileva, in materia di appalto, quando la sopravvenuta onerosità derivi da cause diverse da quelle indicate nel comma 2° dell'art. 1664 c.c., donde l'applicazione della disciplina generale contenuta nell'art. 1467 c.c. [D. RUBINO-G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, cit., art. 1655-1677, p. 36; Cass., sentenza del 28 marzo 2001 n. 4463, in *Contratti*, 2001, pp. 1134 ss.; Cass., sentenza del 3 novembre 1994, n. 9060, in *Rep. foro it.*, 1994, *Appalto*, n. 46. *N.d.A.*].»

⁵⁸ Esclude che si possa desumere da disposizioni contingenti dettate per singoli tipi contrattuali «un meccanismo operativo idoneo a costituire un nuovo istituto che disciplini senza limiti il “diritto” e il correlativo “obbligo” alla rinegoziazione»: SICCHIERO, *op. cit.*, p. 779. In senso analogo cfr. pure TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, cit., pp. 123-124.

Occorre dunque passare a valutare la bontà della tesi che fa derivare l'obbligo di rinegoziazione da una rilettura dell'art. 1467 c.c. alla luce delle clausole generali. Anche in tal caso appare opportuno muovere dalle critiche all'ipotesi ricostruttiva in questione.

L'idea che l'obbligo di rinegoziazione debba trovare fondamento nell'art. 1467 c.c., interpretato secondo equità oppure secondo buona fede, è parsa scontrarsi con il dato letterale della disposizione in esame. Si evidenzia, in particolare, la diversità tra la struttura della norma in questione e il meccanismo dell'obbligo di rinegoziazione; la disciplina sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, invero, consente solo alla parte avvantaggiata dalla sopravvenienza la possibilità di offrire la riconduzione ad equità dello scambio; la previsione di un obbligo di rinegoziazione viceversa consentirebbe anche alla parte svantaggiata il diritto di chiedere la revisione delle condizioni contrattuali⁵⁹. In quest'ottica appare del tutto contraddittorio che l'ordinamento appresti *ex equitate* o *ex fide bona* «un tale potere bilaterale di rinegoziazione e dunque di riduzione ad equità, che investa quella medesima area della sopravvenienza la cui gestione esso stesso ha, invece, espressamente riservato ad un potere assolutamente unilaterale»⁶⁰. In secondo luogo, non è parsa del tutto «convincente l'equiparazione del 'rischio qualitativo' al 'rischio quantitativo' sotto la *ratio* dell'art. 1467 c.c., tanto in generale, a misura che impropriamente unifica e unitariamente spiega in termini di equità o buona fede la materia delle sopravvenienze 'qualitative', quanto, in particolare, a misura che, data per scontata la riconducibilità di sopravvenienze 'qualitative' e 'quantitative' ad un medesimo tipo di problema, suppone appropriato in ogni caso il rimedio dell'obbligo di rinegoziazione»⁶¹. Con specifico riguardo alla ricostruzione che fonda l'obbligo di rinegoziazione sulla buona fede, inoltre, si evidenzia che una simile interpretazione condurrebbe ad una doppia forzatura del sistema normativo di gestione delle sopravvenienze. Anzitutto, dell'art. 1467 c.c.: ammettere un generale dovere di rinegoziare significherebbe sottovalutare la *ratio* della distribuzione, tra i contraenti, del potere di risolvere il contratto e del potere di evitare la risoluzione⁶². In secondo luogo, dell'art. 1375 c.c., perché condurrebbe ad un incongruo ridimensionamento dei problemi che essa è chiamata a risolvere e,

⁵⁹ Così BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 216. In buona sostanza, secondo l'Autore, qualunque sia la capacità espansiva che si voglia attribuire alla buona fede (all'equità), non sulla base di essa, o soltanto di essa, si può «seriamente giungere alla radicale disapplicazione di un'espressa previsione normativa» (Id, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione*, cit., p. 481).

⁶⁰ BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione*, cit., p. 481.

⁶¹ BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 479.

⁶² La *ratio* è quella di attuare «un dispositivo non altrimenti fungibile senza, però, costringere il creditore ad un sacrificio non preventivato» (BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 224).

soprattutto, ad una sottovalutazione della sua specifica efficacia normativa⁶³. Nel dispositivo di questa norma, infatti, «la buona fede è deputata a rideterminare essa stessa le nuove condizioni di esecuzione della prestazione che provengano da circostanze sopravvenute e non invece a riattivare nuovamente la volontà dei contraenti perché provvedano a siffatta rideterminazione»⁶⁴.

Esaminiamo separatamente le diverse critiche.

La prima critica, che richiama il dato letterale della disposizione quale ostacolo insormontabile alla configurazione di un obbligo di rinegoziazione, non sembra provare a sufficienza. Ed invero, se è indubbio che l'art. 1467 c.c. non contempra *expressis verbis* l'obbligo di rinegoziazione, l'insufficienza del dato normativo è precipuamente il punto di partenza da cui muovono tutte le ricostruzioni che cercano di dare una risposta al problema delle sopravvenienze rilevanti. A voler considerare esclusivamente la lettera della norma, infatti, dovrebbe concludersi che, salvo il caso dell'appalto e dei contratti unilaterali, non sia possibile concedere al contraente svantaggiato dalla sopravvenienza rimedi manutentivi in caso di eccessività sopravvenuta della prestazione. Una simile opzione ermeneutica è senz'altro plausibile; tuttavia, tra un'interpretazione letterale che lasci un vuoto di tutela o un'interpretazione evolutiva che superi la lettera della norma al fine di fornire una risposta a problemi che essa prende in considerazione, ma regola in modo insufficiente, sembra più ragionevole prediligere la seconda opzione. A ben vedere poi, ciascuna delle tesi criticate ha preso in considerazione l'ostacolo rappresentato dal dato letterale: il richiamo all'equità o alla buona fede, invero, serve proprio a superare il conflitto tra il carattere bilaterale dell'obbligo di rinegoziazione e la struttura unilaterale dell'art. 1467 c.c. In particolare, dalla prima prospettiva, si sostiene che la *ratio* equitativa ascrivibile alla disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta imponga un'interpretazione antiletterale dell'art. 1467 c.c. al fine di impedire che, in spregio alla finalità della norma, il *debitore* cada «in rovina senza una giustificazione completamente sufficiente»⁶⁵. Dalla seconda prospettiva, invece, si osserva come «il rimedio della rinegoziazione [...], in quanto espressione di una norma imperativa dell'ordinamento giuridico, dovrebbe prevalere su quello risolutorio»⁶⁶. Conseguentemente, la parte onerata potrebbe chiedere alla parte avvantaggiata la rinegoziazione del contratto, senza che quest'ultima possa eccepirle di avere, ai sensi dell'art. 1467 c.c., solo il diritto alla risoluzione⁶⁷. Ma a prescindere dagli esiti di tali ricostruzioni, una spinta al superamento del dato testuale viene dalle fonti normative internazionali⁶⁸. I *Principles of*

⁶³ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., pp. 223 ss.

⁶⁴ BARCELLONA - MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 533.

⁶⁵ SACCO, *Il contratto*, cit., p. 698. Cfr. pure FRAGALI, *Del mutuo*, cit., pp. 414-415.

⁶⁶ MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, cit., p. 128.

⁶⁷ MARASCO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁸ Sulla disciplina del mutamento delle circostanze e dell'obbligo di rinegoziazione nei *Prin-*

International Commercial Contracts, definita l'*hardship* in termini non dissimili dall'eccessiva onerosità sopravvenuta, dispongono all'art. 6.2.3. che la parte svantaggiata abbia diritto a richiedere la rinegoziazione⁶⁹; nello stesso senso depongono i *Principles of European Contract Law* e il codice europeo dei contratti che, per il caso in cui la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, prevedono l'obbligo per le parti di intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto⁷⁰.

Quanto alla seconda critica, invece, bisogna osservare che la prassi spesso dimostra che sopravvenienze di tipo qualitativo e quantitativo esigano una risposta analoga. Del resto, non può non osservarsi come la stessa dottrina da cui proviene l'obiezione proponga due distinti modelli di gestione delle sopravvenienze fondati, non già sulla natura, qualitativa o quantitativa della sopravvenienza, bensì sulla tipologia (puntuale o integrativa) dello scambio⁷¹. Pertanto, se proprio si volesse sottrarre la sopravvenienza qualitativa dalla disciplina dell'art. 1467 c.c., dovrebbero richiamarsi non tanto le differenze ontologiche tra rischio quantitativo e rischio qualitativo, quanto la formulazione dell'art. 1467 c.c. i cui presupposti applicativi non si prestano a definire la soglia di rilevanza della sopravvenienza qualitativa.

Non appaiono decisive, da ultimo, nemmeno le critiche manifestate contro la tesi che fonda su una lettura congiunta degli articoli 1467 c.c. e 1375 c.c. l'obbligo di rinegoziazione; e cioè, per un verso, l'idea che la *ratio* dell'art. 1467 c.c. sia irriducibile all'obbligo di rinegoziazione e, per l'altro, che fondare sulla buona fede l'obbligo di rinegoziazione determini una sottovalutazione dei problemi che essa è deputata a risolvere. In particolare – quanto al primo argomento – ponendo mente al risultato che l'art. 1467 c.c. intende conseguire, prima ancora che alla risposta in concreto fornita, ne risulta che la disciplina sull'onerosità sopravvenuta miri non tanto a liberare i contraenti da un vincolo non più gradito, quanto piuttosto a porre rimedio ad un'alterazione del sinallagma contro uno squilibrio rilevante tra prestazioni. In relazione a questo specifico bisogno, il legislatore ha fornito una medesima risposta – risoluzione del contratto – per situazioni diverse, e cioè quella in cui la sopravvenienza possa essere efficacemente «gestita» attraverso un rimedio di tipo ablativo e quella in cui, in considerazione del tipo di contratto, di contraente e di sopravvenienza, un rimedio caducatorio sia inutile o dannoso. Al fine di correggere l'irragionevole scelta, dunque, sembra preferibile considerare l'art. 1467 c.c.

cipi Unidroit e nei *Principi di diritto europeo dei contratti* cfr. BARCELLONA - MAUGERI, *Il mutamento di circostanze*, cit., pp. 539 ss.

⁶⁹ Cfr. art. 6.2.3, dei principi *Unidroit* 2004, rubricato «*effetti dell'hardship*».

⁷⁰ Cfr. l'esame dell'art. 6.111 PECL, rubricato «*mutamento delle circostanze*» compiuta nel paragrafo 2 e gli autori *ivi* citati.

⁷¹ BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione* cit., pp. 491 ss. e BARCELLONA - MAUGERI, *Il mutamento di circostanze*, cit., pp. 533 ss.

per il risultato che intende perseguire, e solo incidentalmente per le modalità e gli strumenti apprestati a tal fine⁷². La diversa lettura infatti desterebbe dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost., il quale impone, per situazioni diverse, trattamenti differenziati, qualora il medesimo trattamento conduca ad irragionevoli disparità. Il secondo argomento, invece, sembra provare troppo. Invero: se si suppone che la clausola di buona fede possa «rideterminare essa stessa il contenuto del contratto», *a fortiori* dovrà ammettersi che siffatta clausola possa attivare un dovere di collaborazione tra parti. Il *più* infatti non può che comprendere il *meno*. Alla luce delle considerazioni predette, non appaiano insuperabili gli argomenti addotti contro la configurazione di un obbligo di rinegoziazione a partire da una interpretazione evolutiva dell'art. 1467 c.c. secondo buona fede⁷³ o secondo equità.

⁷² In tal senso già MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, cit., p. 124.

⁷³ Tra le più recenti e interessanti ricostruzioni dottrinarie che attribuiscono alla buona fede uno specifico ruolo nella disciplina delle sopravvenienze si segnala GAMBINO, *Rischio e parità*, cit., p. 43, il quale suggerisce una lettura congiunta degli artt. 1337 e 1467 c.c. per ricavare «nuovi indici e parametri di valutazione del conflitto di interessi in materia di sopravvenienze; capaci di determinare incentivi, distribuire la verifica del rischio, ridurre la probabilità di comportamenti opportunistici e le inefficienze della contrattazione». L'Autore, in particolare, pone in correlazione il «rischio economico» con il «fatto di conoscenza», che unisce «il dover sapere al dover dire», al fine di rimuovere una disparità di posizioni rispetto all'informazione. Tale principio, in mancanza di rimedi correttivi, consentirebbe di condannare al risarcimento del danno la parte che abbia omesso informazioni rilevanti per la controparte, in merito a eventuali rischi contrattuali connessi alla «durata» del contratto di riferimento. Spiega l'Autore: «La considerazione della dimensione temporale dei contratti in esame non è più in funzione di una relazione stabile e duratura, sancita dalle fonti dell'integrazione del contratto, ma si articolerebbe muovendosi dal rapporto alle trattative e alla formazione dell'atto, nell'apprezzamento di quei fatti di conoscenza capaci di lasciar prefigurare un mutamento dei termini economici dell'accordo. La concezione dinamica del tempo, che in questo individua un "carattere non oggettivo e vuoto" misurato con indici che trascurano ciò che di volta in volta è *nel* tempo, ma storico, vale a dire "riempito da contenuti umani, da accadimenti storici" [G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, (1955), trad. it., R. CRISTIN, Milano 1998, p. 25. *N.d.A.*] finisce qui per rifluire in quella visione che identifica il rischio dell'accadere degli eventi nel sapere degli individui, trovando un solido fondamento nella nozione soggettiva di probabilità. Altro non è che quel sapere, tecnico o comune, di cui è dotato il contraente quando esprime il suo consenso all'atto di autonomia». Tale ricostruzione ha l'indiscutibile pregio di avere individuato un rimedio, di tipo non caducatorio, al problema delle sopravvenienze, che non forzi il dato normativo e non rechi stravolgimenti di sistema. La soluzione ipotizzata, sebbene ineccepibile dal punto di vista teorico, fornisce una risposta solo parziale al problema in esame. L'ingestibilità dello squilibrio sopravvenuto, invero, non è sempre riconducibile a problemi di incompleta e omessa informazione. Vi sono eventi davvero imprevedibili e, rispetto a questi, è difficile individuare – e forse anche scorretto chiedersi – quale avrebbe dovuto essere l'informazione da fornire per una più equa allocazione del rischio. Per gli eventi di questo tipo, il rimedio più adeguato non può che essere quello che opera al momento del verificarsi della sopravvenienza. Solo questo, difatti, può consentire una riallocazione del rischio, alla luce delle circostanze sopravvenute.

Il ruolo delle clausole generali nell'interpretazione della disciplina codicistica sull'eccessiva onerosità sopravvenuta

Chiarito che la norma in cui sembra più opportuno inquadrare la disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta è rappresentata dall'art. 1467 c.c., l'ultima questione da risolvere è quale clausola – equità o buona fede – chiamare in causa per superare il dato letterale della disposizione, di guisa da consentire anche al contraente svantaggiato dalla sopravvenienza l'attivazione del rimedio manutentivo.

Si è visto come la tesi che fonda l'obbligo di rinegoziazione sull'equità muova dalla valorizzazione della *ratio* equitativa sottesa alla disciplina di cui agli articoli 1467 c.c. e 1468 c.c., la quale indurrebbe a ritenere implicita in ciascun contratto di lunga durata una clausola che consenta di rimettere alla trattativa dei contraenti la gestione delle sopravvenienze⁷⁴. Tale tesi, a ben vedere, presuppone che l'equità, nella fattispecie all'esame, venga in rilievo come fonte di integrazione del contratto, nel significato che assume nell'art. 1374 c.c. e dunque quale mezzo per colmare una lacuna presente nella legge o nel regolamento.

Al fine di vagliare la bontà di una simile ricostruzione, risulta necessario, per un verso, stabilire se la funzione integrativa dell'equità possa spingersi sino al punto di introdurre in via interpretativa un obbligo di rinegoziazione; e, per l'altro, considerare le diverse funzioni cui l'equità può assolvere, chiarire se, nelle fattispecie esaminate, a venire in rilievo sia proprio l'equità integrativa.

Quanto alla prima questione, secondo l'orientamento prevalente, l'equità opera come criterio residuale, nel senso che, da un lato, interviene solo qualora le regole d'interpretazione del contratto o della legge non riescano a fornire la disciplina del caso all'esame; dall'altro, legittima un intervento circoscritto al solo «profilo regolamentare ed obiettivo [...], alla regola come tale»⁷⁵, «al recupero e alla rilevanza dei fattori più contingenti [...] che operano a livello di dettagli del regolamento contrattuale»⁷⁶.

L'intervento integrativo in via equitativa risponderebbe dunque ad un giudizio non già complessivo, ma analitico e frammentario, avendo ad oggetto il singolo elemento contrattuale (sia esso l'obbligo convenuto che l'oggetto determinabile), al fine di determinarne in base alle norme del sistema l'estensione ovvero il contenuto, rendendo così esplicito ciò che è giuridicamente contenuto nella determinazione delle parti⁷⁷.

Tale ricostruzione trova perfetta rispondenza nella giurisprudenza, la quale ha evidenziato come l'equità di cui all'art. 1374 c.c. non è un canone interpretativo del contratto già completo di tutti i suoi elementi, ma è puramente

⁷⁴ SACCO, *Il contratto*, cit., p. 723.

⁷⁵ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli 2001, p. 775.

⁷⁶ SACCO, *Il contratto*, cit., che richiama le regole di opinione.

⁷⁷ Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano 1969, p. 211.

suppletiva, nel senso che colma le lacune non coperte «dagli usi e dalle altre legittime fonti»⁷⁸, costituendo un criterio integrativo per ricavare dalle norme di diritto sostanziale elementi per determinare il contenuto delle obbligazioni dedotte nel contratto⁷⁹. L'attribuzione di tale funzione all'equità porta ad escludere forme d'integrazione repressiva⁸⁰, che determinino la sostituzione – per ragioni di giustizia contrattuale – della valutazione discrezionale dell'interprete alla volontà espressa dalle parti⁸¹ o dalla legge⁸².

Se è questa la funzione che va attribuita all'equità, contro il tentativo di fondare sull'equità suppletiva l'obbligo di rinegoziazione depongono almeno due considerazioni.

In primo luogo, non potendo l'equità porsi in contrasto con la volontà delle parti, può quantomeno porsi il dubbio che entrambi i contraenti, nel concludere il contratto, abbiano, per ciò stesso, inteso accettare il rischio di dover rinegoziare i termini dello scambio.

In secondo luogo, se è vero che l'equità rappresenta un criterio residuale rispetto agli altri criteri di interpretazione del contratto e alle altre legittime fonti, ciò significa che v'è spazio per l'equità solo qualora la lacuna non possa essere colmata da queste ultime regole; se così è, ammettere che l'equità rappresenti il fondamento dell'obbligo di rinegoziazione significherebbe, da un lato, negare il suo carattere residuale, dall'altro, sminuire la funzione ed il ruolo della buona fede la quale, per espressa previsione normativa, è criterio interpretativo (art. 1366 c.c.), e, in quanto richiamata dall'art. 1374 c.c., *sub specie legis*, è fonte legittima di obblighi per i contraenti⁸³.

I rapporti tra l'equità e buona fede sono stati di recente chiariti dalla dottrina proprio in relazione alla materia dell'obbligo di rinegoziazione: «entrambe mirano a garantire l'esecuzione del contratto secondo l'originario programma

⁷⁸ Cass., sentenza dell'8 luglio 1983, n. 4626, in *Rep. foro it.*, 1983, in *Contratto in genere* n. 240. In proposito S. RON, *Equità*, in *Enc. Dir.*, XV, Giuffrè, Milano 1966, p. 96 fa l'esempio in cui il debitore, essendo obbligato a rilasciare cose fragili, è tenuto, in conseguenza, ad osservare «quelle norme di custodia, di consegna, di spedizione, che siano ad essi confacenti». In Cass., sentenza del 26 novembre 1971, n. 3450 in *Rep. foro it.*, 1971, *App.*, n. 32, invece si considera come comportamento ascrivibile all'equità integrativa il «dovere di impiegare materiali di qualità tale da assicurare che l'opera stessa sia immune da vizi»; dovere ritenuto «implicito» nell'obbligo di garanzia di cui all'art. 1667 c.c., gravante sull'appaltatore.

⁷⁹ Cfr. Cass., sentenza dell'11 giugno 1965, n. 1189, in *Rep. foro it.*, 1965, *Obbl. e cont.*, n. 296.

⁸⁰ SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 434-435.

⁸¹ Così RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., pp. 222-224 e G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, I/1999, pp. 67 ss.

⁸² Cfr. F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Giuffrè, Milano 1970, p. 69: «non può esistere dubbio circa l'assurdità di voler considerare l'equità diretta *contra legem* con funzione sostitutiva di essa nella regolamentazione del caso concreto».

⁸³ G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723.

inizialmente fissato dalle parti, ma diverse sono quantitativamente e qualitativamente le aree di incidenza. La repressione di un abuso con la buona fede è il presupposto logico e giuridico per riequilibrare con l'equità, senza fare della buona fede uno strumento di un giudizio equitativo»⁸⁴.

Tale conclusione, del resto, è coerente con le posizioni della dottrina maggioritaria la quale, negando all'equità il ruolo di clausola generale⁸⁵, esclude categoricamente che essa possa considerarsi fonte di diritti ed obblighi per le parti⁸⁶.

Una conferma delle conclusioni cui si è giunti nell'interpretare il rapporto tra buona fede ed equità si ritrova anche nei Principi *Unidroit* e nei Principi di diritto contrattuale europeo, i quali non menzionano in alcun modo l'equità, mentre considerano espressamente la buona fede come principio generale del diritto⁸⁷.

A tali considerazioni se ne aggiunge un'altra che appare dirimente, e cioè che, nel contesto degli articoli 1467 c.c. e 1468 c.c., l'equità sembra venire in rilievo non già nella sua funzione di strumento suppletivo dell'autonomia privata *ex art.* 1374 c.c., bensì come criterio di valutazione da parte del giudice.

Se così è, il vero limite della tesi che fonda l'obbligo di rinegoziazione sull'equità risiede, prima ancora che nella tradizionale diffidenza verso l'intervento del giudice in via equitativa⁸⁸, nella circostanza che l'equità è in queste norme richiamata come criterio di valutazione da parte del giudice – e non già quale fonte di integrazione del contratto – nello stesso significato in cui è utilizzata, tra le altre, nelle ipotesi di cui agli articoli 1226 c.c., 1525 c.c. e 1384 c.c.

Le considerazioni effettuate in merito al ruolo dell'equità ed al suo rapporto con la buona fede consentono di evidenziare, per converso, le ragioni che consigliano di fondare precipuamente su quest'ultima clausola l'obbligo di rinegoziazione.

In particolare, mentre l'equità non costituisce «un autonomo principio regolativo» e può operare solo in presenza di una norma espressa che la richiami, la buona fede, al contrario, è una clausola generale che non si ferma a delimitare «diritti e doveri delle parti», ma «richiede un impegno di solidarietà che va oltre e che obbliga ciascuna parte a tener conto dell'interesse dell'altra a prescindere da determinati obblighi contrattuali o extracontrattuali»⁸⁹.

⁸⁴ M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 92.

⁸⁵ Così RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., p. 214; GAZZONI, *Equità*, cit., pp. 172 ss.; ID., *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli 1987, pp. 748 ss.

⁸⁶ L. MENGONI, *Spunti per una teoria generale delle clausole generali*, in *Riv. dir. priv.*, 1986, pp. 5 ss., spec. p. 19; D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, I/2001, p. 541.

⁸⁷ Così FRANZONI, *Buona fede ed equità*, cit., p. 91.

⁸⁸ Diffidenza manifestata, tra gli altri, da BUSNELLI, *Note*, cit., pp. 540-543.

⁸⁹ C.M. BIANCA, *Il contratto*, III, Giuffrè, Milano 1984, p. 493.

Vieppiù, la buona fede, come clausola generale, non solo può porre obblighi, ma è anche in grado di esprimere «in sede ermeneutica una funzione *lato sensu* correttiva, *a posteriori*»⁹⁰. Il dovere di correttezza si pone invero all'interno del sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva (attiva e passiva) contrattualmente stabilita, concorrendo «alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso da quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375 c.c.), nel rispetto del noto principio per cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio»⁹¹. Il principio di buona fede contrattuale risulterebbe dunque idoneo a fondare un obbligo di rinegoziazione, «perché di fronte ad una posizione a cui il diritto appresti una tutela, il difetto di collaborazione non appare giustificato»⁹². Da tale prospettiva, «il meccanismo di adeguamento del contratto che fa capo all'art. 1467, comma 3, finisce per confluire in un più ampio quadro sistematico fondato sull'obbligo delle parti di cooperare, alla stregua dei canoni di correttezza e di buona fede secondo le rispettive esigenze (desumibili dalle circostanze ovvero dalla natura dell'affare), per la realizzazione più compiuta del regolamento contrattuale»⁹³.

La direttiva in merito ai contratti di credito relativi a immobili residenziali

Se dunque, a livello nazionale, sembrano sussistere gli spazi – almeno a livello interpretativo – per approntare una tutela al mutuatario per l'ipotesi dell'eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo bancario, a livello comunitario, viceversa, la situazione è molto più complessa, in considerazione dell'assenza di qualsivoglia disciplina di carattere generale sulle sopravvenienze contrattuali⁹⁴. Si deve dar atto, nondimeno, di un'apertura al problema in esame, per effetto dell'entrata in vigore della «Direttiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010»⁹⁵.

⁹⁰ Così L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto Civ. II*, Utet, Torino 1988, p. 180. La delineata contrapposizione tra le due regole, invece, la si trova in BUSNELLI, *Note*, cit., p. 542.

⁹¹ Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corriere giuridico*, 1994, con n. di V. Carbone.

⁹² MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 290.

⁹³ MACARIO, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁴ Salvo, s'intende, quanto si è detto in precedenza sulle fonti di diritto contrattuale europeo.

⁹⁵ Per un primo esame del testo cfr. T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti*, 1/2015, p. 70.

Tale provvedimento, pur non affrontando espressamente il problema delle sopravvenienze nel mutuo bancario, disciplina taluni aspetti con esso strettamente connessi, che sembrano fornire già alcune indicazioni e significativi spunti per una regolamentazione della materia.

La proposta della direttiva in esame trova le sue radici nella presa d'atto, da parte del legislatore europeo, dell'assenza, a livello comunitario, di un mercato del credito relativo agli immobili residenziali⁹⁶. La materia in esame è stata oggetto di attenzione da parte delle istituzioni comunitarie a partire dal Libro bianco sulla integrazione dei mercati UE del credito ipotecario, nel quale si era evidenziata l'esistenza di elementi, pertinenti alla concessione e accensione dei mutui, che ostacolano il buon funzionamento del mercato unico⁹⁷, impedendo l'esercizio dell'attività di credito in un altro Stato membro. Una simile situazione, si evidenzia, determina un danno per il consumatore in termini di calo di fiducia, peggioramento delle condizioni di finanziamento, riduzione della mobilità da un istituto bancario all'altro, a livello sia interno che transfrontaliero⁹⁸. Nel quadro degli sforzi tesi a creare un quadro unico efficiente e competitivo, la Commissione ha così deciso l'adozione della direttiva in esame, anche in considerazione dell'acuirsi del fenomeno dell'inadempimento dei mutui per effetto della crisi finanziaria.

La nuova direttiva si pone un duplice obiettivo: «in primo luogo, la creazione di un quadro unico efficiente e competitivo nel quale i consumatori, i creditori e gli intermediari del credito possono godere di un elevato livello di protezione promuovendo la fiducia dei consumatori, la mobilità dei clienti, l'attività transfrontaliera di creditori e intermediari del credito a parità di condizioni, rispettando nel contempo i diritti fondamentali sanciti nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* [...]. In secondo luogo [...] la stabilità finanziaria, garantendo che i mercati del credito ipotecario operino in maniera responsabile»⁹⁹.

Della direttiva in esame, in questa sede, interessa porre l'attenzione su alcune misure che sembrano incidere positivamente al fine di superare le criticità del settore dei finanziamenti bancari sin qui analizzate.

A tal riguardo, un primo merito della direttiva è quello di aver posto in relazione il *deficit* di tutela del mutuatario con il *deficit* di concorrenza nel settore del credito ipotecario, individuando altresì le specifiche problematiche del mercato del credito che vengono ad accentuare la condizione di debolezza del consumatore/mutuatario. Nella relazione alla proposta di direttiva, in par-

⁹⁶ Nella relazione della proposta di direttiva citata, alla 4, si legge espressamente che: «Il mercato interno dei mutui ipotecari residenziali è lungi dall'essere completo in quanto sussistono numerosi ostacoli alla libera prestazione di servizi».

⁹⁷ Libro bianco della Commissione, del 18 dicembre 2007, sull'integrazione dei mercati del credito ipotecario nell'UE COM (2007) 807 def.

⁹⁸ Relazione alla proposta di direttiva, cit., p. 2.

⁹⁹ Relazione alla proposta di direttiva, cit., p. 2.

icolare, si osserva come la crescita delle ipotesi di inadempimento dei mutui bancari sia legata principalmente al comportamento irresponsabile nella fase precontrattuale della concessione e accensione di mutui e al potenziale margine di comportamenti irresponsabili da parte degli intermediari del credito e degli enti non creditizi. Un simile assetto, in particolare, viene ricondotto a carenze di mercato e di regolamentazione, oltretutto ad altri fattori, quali la situazione economica generale, la scarsa cultura finanziaria, l'asimmetria informativa. Con particolare riferimento a quest'ultima, dalle indagini condotte in sede comunitaria nei diversi Stati membri, sono emerse diverse criticità nella fase precontrattuale: «materiale pubblicitario che non consente raffronti, scarsamente oggettivo, incompleto, non chiaro; informazioni precontrattuali insufficienti, non tempestive, complesse, non raffrontabili e non chiare; consulenze inadeguate; valutazioni non corrette dell'idoneità del merito creditizio»¹⁰⁰; ciò – si osserva – determina, a cascata, effetti negativi sul piano macroeconomico, danneggia i consumatori, funge «da barriera economica o giuridica delle attività transfrontaliere» e crea «condizioni diseguali per gli operatori del mercato»¹⁰¹.

Proprio al fine di rimuovere le problematiche evidenziate, la direttiva introduce rigorose regole di condotta per i creditori e gli intermediari. Tra queste si segnala l'obbligo di agire «in maniera onesta, equa trasparente e professionale, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori» (art. 7), l'obbligo di adottare forme di pubblicità e di *marketing* corrette, chiare e non ingannevoli (art. 10), l'obbligo di valutare il merito creditizio (art. 18).

Le generali regole di condotta così enunciate si specificano attraverso la previsione di numerosi obblighi informativi, precipuamente volti all'attuazione dei principi di trasparenza e di educazione del consumatore. Tra questi vengono in rilievo quelli in tema di messaggi pubblicitari (art. 11), di informativa precontrattuale (art. 14), inerenti lo *status* degli intermediari del credito (art. 15) e le eventuali modifiche del tasso debitore (art. 27), quello di fornire spiegazioni adeguate alle esigenze e alla situazione finanziaria del consumatore (art. 16).

Di particolare interesse è la circostanza che il legislatore comunitario abbia inteso isolare la materia dei mutui contratti per finalità abitative all'interno della più ampia tematica dei finanziamenti bancari. Una simile scelta presuppone la considerazione della specifica debolezza in cui versa il mutuatario/consumatore, ricondotta per un verso alla natura del bisogno che induce alla stipula, per l'altro alle dimensioni dell'impegno finanziario¹⁰².

Da ultimo – ed è forse l'aspetto che maggiormente interessa in questa sede – vanno segnalate alcune disposizioni che sembrano segnare una prima apertura, da parte del legislatore comunitario, al problema delle sopravvenienze

¹⁰⁰ Relazione alla proposta di direttiva, cit., p. 7.

¹⁰¹ Relazione alla proposta di direttiva, cit., pp. 7-8.

¹⁰² Relazione alla proposta di direttiva, cit., p. 3. Cfr. sul punto anche il 22° e 23° considerando del testo della direttiva citata approvato in prima lettura.

contrattuali. Ci si riferisce in primo luogo all'art. 25 rubricato «estinzione anticipata», laddove impone agli Stati membri di garantire ai consumatori il diritto di rimborsare il proprio credito prima della scadenza del contratto. Tale disposizione interessa perché la «capacità di un consumatore di rimborsare il debito prima della scadenza del contratto del credito può svolgere un ruolo importante nel promuovere la concorrenza sul mercato unico e la libera circolazione dei cittadini UE»¹⁰³. Invero, una volta eliminati gli ostacoli all'estinzione anticipata, il mutuatario interessato a rimodulare le rate potrebbe rivolgersi ad altro finanziatore per estinguere il mutuo precedente e rinegoziare con quest'ultimo condizioni più favorevoli. Ciò dovrebbe attivare un circolo virtuoso in cui i finanziatori si fanno concorrenza sulle condizioni di prestito per «accaparrarsi» anche i clienti legati da precedenti rapporti contrattuali con altri operatori. In buona sostanza, il finanziatore interessato a «subentrare» in un rapporto di finanziamento anticipa la somma necessaria ad estinguere il precedente rapporto e contestualmente propone un nuovo contratto di mutuo a condizioni più vantaggiose del precedente¹⁰⁴.

Un simile meccanismo è potenzialmente idoneo ad apportare effetti benefici al consumatore anche in relazione al problema delle sopravvenienze contrattuali. Il mutuatario, invero, con la minaccia dell'estinzione anticipata finalizzata alla sostituzione del finanziatore, potrebbe indurre l'operatore a rinegoziare condizioni più favorevoli; almeno in via di fatto, dunque, ne risulterebbe rafforzato il meccanismo della rinegoziazione.

Rivestono particolare interesse, inoltre, il 9° considerando, ove si prevede che «gli Stati membri possono mantenere o introdurre norme nazionali relative [...] alle *questioni post-contrattuali*¹⁰⁵» e il 27° considerando, il quale segnala l'opportunità di incoraggiare i creditori «ad affrontare in maniera proattiva il rischio del credito emergente in una fase precoce» nonché la necessità di disporre «le misure necessarie affinché i creditori esercitino un ragionevole grado di tolleranza e compiano ragionevoli sforzi per risolvere la situazione prima di dare avvio a procedure di pignoramento» e di trovare, ove possibile, «soluzioni che tengano conto delle circostanze concrete e dei bisogni ragionevoli del consumatore in termini di spese di sostentamento».

Viene in rilievo, da ultimo, l'art. 41, contenente la clausola di riesame, con la quale si prende espressamente in considerazione la necessità di dover rivedere la disciplina in esame per introdurre ulteriori obblighi nella fase *post-contrattuale*.

Da tali indici normativi è possibile cogliere un primo segnale di attenzione, da parte del legislatore comunitario, verso tutte le possibili evenienze che si

¹⁰³ 66° considerando del testo della direttiva citata approvato in prima lettura.

¹⁰⁴ Il meccanismo, a ben vedere, è analogo a quello previsto dai decreti Bersani ed analizzato nel paragrafo 5.

¹⁰⁵ Corsivo aggiunto.

possano manifestare in fase esecutiva, nel corso del rapporto di mutuo e dunque più in generale verso il problema delle sopravvenienze contrattuali.

Va tuttavia segnalato che la più importante apertura rispetto al problema in esame era contenuta nel testo della proposta di direttiva della Commissione, poi scomparsa a seguito degli emendamenti del Parlamento europeo. Ci si riferisce al 27° considerando (testo della proposta), il quale stabiliva che, in presenza di un rischio di inadempimento accertato sulla base dell'analisi delle banche dati, il creditore fosse tenuto a «contattare il consumatore per discutere le varie alternative disponibili per evitare la possibilità di inadempimento, come la ristrutturazione delle scadenze del debito»¹⁰⁶ e che, in ogni caso, «il creditore non dovrebbe ipotizzare il ritiro del credito senza aver prima studiato con il consumatore tutte le possibili alternative per evitare l'inadempimento». Si trattava, in buona sostanza, di un esplicito riconoscimento del rimedio della rinegoziazione.

Prospettive del diritto comunitario

A conclusione di questa indagine, è opportuno effettuare alcune brevi osservazioni in ordine alle possibili azioni da intraprendere a livello legislativo per gestire adeguatamente il problema delle sopravvenienze nel contratto di mutuo.

Un primo dato da mettere in evidenza è la dimensione non solo nazionale, ma anche comunitaria del problema in oggetto. Le analisi condotte a livello comunitario (indagini statistiche, prove qualitative fornite dagli interessati, casi concreti osservati in tutta Europa) hanno mostrato come il fenomeno dell'eccessiva onerosità del mutuo bancario, ed il conseguente aumento dei tassi di inadempimento e di pignoramento, non sia «un problema ciclico o limitato a uno o due Stati membri, ma un problema che colpisce tutta l'UE»¹⁰⁷.

Un secondo aspetto che preme sottolineare è la necessità di valorizzare i rimedi preventivi, poiché, come visto, il problema dell'eccessiva onerosità del mutuo è spesso conseguenza di un' inadeguata considerazione delle esigenze del consumatore al momento della stipula¹⁰⁸.

Alla luce di tali considerazioni, non può che valutarsi in termini positivi la direttiva laddove impone rigorose regole di condotta nella fase che precede e accompagna la stipula; sottopone a regolamentazione e vigilanza tutti i soggetti che intervengono nel mercato del credito; attribuisce decisivo rilievo al merito creditizio. La valorizzazione di tali aspetti dovrebbe condurre ad un

¹⁰⁶ Corsivo aggiunto.

¹⁰⁷ Relazione alla proposta di direttiva, cit., p. 3.

¹⁰⁸ Relazione alla proposta di direttiva, cit., p. 6, che fa riferimento, quale causa dell'eccessivo indebitamento «al comportamento irresponsabile nella fase precontrattuale della concessione e accensione di mutui e al potenziale margine per comportamenti irresponsabili da parte degli intermediari del credito e degli enti non creditizi». Sul punto cfr. pure GAMBINO, *Rischio e parità*, cit., p. 43.

sostanziale miglioramento delle condizioni di prestito, accrescere «la fiducia dei consumatori nei creditori, negli intermediari del credito e nei prodotti ipotecari», riducendo la possibilità che i consumatori acquistino un prodotto che non possono permettersi e che potrebbe portare ad un eccesso di indebitamento, ad inadempimenti e addirittura a pignoramenti. Il forte effetto positivo sulla fiducia dei consumatori, inoltre, dovrebbe contribuire «a rafforzare la domanda di prodotti di credito ipotecario e ad incoraggiare la mobilità dei consumatori a livello sia nazionale che – per quanto in misura inferiore – transfrontaliero»; allo stesso tempo, l'eliminazione di barriere di accesso al mercato creditizio tra diversi Stati membri dovrebbe incoraggiare «l'attività transfrontaliera offrendo nuove possibilità di affari nonché economie di scala e di diversificazione»¹⁰⁹.

La maggiore concorrenza, in buona sostanza, dovrebbe condurre a migliori condizioni di accesso al finanziamento e in tal modo aiutare a prevenire il problema delle sopravvenienze squilibranti.

In considerazione delle dimensioni e della rilevanza del problema in esame, cionondimeno, una tutela circoscritta alla sola fase precontrattuale non può considerarsi esaustiva. In questa fase, invero, per la stessa natura del problema in esame, non è dato prevedere tutte le possibili evenienze che potrebbero manifestarsi in corso di rapporto. Di ciò sembra rendersi conto lo stesso legislatore comunitario, laddove nella clausola di riesame (art. 44) menziona – quale elemento da prendere in considerazione per valutare l'adeguatezza e l'efficacia delle disposizioni sui consumatori e sul mercato interno – «la necessità di introdurre diritti e obblighi aggiuntivi rispetto alla fase *post-contrattuale*¹¹⁰ dei contratti di credito»; il che, con un po' di audacia, in una prospettiva *de iure condendo*, dovrebbe indurre alla valorizzazione delle indicazioni contenute nella proposta di direttiva e ad un'attenzione maggiore alle soluzioni adottate dal diritto europeo dei contratti.

¹⁰⁹ Relazione alla proposta di direttiva, cit., p. 7.

¹¹⁰ Corsivo aggiunto.

L'evoluzione dei patti marciiani

Federica Spinaci

Il patto marciano ed il patto commissorio

Il patto marciano ha da sempre rappresentato l'istituto con cui si realizza l'effetto salvifico delle pattuizioni a scopo di garanzia, del tutto isolato fino a qualche tempo fa nella legislazione vigente ma avvalorato dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹ e che, quale espressione dell'autonomia contrattuale, era sottoposto al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322 del codice civile per evitare di incorrere nel divieto del patto commissorio dell'art. 2744. In particolare, l'art. 2744 del codice del 1942 definisce "patto commissorio" la convenzione tra debitore e creditore finalizzata a trasferire a quest'ultimo, in caso di mancato adempimento dell'obbligazione entro il termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno. Il divieto del patto in questione è sancito anche nell'art. 1963 c.c. che commina la nullità al patto accessorio al contratto di anticresi con cui si conviene che nel caso di mancato pagamento del debito la proprietà dell'immobile vada al creditore.

Per aversi patto commissorio vietato si devono presupporre alcuni requisiti: l'esistenza di un'obbligazione principale da adempiere entro un termine prefissato; un rapporto accessorio di garanzia mediante pegno, ipoteca o anticresi su un bene determinato; e, infine, che al negozio di garanzia venga aggiunto contestualmente o anche successivamente un patto in forza del quale si trasferisca la proprietà del bene suddetto in caso di mancato adempimento dell'obbligazione principale alla scadenza del termine. Com'è noto, la denominazione "patto commissorio" deriva dal diritto romano, nel quale in origine la *lex commissoria* autorizzava il creditore a trattenere in proprietà la cosa ricevuta qualora il debitore non avesse adempiuto alla propria obbligazione e rappresentava una clausola che poteva essere inserita in tutti i contratti a prestazioni corrispettive, ma che era frequente soprattutto nel *pignus*, nonché nella *fiducia cum creditore* (strumento più antico utilizzato a scopo di garanzia, e consistente nell'alienazione di una cosa fatta al creditore con il *pactum fiduciae* che obbligava quest'ultimo a restituire la cosa se il debitore avesse adempiuto al proprio debito) nella quale la *lex commissoria* era inerente al contenuto stesso del negozio, che non necessitava di apposita pattuizione.

¹ Cfr. da ultimo sentenza Corte di Cassazione, sezione I, 28 gennaio 2015 n. 1625, di cui meglio più avanti. La Suprema Corte, da una serie di disposizioni presenti nel codice civile ricava un principio, con riferimento al *sale and lease back*, secondo cui devono essere previsti dei «meccanismi oggettivi e proceduralizzati che [...] permettano la verifica di congruenza tra valore del bene oggetto della garanzia, che viene definitivamente acquisito al creditore, ed entità del credito».

Successivamente si registrò una evoluzione della *fiducia cum creditore*, alla quale si cominciò a considerare inerente non tanto l'anzidetta facoltà per il creditore di trattenere la cosa alienata in caso di inadempimento, ma un *pactum vendendi*, ossia la facoltà del creditore di vendere la cosa e trattenere il prezzo, solo fino a concorrenza dell'ammontare del credito e con l'obbligo, quindi, di restituire al fiduciante l'eventuale eccedenza, divenuto a quel punto un effetto naturale della *fiducia cum creditore*.

La permanente liceità della *lex commissoria* (ossia della pattuizione legittimante il creditore a trattenere in proprietà il bene, anche se di valore superiore al credito inadempito), pur subordinata alla necessità del suo esplicito inserimento come clausola contrattuale, venne meno nel 324 d. C. in relazione al contratto di pegno, a seguito di un famoso editto dell'imperatore Costantino, contenuto nel *Codex Theodosianum*, che si uniformava ai nuovi orientamenti etico-religiosi che riprovavano approfittamenti usurari, che si supposeva potessero celarsi dietro il patto commissorio². Tuttavia il divieto non colpiva il rilascio del pegno posteriore al contratto in cambio del pagamento, la vendita del pegno fatta poi al creditore, purché non servisse ad eludere il divieto, la vendita fatta sotto uguali condizioni al fideiussore per il caso in cui egli pagasse per il debitore e non ottenesse il rimborso entro un certo tempo³. Ed è proprio per tener conto del divieto, ma al contempo cercando di soddisfare le esigenze del creditore, che la prassi elaborò vari tipi di pattuizioni, tra le quali il patto marciano⁴.

I principi, che dal diritto romano erano stati accolti relativamente al patto commissorio, vennero accolti dal diritto intermedio e dal diritto canonico. Da parte della Chiesa il riconoscimento della illiceità del patto era confermato in una nota decisione di Innocenzo III, *Significante R. cive pisano*, del 1198, dove è espressamente detto *improbatum*⁵.

² Si legge «*Imp. Constant. A. Ad populum. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt. Dat. Prid. Kal. Febr. Serdic. Constantino A. VII et Constantio C. Conss*», È evidente che il dettato del Codice teodosiano non contiene una definizione del patto e ne lascia solo individuare il contenuto che lo ha caratterizzato nella tradizione v. C.M. BIANCA, voce *Patto commissorio*, in *Nss. D.I.*, UTET, Torino 1976, XII, p. 712.

³ Cfr. G. PIOLA, voce *Patto commissorio*, in *Nss. D.I.*, UTET, Torino 1906, XVIII, p. 1029.

⁴ Tra le fonti romane si trova un brano di Marciano, accolto nel Digesto, e precisamente I. 16 9, de pign. 20 I, così concepito «*Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio, et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt*». Fu quindi Elio Marciano, nell'età dei Severi, che ne delineò i caratteri, dopo che il patto commissorio era stato vietato. Sul punto cfr. R. ORESTANO, *Marciano Elio (Aelius Marcianus)*, in *Nss. D.I.*, UTET, Torino 1964, X, p. 254.

⁵ *Decretales Gregorii*, IX, II, 21, 7.

I principi sul divieto in questione del diritto romano sono stati ripresi in epoca moderna da numerose codificazioni: dal *Code civil* francese, al BGB tedesco, al *codice civil* spagnolo, allo ZGB svizzero, sino al più recente BW olandese; ed invero, uno degli aspetti su cui si è maggiormente discusso da sempre attiene all'individuazione della *ratio* del divieto di cui all'art. 2744, degli obiettivi di politica del diritto che vogliono essere perseguiti con la previsione del divieto inderogabilmente posto dal legislatore. La ricerca di detta *ratio* non ha scopi puramente dogmatici ma è funzionale all'individuazione del suo carattere generale o eccezionale e, conseguentemente, della sua portata applicativa.

La dottrina più risalente ha posto in evidenza come il patto sia ontologicamente incompatibile con il concetto di garanzia dal momento che si crea una garanzia troppo forte e può dar luogo ad una forma di proprietà temporanea, non in linea con il principio vigente nel nostro ordinamento di tipicità dei diritti reali⁶.

Le ragioni del divieto erano ricondotte storicamente alla riprovazione per l'usura e alla necessità di evitarne la diffusione attraverso patti eccessivamente gravosi per il debitore. Da qui si colgono le origini del pensiero che, per molti anni, vigente il codice del 1865, nonché con l'entrata in vigore del codice del 1942, è stato espresso dalla giurisprudenza, ossia l'interesse del debitore quale fondamento del divieto del patto commissorio.

Successivamente sono state prospettate varie tesi sul fondamento della norma in esame ma comunque l'orientamento tradizionale è stato quello della necessità di tutelare il debitore, in modo da evitare una sua coazione psicologica, che lo indurrebbe ad accettare condizioni inique⁷.

L'iniquità viene individuata nella sproporzione tra valore del credito garantito e valore del bene oggetto della stipulazione commissoria, generalmente di gran lunga superiore al valore del primo. La tesi in questione è stata criticata poiché insufficiente a spiegare la nullità del patto *ex intervallo* e perché il con-

⁶ S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile - metodo - teoria e pratica*, Giuffrè, Milano 1951. D'altronde ancora oggi è discussa l'ammissibilità della c.d. 'proprietà temporanea' su cui *ex multis* cfr. N. DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, Editoriale scientifica, Napoli 1979. In particolare sul rapporto tra funzione di garanzia e trasferimento temporaneo della proprietà cfr. G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Contratti per l'impresa, I, Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, Il Mulino, Bologna 2012, p. 586.

⁷ V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Giuffrè, Milano 1952, pp. 32 ss.; M. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 1971, pp. 1025 ss.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, Milano 1948, p. 276. Nella dottrina moderna proseguono su questa linea, con vari accenti: M. BUGANI, *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1986, p. 33; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, *Studio di diritto comparato*, Giappichelli, Torino 2000, p. 595. In giurisprudenza *ex multis* cfr. sentenza Corte di Cassazione, sezione III civile, 10 febbraio 1997 n. 1233, ma anche le più recenti Cassazione, sezione III, 2 febbraio 2006 n. 2285 del 2006 e Cassazione, sezione II, 12 gennaio 2009 n. 437.

traente che accetti di stipulare un contratto a condizioni inique è già tutelato dall'ordinamento attraverso l'azione generale di rescissione per lesione prevista dall'art. 1448 c.c., che, diversamente dall'art. 2744 c.c., non dà luogo ad una sanzione di nullità e richiede la sussistenza di precisi elementi costitutivi della fattispecie che non sono presenti nella norma sopra indicata⁸.

Un diverso orientamento dottrinale ha fatto leva sul rispetto della *par condicio creditorum*⁹. Il patto commissorio, permettendo la costituzione di una garanzia atipica attraverso il trasferimento della proprietà di un bene dal debitore ad un creditore specifico, violerebbe la parità tra i creditori, i quali correrebbero il grande rischio di veder sottratto un bene alla garanzia comune dei loro crediti, che potrebbe avere un valore di gran lunga superiore a quello del credito garantito. Lo scopo di garanzia, pertanto, incide sulla struttura del diritto di proprietà, rendendo la proprietà in garanzia confliggente con il principio del numero chiuso dei diritti reali. A tale prospettazione si può obiettare che l'effetto della violazione della *par condicio* dovrebbe consistere nella sua inefficacia ed inopponibilità ai creditori, piuttosto che nella nullità dell'atto pregiudizievole e che comunque la nullità si applica anche nelle ipotesi di insussistenza di più creditori.

Meno diffusi possono considerarsi quegli orientamenti¹⁰ che, invece, hanno individuato la *ratio* giustificatrice del divieto in interessi generali, muovendo dalla considerazione che l'art. 2744 c.c. sanziona la violazione del divieto con la nullità.

La sanzione della nullità ha condotto altra dottrina a ricercare la *ratio* nella tutela di un interesse generale consistente nella volontà da parte dell'ordinamento di evitare il danno sociale derivante dalla diffusione del patto quale

⁸ Si ricorda brevemente che il rimedio della rescissione opera quando: a) vi sia una sproporzione tra le due prestazioni; b) la sproporzione sia dipesa dallo stato di bisogno di una parte; c) il contraente forte abbia approfittato della situazione di inferiorità economica altrui per trarne vantaggio; d) la lesione ecceda la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto. Inoltre, l'azione di rescissione ha un termine breve di prescrizione pari ad un anno dalla conclusione del contratto.

⁹ F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Rivista di diritto commerciale*, II/1916, pp. 887 ss.; E. STOLFI, *Patto commissorio ed ipoteca*, in *Foro Italiano*, II/1926, pp. 282 ss.; successivamente V. ANDRIOLI, *Tutela dei diritti, artt. 2740-2899, sub art. 2744*, in *Comm. del codice civile*, a cura di V. SCIALOJA - G. BRANCA, Zanichelli, Roma-Bologna 1955, pp. 52 ss.; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Rivista di diritto commerciale*, II/1946, p. 65; F. TALASSANO, *Divieto del patto commissorio*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1947, pp. 367 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali*, in *Comm. del Codice Civile*, diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano 2010, pp. 213-220. In giurisprudenza vedi Cassazione, sezione II, 11 gennaio 1988, n. 46.

¹⁰ V. ROPPO, *Divieto del patto commissorio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, UTET, Torino 1997, XIX, p. 561, che riporta testualmente il pensiero di BIANCA, *op. ult. cit.*, pp. 717 ss., condiviso da U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano 1982, XXXII, pp. 500 ss.

“clausola di stile” che, sostituendosi al sistema delle garanzie legali tipiche, diverrebbe strumento generalizzato di abuso ai danni del debitore¹¹.

Secondo un altro orientamento¹² esisterebbe un principio di esclusività dello Stato nella funzione esecutiva che considera illecito un assoggettamento convenzionale del debitore ad un potere di autotutela e di autosoddisfacimento del creditore.

Rispetto a tale impostazione si è osservato che l'ordinamento contempla diverse forme in cui si realizza, di fatto, un'autotutela del creditore, ossia l'istituto della cessione dei beni ai creditori previsto dall'art. 1977 c.c., in cui si verifica la liquidazione dell'attività del debitore ed il riparto del ricavato in favore dei creditori senza il ricorso all'autorità giudiziaria; l'istituto del pegno irregolare dell'art. 1851 c.c. attraverso il quale denaro, merci o titoli vincolati alla garanzia del credito verso la banca, passano in proprietà di questa che, in caso di adempimento, dovrà restituirne solo l'eccedenza di valore rispetto al credito garantito.

Una diversa impostazione¹³ ritiene che il fondamento del divieto sia di preservare le garanzie tipiche dal rischio che una generalizzata applicazione del divieto del patto commissorio depauperi la loro funzione sociale. Questa è criticata sulla base dell'assunto che, ormai, i contratti atipici di garanzia sono quasi prevalenti rispetto a quelli tipici e sono ritenuti validi se non urtano contro principi generali dell'ordine pubblico.

Altra dottrina identifica la *ratio* nel principio di ordine pubblico che costituisce un limite all'autonomia privata nel settore dei diritti di garanzia, secondo cui sono illecite quelle alienazioni a scopo di garanzia congegnate in modo tale da non consentire a priori un controllo tra valore del bene dato in garanzia e ammontare del credito. L'art. 2744 è espressione di questo principio e disciplina un caso concreto, ma altri casi debbono considerarsi ricompresi nella regola generale e quindi sanzionabili con la nullità¹⁴. In sostanza, la nullità di un contratto atipico di garanzia si avrebbe quando non vi è possibilità di un controllo

¹¹ C.M. BIANCA, *ibidem*, p. 717, secondo cui «il divieto comminante la nullità radicale del patto commissorio non ha il suo fondamento nell'esigenza di tutela di un contraente più debole (o di altri interessi) contro le possibili inique condizioni di un contraente più forte ma, come crediamo, nell'esigenza generale di impedire la possibile diffusione di un patto tendenzialmente abusivo a convenzione di stile nei rapporti di garanzia reale».

¹² E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, II/1931, pp. 689 ss.: «Il divieto del patto commissorio [...] è la manifestazione di un principio generale così formulabile: non è lecito, nel nostro diritto, un assoggettamento convenzionale del debitore a un potere di autotutela e di autosoddisfacimento del creditore. È un principio, questo, che discende dall'essere la tutela del diritto, nell'odierno ordinamento, sottratta in massima ai privati e riservata allo stato come suo monopolio esclusivo»; in giurisprudenza v. Cassazione, sezione II, 6 dicembre 1983, n. 7271.

¹³ F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997, p. 122.

¹⁴ U. MORELLO, voce *Frode alla legge*, in *Digesto Civ.*, UTET, Torino 1992, p. 514.

tra il valore del bene ed ammontare del credito impedendo al debitore di ottenere la eventuale differenza¹⁵.

Altra tesi, ravvisando nel divieto in questione un fondamento composito, lo individua nell'esigenza di escludere che il debitore, per garantire l'obbligazione, destini programmaticamente un proprio bene all'autosoddisfacimento del creditore riservandosi la possibilità di svincolare il bene mediante il pagamento del debito e senza assicurarsi il diritto di recuperare l'eventuale eccedenza di valore del bene¹⁶.

Non di rado, specialmente in giurisprudenza, vengono adottate contemporaneamente due o più *rationes* poste a fondamento delle singole teorie su esposte, quali la tutela del debitore dalla pressione del creditore e la protezione degli altri creditori che potrebbero veder frustata la comune garanzia¹⁷. Anche tale orientamento è stato criticato osservando che se così fosse, con riferimento ad uno stesso atto negoziale, avremmo nullità fondate sulla tutela di un interesse generale e nullità fondate sulla tutela di un interesse diverso, confliggente con il primo.

Il fondamento del divieto non risulta di facile soluzione proprio a causa della scarsità del dato normativo contenuto negli articoli 1963 e 2744 del codice civile. Queste disposizioni, infatti, non consentono di individuare con precisione gli interessi che il legislatore intende tutelare.

Addirittura un orientamento¹⁸ ha affermato che, probabilmente, non esiste una specifica *intentio legis*. Più precisamente, i redattori del codice del 1942 avrebbero inteso seguire una tradizione millenaria contraria alla validità di pattuizioni commissorie, senza analizzare le ragioni dell'opportunità di tale recepimento.

Ed invero diventa sempre più problematico individuare una *ratio* attualmente valida, a fronte di una codificazione che spesso non appare omogenea a causa dell'opera di recepimento e di stratificazione di istituti di diversa origine, e soprattutto di fronte alla mutata e mutevole realtà economico-sociale.

¹⁵ Sul punto cfr. M. GRONDONA, *Funzione di garanzia, 'lease back' e trasferimenti vietati*, in *Notariato*, II/1998, p. 173.

¹⁶ A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. Dir. Civ.*, I/1990, p. 224.

¹⁷ Esplicita la giurisprudenza il rischio che gli interessi dei creditori sarebbero pregiudicati se dovesse concedersi a qualcuno di loro la possibilità di soddisfarsi al di fuori dell'esecuzione forzata concorsuale diretta dal giudice e senza tener conto delle cause legittime di prelazione; *ex multis* Cassazione, sezione III, 3 giugno del 1983, n. 3800; G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1945, p. 162; PUGLIATTI, *op. cit.*, pp. 359 ss.; più di recente S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove legg. Civ. e comm.*, IV/2015, p. 190. Quest'ultimo Autore parla di *ratio* composita dipanandosi attraverso almeno due elementi sintomatici: l'insidia e la sproporzione.

¹⁸ A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1999, p. 216.

Va segnalato che il divieto del patto commissorio ha subito, nel corso degli anni, una progressiva estensione della propria portata prescrittiva. Certamente vi è stato un forte contributo all'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'istituto in esame da parte degli operatori giuridici¹⁹, che hanno fatto ricadere nella sua area di operatività sempre nuove fattispecie. L'analisi delle fattispecie può essere condotta attraverso l'adesione alla tesi della causa in concreto, requisito essenziale del contratto che consente all'ordinamento di verificare il potere di autonomia privata attribuito ai privati. Alla base di questa tendenza vi è la convinzione che il patto in questione rappresenti il punto di emersione del conflitto tra "contraenti forti" e "contraenti deboli" e che questi ultimi necessitino di tutela.

Il legislatore, seguendo quanto era già legittimato dalla giurisprudenza, ha attualmente valorizzato la logica di origine romanistica²⁰ del patto marcialo come istituto diretto ad attenuare il rigore del divieto dell'art. 2744 ed a restituire alla prassi negoziale maggiore autonomia in materia di garanzie reali atipiche²¹. La *ratio* delle disposizioni più recenti sembra essere di snellire ed abbreviare le procedure nel caso di inadempimento del debitore. Tale semplificazione, nell'ottica del legislatore delegato e del legislatore comunitario, dovrebbe contribuire ad ampliare la disponibilità di credito da parte delle banche, migliorando inoltre le condizioni di prestito a favore del debitore, quale soggetto debole.

Il patto marcialo elaborato dalla giurisprudenza rappresenta il *genus* non tipizzato, differenziandosi dalle *species* dei marciali, con caratteristiche soggettive e oggettive specifiche, introdotte principalmente per consentire una rivitalizzazione del mercato²². Infatti la tutela del credito, a mezzo di forme di

¹⁹ Si fa riferimento all'orientamento inaugurato con la nota sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 3800 del 3 giugno 1983, già sopra indicata, seguita poi da altre due pronunce di poco successive, l'una a Sezioni Unite del 3 aprile 1989 n. 1611 e, a breve distanza, l'altra del 29 aprile n. 1907. La giurisprudenza ha fatto leva sul concetto di *norma materiale* per comminare la sanzione della nullità ad ipotesi che, in concreto, raggiungessero lo scopo vietato.

²⁰ C. DE MENECH, *Il patto marcialo e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *I contratti*, VIII-IX/2015, p. 824, sottolinea, tra l'altro, che è un istituto mai stato particolarmente in auge nel diritto vivente, specie se posto a raffronto con il cospicuo numero di pronunce che affrontano la contigua problematica del patto commissorio.

²¹ F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, p. 407.

²² Solleva dubbi G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marcialo*, in G. D'AMICO - S. PAGLIANTINI - F. PIRAINO - T. RUMI, *I nuovi marciali*, Giappichelli, Torino 2017, quando osserva che «la regolamentazione legislativa del patto marcialo sembra, allora, determinare anzitutto due conseguenze: 1) consacrare in via definitiva la liceità, a certe condizioni, di trasferimenti a scopo di garanzia (*cavendi causa*); 2) tipizzare le relative fattispecie (o molte di esse). Epperò si ha la sensazione che queste due conseguenze possano, paradossalmente, produrre un esito complessivo *controfunzionale* rispetto all'obiettivo dell'intervento normativo (che è essenzialmente quello – attraverso il rafforzamento della tutela del creditore/banca – di rivitalizzare un mercato del credito, colpito negli ultimi anni da una gravissima crisi). La consacrazione legislativa della ammissibilità di alienazioni in garanzia, invero, se da un lato

garanzia, favorisce la circolazione di ricchezza che è stata la principale esigenza che ha indotto ad assumere i provvedimenti legislativi che sono intercorsi tra il 2015 ed il 2016 nella materia in oggetto.

Come già accennato, le norme che hanno dettato la regolamentazione del patto marciano non risultano del tutto omogenee e, conseguentemente, si è discusso in ordine all'esistenza di una figura unitaria di "patto marciano" anche se sembra preferibile la tesi della pluralità di "patti marciano"²³.

Appare come se le forme di garanzia tipiche abbiano perso di *appeal* perché risultato dei meccanismi troppo arrugginiti e complicati che avrebbero necessità di una riforma strutturale, come avvenuto in Francia già nel 2006 che ha riconosciuto il marciano nella parte generale del diritto della responsabilità patrimoniale per far fronte alle nuove esigenze della prassi. Ciò sarebbe necessario nell'ottica di una armonizzazione ed unificazione del mercato finanziario internazionale che, per la mancanza di un quadro normativo unitario, risulta spesso poco efficiente per l'incertezza che la soggezione delle singole operazioni a più discipline nazionali, diverse tra loro, determina negli investitori, scoraggiandoli ad intraprendere una determinata operazione finanziaria. Avrebbe senso un approccio riformatore del medesimo stampo, dato che il codice civile italiano si ispira in molte parti al *Code Napoleon* del 1804²⁴.

I vari tipi di marciano

A fronte della continua evoluzione interpretativa da parte della giurisprudenza del divieto dell'articolo 2744 c.c. sono state previste, come accennato, delle discipline settoriali che ne hanno circoscritto la portata in ulteriori ambiti.

Il contratto di garanzia finanziaria

Il d.lgs. 170 del 2004²⁵, di attuazione della direttiva comunitaria n. 47 del 2002 in materia di contratti di garanzia finanziaria, c.d. *collateral directive*, ha dato

rimuove indubbiamente un fattore di incertezza che grava su questo tipo di convenzioni e fungeva da remora al ricorso alle stesse, dall'altro, avvenendo per il tramite di una regolamentazione legislativa in larga misura inderogabile, comporta al contempo un "irrigidimento", che potrebbe costituire in futuro un motivo di "fuga" dai "patti marciano" tipizzati, capace persino di sopravanzare l'effetto "incentivante" derivante dal loro "riconoscimento" da parte del legislatore (e non più solo dei giudici).

²³ Sottolinea questo aspetto G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 9.

²⁴ Cfr. F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, IV/2006, p. 501; F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. e dir. Priv.*, III/2006, pp. 1191 ss.

²⁵ Il d.lgs. 21 maggio 2004 n. 170 è stato modificato dal d.lgs. 24 maggio 2011 n. 48, attuativo della direttiva n. 44 del 2009, che, per la verità, non ha apportato rilevanti variazioni all'impostazione di fondo della disciplina, limitandosi a quelle modifiche funzionali al perseguimento dello scopo dichiarato dal legislatore comunitario, ovvero quello di facilitare l'utilizzo dei crediti come oggetto di garanzia.

ingresso alla figura del trasferimento della proprietà in funzione di garanzia nell'ambito delle contrattazioni finanziarie. In particolare, il contratto in esame trae le sue origini nell'ISDA *Credit Support Annex (Transfer English Law)*, che regola il trasferimento della proprietà delle *collateralized securities* o del *cash*, prevedendo un'obbligazione di dare connessa all'acquisto della proprietà da parte di chi risulta titolare di un credito al momento della valutazione delle operazioni, su base netta dei titoli o del denaro il cui valore sia sufficiente ad assicurare la copertura della corrispondente esposizione creditoria.

Questo negozio è molto simile ad alcune figure giuridiche esistenti nel diritto anglosassone, come ad esempio l'*outright collateral transfer*, con cui la proprietà del bene oggetto di garanzia è trasferita al creditore al momento della consegna stessa che è libero di disporne, indipendentemente dall'adempimento o meno del debitore; qualora poi l'obbligazione venga adempiuta il creditore dovrà consegnare al debitore la medesima cosa o altra dello stesso genere.

La normativa del decreto di riferimento è stata fortemente innovativa e ha fornito al nostro ordinamento la possibilità di confrontarsi con gli ordinamenti di matrice anglosassone, da sempre considerati più "snelli", soprattutto in tema di *collateral*²⁶.

Il testo normativo è diretto a creare un regime comunitario per la fornitura in garanzia di titoli e contante, con costituzione del diritto reale di garanzia o tramite trasferimento del titolo di proprietà, in cui ai partecipanti all'operazione sia garantita una certa stabilità degli atti posti in essere, evitando perciò il pericolo di incertezze dettato dalle azioni di inefficacia o dalle azioni revocatorie previste dalle singole leggi in materia concorsuale.

L'art. 1 comma 1 lett. d) del citato decreto individua il contratto di garanzia finanziaria come «il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie». Per attività finanziarie s'intendono il contante, gli strumenti finanziari, i crediti e, con riferimento alle operazioni connesse con le funzioni delle banche centrali europee e dei sistemi di cui all'art. 1 comma 1 lett. r) del d.lgs. 210 del 2001, le altre attività accettate a garanzia di tali operazioni.

Nella definizione anzidetta rientrano sia fattispecie contrattuali con costituzione di garanzia reale, sia fattispecie contrattuali che prevedono il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, in cui il datore di garanzia trasferisce la proprietà della *res* al beneficiario della stessa per assicurare l'adempimento delle obbligazioni garantite.

²⁶ Viene osservato da G. FERRARINI - P. GIUDICI, in *Le garanzie su strumenti finanziari nel diritto comunitario: orientamenti e prospettive*, in *Il fall.*, 2002, p. 1002, che la direttiva è caratterizzata da un approccio funzionale calato nelle categorie tipiche del diritto inglese, che ha assunto un ruolo preminente all'interno del mercato finanziario europeo.

Già da queste considerazioni emerge che la normativa in questione si pone in contrapposizione con alcuni principi consolidati nel nostro ordinamento, dato che sembra ravvisarsi una atipicità delle garanzie finanziarie in contrasto con la tipicità dei contratti di garanzia reale, ossia pegno, ipoteca e privilegio, collegata strettamente con l'inderogabile principio della *par condicio creditorum*.

Per identificare un contratto ai sensi del d.lgs. 170 del 2004 è necessario che le parti contraenti rientrino in una delle seguenti categorie: a) autorità pubbliche, inclusi gli organismi del settore pubblico degli Stati membri incaricati della gestione del debito pubblico o che intervengano in tale gestione o che siano autorizzati a detenere conti dei clienti, con l'inclusione delle imprese assistite da garanzia pubblica; b) banche centrali, la Banca Centrale Europea, la Banca dei regolamenti internazionali, le banche multilaterali di sviluppo, il Fondo Monetario Internazionale e la banca europea degli investimenti; c) enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale incluse imprese di investimento. Enti finanziari, imprese di assicurazione, organismi di investimento collettivo in valori mobiliari, società di gestione; d) controparti centrali, agenti di regolamento o stanze di compensazione; e) persone diverse dalle persone fisiche, incluse imprese e assicurazioni prive di personalità giuridica, purché la controparte sia un ente definito alle lettere a) e d).

L'articolo 6 del decreto, rubricato "Cessione del credito o trasferimento della proprietà con funzione di garanzia" sancisce che «I contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, hanno effetto in conformità ai termini in essi stabiliti, indipendentemente dalla loro qualificazione»; al comma 2 dell'art. 6 si legge che «ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti pronti contro termine, non si applica l'articolo 2744 del codice civile». Ma si tratta in effetti di vera e propria deroga al divieto del patto commissorio? Invero detta normativa sembrerebbe più ispirata alla volontà di dare ingresso ad un particolare tipo di patto marciano in quanto le modalità di appropriazione delle attività finanziarie oggetto di garanzia comportano che il creditore si soddisfi solo fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. b), e comunque le condizioni di realizzo delle attività finanziarie garantite siano ragionevoli sotto il profilo commerciale, *ex art. 8*²⁷.

²⁷ Non è mancato chi ha evidenziato come il concetto di "ragionevolezza", su cui si fonda l'art. 8, non si presti ad una facile comprensione, finendo per stemperare in altre più familiari nozioni, come quella di buona fede, equità, diligenza. In tal senso S.M. MESSINA, *I contratti bancari e finanziari*, Giappichelli, Torino 2013, p. 184. Vedi anche E. GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie. Profili generali*, in *I contratti del mercato finanziario in Tratt. dei contr.*, diretto da P. RESCIGNO - E. GABRIELLI, Giuffrè, Milano 2011, vol. II, p. 1758, secondo cui il criterio verrà integrato dalle clausole generali già presenti nel sistema delle obbligazioni e dei contratti, quali la buona fede *in executivis* e la correttezza.

Il reale impatto della normativa di fonte comunitaria nel nostro sistema va ridimensionato e pertanto potrebbe risultare non condivisibile quanto espresso da parte della dottrina²⁸ che osserva la innovatività rispetto alla “residua” disciplina di diritto interno in tema di garanzie reali mobiliari, tale da costituire un vero e proprio «controsistema».

A differenza del marciano come elaborato dalla giurisprudenza nel corso degli anni, non è presente nei contratti di garanzia finanziaria un’attribuzione del potere di stima ad un terzo, dato che è lo stesso *collateral taker* che si auto-soddisfa sulla garanzia, comunicando poi al debitore le modalità di escussione e l’importo ricavato, comunque con la restituzione dell’eccedenza; in questo modo viene rimessa allo stesso *collateral taker* la scelta se effettuare una contestazione davanti all’autorità giudiziaria, sede in cui un soggetto incaricato della stima verrà nominato.

Non può dimenticarsi che il legislatore delegato italiano, pur non essendovi obbligato, ha consentito la diretta apprensione della garanzia, non avvalendosi del meccanismo di *out put* previsto in sede di recepimento della normativa comunitaria. Allora potrebbe ritenersi che non vi era alcun motivo per il legislatore di avvalersi di detta clausola, non ponendo la disciplina introdotta con il d.lgs. 170 del 2004 essere in contrasto con il principio del divieto del patto commissorio, dal momento che il patto marciano è una figura autonoma e distinta, non sussumibile sotto la figura di cui agli articoli 2744 e 1963 c.c.

Il prestito vitalizio ipotecario

Il prestito vitalizio ipotecario era originariamente previsto dall’art. 11-*quaterdecies*, comma 12, del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito con modificazioni dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248 (legge finanziaria 2006).

Il testo stabiliva che esso avesse ad oggetto la concessione di finanziamenti a medio e lungo termine con capitalizzazione annuale di interessi e spese, e rimborso integrale in un’unica soluzione alla scadenza, da parte di aziende ed istituti di credito e di intermediari finanziari regolamentati dal d.lgs. n. 385 del 1993, assistiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali, riservati a persone fisiche con età superiore ai sessantacinque anni compiuti.

L’istituto delineato consisteva, nella sostanza, in una forma di finanziamento garantito da una proprietà immobiliare residenziale che consentiva al proprie-

²⁸ A. CANDIAN, *Le garanzie finanziarie*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano 2008, p. 607, che testualmente afferma che «la direttiva esprima anche un modello generale di sistema delle garanzie reali mobiliari che può essere considerato un punto di riferimento altrettanto generale». È d’accordo con questa tesi F. MACARIO, *Modificazioni del patrimonio del debitore, poteri di controllo del creditore e autotutela*, in *Scritti in onore di Cesare Massimo Bianca*, Giuffrè, Milano IV/2006, p. 204, che comunque sottolinea la necessità di valorizzare le clausole generali quali buona fede e correttezza per bilanciare gli effetti dell’atipicizzazione delle forme di garanzia mobiliare.

tario di convertire parte del valore dell'immobile in contanti al fine di soddisfare l'esigenza di liquidità, senza che lo stesso fosse tenuto a lasciare l'abitazione ovvero a ripagare il capitale e gli interessi sul prestito fino alla scadenza del contratto²⁹.

Invero la norma non dettava una vera e propria disciplina dell'istituto del prestito vitalizio ipotecario ma si limitava ad una mera descrizione³⁰. Probabilmente per tale motivo il provvedimento citato non è stato sufficiente per promuovere l'avvio dell'operatività bancaria su questa nuova fattispecie³¹.

La legge del 2 aprile 2015, n. 44, supplendo a tale iniziale carenza normativa, ha modificato il predetto articolo, rielaborato ed ampliato, aggiungendovi anche i commi da 12-*bis* a 12-*sexies*³², al fine di rivitalizzare l'istituto, anche

²⁹ È stato sottolineato da G.O. MANNELLA - G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Quaderni del notariato*, Wolters Kluwer, Milano 2015, come nel 2005 si viveva in Italia, e più in generale in Europa, un periodo di piena espansione del mercato immobiliare e del mercato dei mutui ipotecari. Perciò in quel contesto vi era l'esigenza di stimolare i consumi della fascia di età *over 65*, attraverso la monetizzazione del maturato incremento di valore dell'abitazione posseduta. La situazione è radicalmente mutata nell'ultimo decennio, essendo sorta una forte crisi finanziaria e del credito. Pertanto nell'attuale momento storico il rilancio del prestito vitalizio ipotecario si caratterizza per nuovi compiti, legati principalmente alla carenza di liquidità.

³⁰ Il testo originario era il seguente: «Il prestito vitalizio ha per oggetto la concessione da parte di aziende e di istituti di credito nonché da parte di intermediari finanziari, di cui all'art. 106 del Testo Unico di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e di spese, e rimborso integrale in unica soluzione alla scadenza, assistiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali, riservati a persone fisiche con età superiore ai 65 anni compiuti».

³¹ In senso critico sulla disciplina come introdotta nel 2005 cfr. G. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Dir. Econom. Ass.*, II/2006, p. 503, che si esprime in questi termini: «La novella legislativa italiana, dunque, pur mirando ad introdurre il *reverse mortgage*, ne descrive il funzionamento in modo incompleto, il che sorprende se si pensa che già prima dell'approvazione della Finanziaria 2005 non vi era certamente un'impossibilità assoluta di utilizzare tale strumento in Italia e che la sua diffusione avrebbe richiesto, più che un avallo legislativo, un alleggerimento dei fardelli normativi esistenti. Se da un lato la descrizione dell'art. 11-*quaterdecies* impinge nell'ovvio (precisando, ad esempio, che il finanziamento è rimborsabile a medio o lungo termine), dall'altro lato essa non contempla aspetti fondamentali dell'operazione: non chiarisce, ad esempio, che il termine di restituzione dovrà coincidere (volendo proteggere l'anziano debitore) con la sua morte: non si disciplinano, coordinandole con la materia dell'esecuzione, le modalità soddisfattive per il creditore, che potrebbero risultare alquanto onerose; non si incide sull'allocazione del rischio di c.d. *cross-over*, vale a dire il rischio di sovraesposizione tale per cui il debito accumulato al momento della morte superi il valore dell'immobile (a meno di non voler assegnare alla locuzione "rimborso integrale" un significato che probabilmente esula dagli intendimenti del legislatore)».

³² Per un primo commento della legge che ha modificato la disciplina del prestito vitalizio ipotecario si rinvia alle considerazioni svolte da C. LOMONACO - A. MUSTO - M. LEO, *Segnala-*

attraverso alcune agevolazioni fiscali, data l'ampia diffusione non solo negli ordinamenti di *Common law*, ma anche in alcuni ordinamenti europei, come quello francese.

È stato poi pubblicato il Regolamento del Ministro dello sviluppo economico, ossia il decreto 22 dicembre 2015 n. 226, recante norme in materia di disciplina del prestito vitalizio ipotecario, attuando quanto prescritto dall'art. 11-*quaterdecies*, comma 12-*quinquies*.

Nonostante ciò anche la nuova disciplina desta perplessità, essendo molto sintetica e, tra l'altro, lasciando irrisolti alcuni interrogativi in quanto coinvolge alcuni principi fondamentali del sistema di diritto italiano.

Entrando nel merito della questione il prestito vitalizio ipotecario è un contratto, di derivazione anglosassone, riservato ai proprietari di immobili che abbiano già compiuto i sessant'anni, indipendentemente dal fatto che si tratti di consumatori, non più dunque solo agli ultra sessantacinquenni, attraverso cui è possibile conseguire una somma di denaro, fino a circa trecentocinquantamila euro, per la quale non si deve pagare alcuna rata né alcun interesse per tutta la vita. Da ciò deriva il suo carattere "*reversed*", ossia inverso, rispetto agli ordinari mutui, non essendo prevista alcuna forma di rimborso durante la vita del finanziato. Si può definire come una tipica operazione di credito, esercitata dalle banche e dagli altri intermediari finanziari autorizzati, per mezzo del quale viene trasferita una somma di denaro che andrà restituita alla scadenza: un contratto qualificato quindi dalla funzione creditizia, di durata e a titolo oneroso.

Il finanziamento può essere a medio o lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e spese, in deroga alla disciplina codicistica di cui all'art. 1283 c.c.³³, con l'effetto di aggravare la posizione del finanziato. Quest'ultimo

zioni Novità normative, La riforma del prestito vitalizio ipotecario, Note a prima lettura, in Notizie del Consiglio Nazionale del Notariato, 23 aprile 2015.

³³ Il divieto di anatocismo è sempre esistito nell'ordinamento giuridico italiano in forza dell'art. 1283 c.c. Nonostante ciò, le banche agivano legittimamente quando ricorrevano all'anatocismo perché tale comportamento era stato ampiamente avallato dalla giurisprudenza, almeno fino a quando è iniziato tutto il processo di revisione interpretativa delle norme riguardanti l'anatocismo, che ha portato poi alla sentenza della Corte di Cassazione n. 21095 del 2004. Prima di questa sentenza c'è stato comunque il decreto legislativo n. 342 del 1999 che, introducendo un nuovo comma all'art. 120 del d.lgs. 385 del 1993, ha previsto la possibilità di stabilire, tramite un'apposita delibera del CICR (Comitato interministeriale per il Credito e Risparmio), le modalità ed i criteri di produzione degli interessi sugli interessi, maturati nell'esercizio dell'attività bancaria, purché fosse rispettata la medesima periodicità nel conteggio sia dei saldi passivi che di quelli attivi. Il processo di revisione, al momento, può considerarsi concluso con la citata sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte che afferma l'illegittimità, anche per il passato, degli addebiti bancari per anatocismo. In sostanza la Corte afferma che le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori precedenti al 1999 non sono mai state rispondenti ad un uso normativo ma negoziale, quindi in contrasto con il principio dell'art. 1283 c.c. L'uso normativo infatti consiste nella «ripetizione generale, uniforme, costante e pubblica di un determinato comportamento, accompagnato

può concordare tuttavia, al momento della stipulazione del contratto, ai sensi del comma 2, delle modalità di rimborso graduale della quota di interessi e delle spese, sulla quale non si applica la capitalizzazione annuale degli interessi, dando luogo ad una inversione della regola generale.

La lettera f) del Regolamento citato chiarisce che per soggetto finanziatore s'intende «il soggetto, di cui al comma 12 dell'art. 11-*quaterdecies* della legge, erogante il prestito vitalizio ipotecario», quindi le banche, nonché gli intermediari finanziari, di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni. La lettera d) del medesimo articolo prevede che il soggetto finanziato è «la persona o le persone fisiche sottoscrittrici di prestito vitalizio», escludendo in tal modo solo le persone giuridiche dal novero dei finanziati, coerentemente con la scelta di limitare la durata del finanziamento alla vita del soggetto finanziato.

L'articolo 2 comma 7 disciplina l'ipotesi in cui il soggetto finanziato sia coniugato o convivente *more uxorio* da almeno un quinquennio documentato attraverso la presentazione di un certificato di residenza storico. Si prevede, in particolare, che in questo caso il contratto debba essere sottoscritto da entrambi i soggetti, anche se l'immobile è di proprietà di uno di essi, ma i requisiti di età devono essere posseduti da entrambi i sottoscrittori. A quel punto potrebbe ritenersi che i soggetti finanziati siano due, non uno solo. Tale norma è in perfetta coerenza con la moderna società che nel 2016³⁴ ha introdotto una normativa specifica sulle unioni civili e sul contratto di convivenza, scongiurando il pericolo per il convivente più giovane, in caso di morte dell'altro coniuge, di perdita del diritto di abitazione sulla casa su cui è stata iscritta ipoteca.

La somma ricevuta, come anticipato, è garantita da ipoteca di primo grado sull'abitazione o comunque su un immobile di proprietà non ancora ipotecato. Più precisamente, per quanto concerne il bene oggetto di iscrizione ipotecaria, l'art. 1 alla lettera c) del Regolamento precisa che per «immobile» s'intende l'immobile residenziale e le relative pertinenze. Sembrerebbe dunque che siano idonei solo gli immobili aventi la destinazione urbanistica di civile abitazione.

Nel caso in cui, trascorsi dodici mesi dall'apertura della successione, il credito della banca non risulti ancora soddisfatto, quest'ultima può vendere il bene, in deroga alle norme civilistiche in materia di esecuzione forzata immobiliare di cui agli artt. 555 e seguenti del codice di procedura civile, ma il valore del bene dovrà essere determinato sulla base di una perizia predisposta da un

dalla convinzione che si tratta di un comportamento giuridicamente obbligatorio, in quanto conforme ad una norma che già esiste o che si ritiene debba far parte dell'ordinamento giuridico». E le clausole anatocistiche sono state accettate non perché gli utenti fossero convinti della loro rispondenza a principi dell'ordinamento giuridico, ma piuttosto perché costretti ad accettarle per poter accedere ai servizi bancari. Questo atteggiamento è lontano da quella spontanea accettazione che contraddistingue invece la consuetudine come istituto giuridico.

³⁴ Si fa riferimento alla legge c.d. Cirinnà n. 76 del 2016.

professionista indipendente³⁵. Di fatto tale perito, benché alla sua nomina non partecipi il soggetto finanziato, assume la veste di arbitratore *ex lege* e, pertanto, la sua eventuale determinazione iniqua o erronea potrà essere impugnata in via giudiziale ai sensi dell'art. 1349 comma 1 c.c.

Il legislatore ha considerato la difficoltà a vendere tali beni secondo il valore di mercato e dunque ha previsto un meccanismo diretto a diminuire gradualmente il prezzo. Infatti, trascorsi ulteriori dodici mesi senza che si sia riusciti a vendere l'immobile è previsto un ribasso del prezzo del quindici per cento, e così via, per ogni ulteriori dodici mesi.

Una volta venduto il bene, la banca tratterrà la parte del prezzo necessaria per saldare il mutuo e riverserà l'eventuale eccedenza agli eredi, costituendo in sostanza un patto marcialo, volto ad evitare in radice eventuali interferenze con il divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744. Il marcialo è sotteso al mandato a vendere l'immobile ipotecato *post mortem exequendum*, configurandosi come rappresentante *ex lege* e che dà luogo ad una scissione tra titolarità e legittimazione, similmente a quanto accade nell'istituto della *cessio bonorum* di cui all'art. 1977 c.c. e seguenti.

Detto prestito è destinato a gravare dunque, quantomeno dal punto di vista economico, sull'asse ereditario. I successori, invero, al momento dell'apertura della successione, potrebbero non essere a conoscenza dell'avvenuta stipula del contratto di prestito. Pertanto sarebbe opportuna una accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario *ex art. 484 c.c.* tale da non esporre gli eredi a passività impreviste.

Ci si può domandare se l'istituto bancario, decorsi i dodici mesi, sia obbligato a vendere con la procura o se possa procedere anche con la vendita all'asta. In effetti si potrebbe ritenere che la disciplina dell'art. 11-*quaterdecies* comma 12-*quater* sia ulteriore rispetto a quella prevista dal codice di rito, dato che il mandato ad alienare non possiede lo *ius sequelae* e dunque l'alienazione comporta l'estinzione della procura, non essendo irrevocabile.

³⁵ Si interroga sul meccanismo giuridico in base al quale la banca procede all'alienazione. A. BULGARELLI, *La disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *ilcaso.it*, pp. 9 ss., che esclude, anzitutto, che la banca agisca quale proprietaria del bene, non essendovi alcun passaggio automatico di proprietà, che rischierebbe di contrastare con il divieto di patto commissorio. Per l'Autore «l'ipotesi più plausibile pare dunque quella che essa vi provveda in nome e per conto dell'esecutato, a ciò legittimata da un mandato gratuito ad alienare (eventualmente anche *post mortem*) in *rem propriam* (art. 1723, comma 2 c.c.), previsto implicitamente dalla legge istitutiva del prestito ipotecario». Gli effetti del mandato si verificheranno in capo al mandante debitore, benché defunto, in forza della prosecuzione del mandato anche al verificarsi di tale evento estintivo. Il finanziatore sarebbe assoggettato alla disciplina di cui agli artt. 1703 ss., secondo cui il mandatario ha non solo l'obbligo di agire con la diligenza richiesta dall'art. 1719, ma anche l'obbligo di rendiconto *ex art. 1713 comma 1*. Tra l'altro se non vi fosse l'obbligo di rendiconto la fattispecie sarebbe sussumibile in un patto commissorio vietato.

Il patto marciano previsto nel “decreto mutui”

Al fine di fornire regole comuni nel settore dei mutui e conseguentemente una tutela rafforzata ai consumatori che concludono contratti immobiliari, il 4 febbraio 2014 è stata emanata la direttiva europea “*Mortgage credit*” n. 17 del 2014, recante modifiche alle direttive nn. 48 del 2008 e 36 del 2013 ed al regolamento n. 1093 del 2010, per scongiurare le pratiche scorrette ed ingannevoli diffuse negli ultimi tempi e che hanno contribuito alla profonda crisi del mercato immobiliare.

L'articolo 1 della direttiva puntualizza il suo ambito di applicazione facendolo coincidere principalmente con due fattispecie: la prima concerne i contratti di credito garantiti da un'ipoteca o da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali oppure da un diritto connesso ai beni immobili residenziali; la seconda fattispecie attiene ai contratti di credito destinati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata.

La predetta direttiva, più precisamente, si propone di agevolare la creazione di un mercato interno più trasparente e competitivo, con un elevato livello di protezione dei consumatori nel settore dei contratti di credito relativi a beni immobili, cercando di garantire ai consumatori interessati a questi contratti di poter confidare nel fatto che gli enti con i quali interagiscono si comportino in maniera professionale e responsabile.

L'articolo che interessa, ai fini della presente trattazione, è il 28 che disciplina le ipotesi di morosità del consumatore e che incide sulla responsabilità patrimoniale del consumatore collegata all'inadempimento del contratto di finanziamento. Il legislatore europeo consente agli Stati membri di introdurre disposizioni che autorizzino le parti del contratto ad inserire il patto che collega alla restituzione o al trasferimento del bene immobile dato in garanzia oppure all'acquisizione dei proventi della vendita della garanzia il soddisfacimento del debito residuo (art. 28, comma 4, dir. 2014/17/UE). Qualora il patto preveda che il trasferimento del bene o l'acquisizione del prezzo di vendita producano l'effetto di estinguere l'intero debito³⁶ anche se il valore del bene al momento dell'inadempimento o il prezzo di vendita risultino inferiori all'ammontare residuo del debito, l'art. 28 comma 5 impone agli Stati l'introduzione di «procedure o misure intese a consentire di ottenere il miglior prezzo possibile per la vendita del bene immobile in garanzia».

In sostanza con la predetta direttiva si consente di vincolare il bene dato in garanzia al soddisfacimento delle ragioni del creditore mediante tecniche più

³⁶ Invero gli Stati membri potrebbero non collegare l'effetto estintivo al trasferimento del bene o all'acquisizione del prezzo. Di conseguenza, qualora il valore o il prezzo si rivelino inferiori al debito residuo, il professionista-creditore rimarrebbe legittimato ad esperire l'ordinaria procedura esecutiva ordinaria.

rapide della procedura esecutiva ordinaria, quali il trasferimento in proprietà e la legittimazione al creditore alla vendita con facoltà di trattenere il prezzo sino al concorso dell'ammontare del credito; si realizza, inoltre, una limitazione della responsabilità patrimoniale al valore del bene dato in garanzia, quale misura di protezione del debitore, quale soggetto debole. Ebbene, è proprio la limitazione della responsabilità che consente l'effetto estintivo nei limiti del patto marciano.

L'area di applicazione è limitata alle transazioni concluse tra gli operatori del mercato finanziario, come banche, banche centrali ed istituzioni finanziarie, per le quali devono essere soddisfatte talune condizioni formali, specialmente ove al creditore garantito sia attribuito il possesso del bene oggetto della garanzia. Altri negozi che rientrano nella disciplina comunitaria sono sia i contratti di garanzia finanziaria con il trasferimento del titolo di proprietà sia quelli di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale.

È dunque una norma di *opt in* che afferma la liceità del pagamento solutorio quale forma di estinzione alternativa dell'obbligazione e che impone di modificare, qualora risulti necessario, i propri ordinamenti per consentire l'introduzione di clausole che sanciscono il trasferimento del bene oggetto di ipoteca in caso di inadempimento, ovvero la limitazione della responsabilità debitoria al valore conseguito attraverso la liquidazione della garanzia.

L'attuazione della direttiva è avvenuta con il d.lgs. 21 aprile 2016 n. 72 (c.d. decreto mutui), in vigore dal 4 giugno 2016, che introduce nel Testo Unico Bancario, ossia il d.lgs. n. 385 del 1993, il capo *I-bis* dall'articolo 120-*quinquies* all'articolo 120-*noviesdecies*³⁷.

L'art. 120-*quinquies*, lett. c), t.u.b. Individua i contratti di prestito immobiliare ai consumatori nei contratti di credito con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere ad un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando l'erogazione è garantita da un'ipoteca di primo grado sul diritto di proprietà, o su altro diritto reale, relativo a beni immobili residenziali, oppure quando essa è finalizzata all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato, non destinato all'eventuale attività professionale svolta dall'acquirente.

Se normalmente la disciplina del consumatore presta particolare attenzione alla fase precontrattuale³⁸, nel credito immobiliare ai consumatori la fase esecutiva del rapporto è al centro della intera regolamentazione, soprattutto nell'ottica dell'inadempimento del consumatore. Ciò, presumibilmente, nell'in-

³⁷ Sulla nuova disciplina vedi S. CERTI - L. FOLLIERI - C. VERDI, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *I contratti bancari*, a cura di F. PIRAINO - S. CERTI, *I contratti bancari*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 197 ss.

³⁸ Per una approfondita disamina della disciplina consumeristica cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino 2015.

tento di rilanciare il mercato del credito immobiliare, senza incorrere nel sovraindebitamento del debitore.

In attuazione dell'art. 28 citato della direttiva è sancito che «Fermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo». La stima del valore del bene è eseguita da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente, con perizia successiva all'inadempimento. Viene così codificato il patto marciano anche relativamente alla disciplina del consumatore, pur confermando la valenza del patto commissorio nell'*incipit* della normativa.

Il creditore non può subordinare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione del patto marciano da parte del consumatore poiché ciò equivarrebbe ad un abuso di autonomia privata del creditore. Nel caso di violazione di detta regola, presumibilmente, si avrebbe una nullità parziale con mantenimento del restante regolamento contrattuale, ai sensi dell'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 4, lett. a), t.u.b.

L'inadempimento legittimante l'avvio della procedura di vendita del bene deve equivalere ad almeno diciotto rate mensili. Non un inadempimento liberamente convenuto dalle parti: è un inadempimento qualificato, quale forma di tutela del consumatore.

Se il contratto di credito contiene la clausola marciana, il consumatore è assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutare la convenienza o no dell'accettazione del patto³⁹. Le parti non possono avvalersi del patto marciano in caso di portabilità del credito ai sensi dell'art. 120-*quater* t.u.b., ossia non può essere presente nel contratto con un nuovo intermediario creditizio stipulato per via di surrogazione *ex art.* 1202 c.c. nel diritto di credito proveniente dal contratto di finanziamento originario.

³⁹ È stato osservato che l'intervento del notaio nella conclusione dei contratti di credito immobiliare ai consumatori, che, per loro natura, sono sempre soggetti a pubblicità nei Registri Immobiliari, renderebbe probabilmente superflua la figura del consulente prevista dalla norma. Ciò si legge nella nota del Consiglio Nazionale del Notariato emanata subito dopo l'entrata in vigore della disciplina.

Le parti, pur avendo previsto un patto marciano, possono pur sempre avvalersi della procedura ordinaria di esecuzione forzata tuttavia, in questo caso, ai sensi dell'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 6 t.u.b., qualora dopo l'escussione della garanzia residui un debito a carico del consumatore, il relativo obbligo di pagamento decorre dopo sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva.

Il “decreto-banche” ed il trasferimento della proprietà

Il 3 luglio 2016 è entrata in vigore la legge 30 giugno 2016, n. 119, di conversione del decreto legge n. 59 del 3 maggio 2016 (meglio conosciuto come “Decreto Banche”), recante «disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione». Con la legge di conversione è stata data una disciplina più organica al «pegno mobiliare non possessorio» ed al «finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato». Prescindendo da valutazioni circa la reale sussistenza dei requisiti della necessità e dell'urgenza, occorre sottolineare che vengono introdotte regole che vanno a modificare fortemente il nostro sistema nei suoi principi generali.

In sostanza, nella legge, al fine di favorire l'accesso al credito da parte degli operatori economici professionali, vengono accolte alcune soluzioni tipiche della normativa di matrice comunitaria, dell'ordinamento nord-americano e di quello d'oltralpe, sia pur nel ristretto ambito dei prestiti in ambito commerciale.

Il primo comma dell'art. 1 d. l. 59 del 2016 prevede che «Gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese possono costituire un pegno non possessorio per garantire i crediti loro concessi, presenti o futuri, se determinati o determinabili e con la previsione dell'importo massimo garantito inerenti all'esercizio dell'impresa».

I crediti che possono beneficiare di tale garanzia richiedono determinati presupposti oggettivi e soggettivi: devono essere afferenti all'esercizio dell'impresa e il debitore deve essere un imprenditore iscritto nel registro delle imprese. Come anticipato, può trattarsi anche di cosa futura: tale garanzia richiede, ai fini dell'opponibilità ai terzi, l'iscrizione nell'apposito registro dei beni possessori tenuto presso l'Agenzia delle Entrate⁴⁰.

Se nel codice civile il pegno consiste in una garanzia caratterizzata dallo spossessamento del bene – essendo un contratto reale che, come tale, si perfeziona con la dazione della *res*⁴¹ – che, così, non può più essere utilizzato dal de-

⁴⁰ Va notato che con la legge di conversione l'iscrizione nell'apposito registro ha effetto ai fini dell'opponibilità ai terzi e non, come inizialmente stabilito nel decreto legge, ai fini della costituzione del pegno medesimo.

⁴¹ In dottrina si è costantemente ritenuto che lo spossessamento del debitore consisterebbe nel mezzo di pubblicità e darebbe luogo ad una forma di pubblicità costitutiva nel senso che, anche se i terzi fossero a conoscenza dell'esistenza di un titolo di concessione del pegno, questo non si costituirebbe e non sussisterebbe se non con lo spossessamento, cfr. G. GORLA - P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Comm. al codice civile, ibidem*, p. 67.

bitore, a seguito della disciplina in questione, come già avvenuto nell'articolo 1, lett. q) del d.lgs. 170 del 2004, il pegno mobiliare non possessorio permette al debitore di mantenere il possesso del bene, e quindi di utilizzarlo, nonostante la costituzione del pegno, per fini legati all'attività imprenditoriale, sia pur nel rispetto della specifica destinazione economica, con conseguente trasferimento della garanzia sul prodotto risultante dalla trasformazione, sul corrispettivo della cessione del bene gravato o sul bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, ammettendosi, così, in sostanza, la c.d. rotatività dei beni oggetto di pegno⁴². Era già stato notato da tempo in dottrina che la necessaria presenza dello spossessamento «sia coerente unicamente con le esigenze di un'economia precapitalistica, nella quale il principale, se non l'unico, indice di sicurezza del credito e di circolazione del diritto di garanzia era legato al meccanismo della *traditio* e della *possessio*, e che pertanto essa si rivela oggi inadatta per l'edificazione di un moderno sistema delle garanzie mobiliari»⁴³.

L'articolo 2 del provvedimento legislativo in rassegna ha introdotto l'art. 48-*bis* al Testo Unico Bancario secondo cui il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca (od altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico) può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore garantito, o di altro soggetto a questi collegato, della proprietà di un immobile o di altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'adempimento del debitore, quindi senza la necessità per la banca di adire l'autorità giudiziaria ai fini dell'escussione della garanzia. In caso di inadempimento, il creditore ha diritto di valersi degli effetti del patto purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento.

Attenta dottrina ha osservato che il trasferimento realizzato in virtù dell'art. 48-*bis* t.u.b. ha una funzione di estinzione satisfattiva dell'obbligazione sottostante⁴⁴, quale patto costitutivo di una vicenda liberatoria ottenuta destinando

⁴² Invero già nel d.lgs. 170 del 2004 emerge la tendenza a favorire, con apposite norme, la possibilità che il vincolo muti oggetto, appuntandosi su un altro bene. In particolare nell'art. 1, lett. q) per prestazione della garanzia s'intende l'avvenuto compimento degli atti, quali la consegna, il trasferimento, la registrazione delle attività finanziarie, in esito ai quali le attività finanziarie stesse risultino nel possesso o sotto il controllo del beneficiario della garanzia o di persona che agisce per conto di quest'ultimo o, nel caso di pegno o di cessione del credito, la notificazione al debitore della costituzione del pegno stesso o della cessione, o la loro accettazione da parte del debitore.

⁴³ E. GABRIELLI, *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in *Fall.*, 2002, p. 933.

⁴⁴ Così S. PAGLIANTINI, *L'articolo 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis t.u.b.*, in *Nuove legg. Civ. Comm.*, V/2016. Sulla natura giuridica del meccanismo marciano di cui all'art. 48-*bis* cfr. *amplius* S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis t.u.b.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marcioniani*, cit., pp. 61 ss.

il bene alle ragioni solamente di un creditore. Il legislatore, anche qui, qualifica l'inadempimento che determina il verificarsi della condizione: si ha inadempimento quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili; o per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile; ovvero, per oltre nove mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento. Qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85% della quota capitale, il periodo di inadempimento è elevato da nove a dodici mesi.

Il bene diventa automaticamente, attraverso il meccanismo della condizione sospensiva, di proprietà dell'istituto bancario, a differenza di quanto accade nel prestito vitalizio ipotecario ove, come visto, viene conferito il mandato ad alienare e non vi è alcun trasferimento automatico. La conseguenza del meccanismo dell'art. 48-*bis* t.u.b. è la seguente: come tutte le alienazioni sotto condizione sospensiva, il titolo idoneo al trasferimento di proprietà è l'atto stipulato originariamente, essendo un atto perfetto, seppur con effetti sospesi, e dunque l'alienante sotto condizione deve effettuare tutte le menzioni urbanistiche relative all'immobile.

La natura giuridica dell'istituto in commento, dunque, soprattutto se confrontata con la legge n. 44 del 2015, sembra essere quella di una alienazione a scopo di garanzia, anche se, a dire il vero, un orientamento⁴⁵, ha ipotizzato, forzando il dato letterale, che l'art. 48-*bis* pure sia costruito come una norma che non esclude la legittimazione della banca a disporre quale mandataria *in rem propriam*, provvedendo costei alla alienazione del bene.

«Un pagamento traslativo procedimentalizzato: potrebbe forse così definirsi la fattispecie formalizzata nell'art. 48-*bis*, secondo un canovaccio che vede il *prius* (della clausola marciala) ed il *posterius* (del trasferimento solutorio) inframezzato da un inadempimento qualificato (comma 5°) che funge da presupposto innescente una serie vincolativamente gerarchizzata di atti»⁴⁶.

Anche in questa fattispecie, come per l'istituto del pegno non possessorio, il bene oggetto di garanzia rimane nella sfera giuridica dell'imprenditore, ma ne viene previsto il passaggio di proprietà alla banca creditrice solo in un secondo momento, ossia quando non viene rimborsato il finanziamento ricevuto.

L'immobile può essere di qualsiasi natura (terreno, fabbricato strumentale, fabbricato abitativo), ma non può trattarsi dell'abitazione principale del datore di ipoteca, del suo coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado. Alla

⁴⁵ PAGLIANTINI, *op. cit.*

⁴⁶ COSÌ PAGLIANTINI, *op. cit.*

luce della normativa si potrebbe ritenere che possano essere oggetto di questo nuovo istituto anche più immobili, sempre che non siano abitazione principale del proprietario.

Parte della dottrina ha sottolineato che la mancanza nell'elencazione del *partner* di una unione civile non deve costituire motivo di perplessità in quanto l'art. 1, comma 20, della legge n. 76 del 2016 generalizza l'estensione delle disposizioni genericamente riferite al matrimonio o contenenti parole quali «coniuge» o «coniugi» o espressioni equivalenti, «anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

È stata inserita nella legge di conversione la previsione di una apposita pubblicità nella nota di trascrizione del trasferimento sospensivamente condizionato: deve contenere gli elementi di cui all'art. 2839, secondo comma, numeri 4), 5) e 6) del codice civile, ossia il montante ipotecario, la misura degli interessi ed il tempo di esigibilità. Ai fini pubblicitari connessi all'annotazione di cancellazione della condizione sospensiva, il creditore, anche unilateralmente, rende nell'atto notarile di avveramento della condizione una dichiarazione con cui si attesta l'inadempimento del debitore, producendo, altresì, estratto autentico delle scritture contabili di cui all'articolo 2214 c.c. Non può sottovalutarsi che tale disposizione pone una rilevante deroga all'art. 2668 comma 3 del codice civile che statuisce che la dichiarazione, anche unilaterale, relativa all'avveramento o al mancato avveramento può essere posta in essere dalla parte in danno della quale la condizione sospensiva si è verificata.

Nel caso in cui l'imprenditore abbia estinto il mutuo con il pagamento integrale delle rate, entro trenta giorni dall'estinzione dell'obbligazione il creditore deve provvedere, mediante atto notarile, a dare pubblicità nei registri immobiliari del mancato definitivo avveramento della condizione sospensiva.

L'articolo 48-*bis* sancisce l'espressa previsione, nel contratto di finanziamento, di un conto corrente bancario intestato al titolare del diritto reale immobiliare, sul quale il creditore deve accreditare l'importo pari alla differenza tra il valore di stima ed il valore del debito inadempito. Di fatto si tratta dell'unica indicazione effettivamente richiesta dalla legge che deve essere presente nell'atto da stipulare.

Il patto può essere stipulato al momento della conclusione del contratto di finanziamento o, anche per i contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge, per atto notarile, in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali. Qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria.

Dal punto di vista procedurale, una volta verificatosi l'inadempimento, la banca deve notificare al debitore e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare, una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto di trasferimento della proprietà, precisando l'ammontare del credito per cui si procede.

Appare chiaro come il legislatore sia riuscito con questa nuova disciplina a massimizzare il valore della garanzia, cercando di recuperare la tutela del debitore con la previsione della necessità di un suo consenso e con l'intervento di un perito, nominato dal Tribunale del luogo nel quale si trova l'immobile, su richiesta del creditore dopo sessanta giorni dalla notifica anzidetta, perito che dovrà procedere alla stima del valore del bene e, qualora sia superiore al debito, la differenza andrà versata al debitore e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare, al creditore, nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile successivamente alla trascrizione del patto. Nel comma 5 vi è il richiamo al comma 1 dell'art. 1349: è stata riscontrata⁴⁷ l'incongruenza di tale richiamo nel momento in cui la designazione del perito è fatta dal giudice e non di comune accordo tra le parti, come normalmente dovrebbe essere nel caso di patto marcialo. Tuttavia tale superficialità del legislatore deve essere letta in correlazione agli articoli 51 e 568 del codice di procedura civile, anch'essi richiamati nel medesimo comma: si potrebbe aderire all'orientamento⁴⁸ che ritiene che si è in presenza di una forma *ex lege* di perizia contrattuale la cui impugnabilità forse sarebbe legata ai criteri ordinari di errore, dolo e colpa anziché alla manifesta iniquità od erroneità.

Ai sensi del comma 7 art. 48-*bis* t.u.b. il debitore può contestare la valutazione effettuata e, in questo caso, il creditore ha comunque diritto di avvalersi degli effetti del patto ma l'eventuale fondatezza della contestazione incide sulla differenza da versare all'impresa. Comunque è solo con la relazione giurata dell'esperto che si verifica il passaggio di proprietà del bene dato in garanzia.

Non deve essere sopravvalutata la portata innovativa della disciplina dal momento che la prassi conosceva già la forma contrattuale del patto marcialo, avallata dalla giurisprudenza della Suprema Corte, volta ad attenuare il divieto del patto commissorio. Si può dire che le nuove forme offrono un quadro di riferimento più certo alla materia, codificano il patto marcialo con i limiti per l'applicazione dell'istituto per salvaguardarlo dal divieto di cui all'art. 2744 c.c., e con la previsione di ulteriori "paletti" come la presenza di parti soggettivamente qualificate, quali l'imprenditore e la banca, nonché attraverso la valutazione preventiva della gravità dell'inadempimento che determina il verificarsi della condizione.

Il creditore pignoratorio o il creditore titolare di un diritto reale immobiliare sospensivamente condizionato al verificarsi dell'inadempimento della controparte possono agire direttamente sui beni oggetto della loro garanzia mediante la vendita, la locazione o l'appropriazione del bene mobile o mediante l'appropriazione del diritto immobiliare.

Si dà luogo all'effetto di agevolare le vendite forzose degli immobili da parte delle banche, in apparente contrasto con l'obiettivo di aumentare le tutele per

⁴⁷ PAGLIANTINI, *op. cit.*

⁴⁸ PAGLIANTINI, *op. cit.*

i singoli consumatori in quanto la tutela che vuole essere raggiunta riguarda il mercato globalmente considerato. Così vengono inseriti nel nostro ordinamento due nuovi tipi contrattuali che aiutano ad aggirare le lungaggini della giustizia civile, dal momento che può essere gestito privatamente il recupero del proprio credito.

Già con l'approvazione del decreto legge era stato previsto che, nel caso di finanziamento già garantito da ipoteca, il patto marciano trascritto prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria. La legge di conversione ha precisato che la disposizione appena descritta opera anche quando l'immobile è stato sottoposto ad espropriazione forzata in forza di pignoramento trascritto prima della trascrizione del patto marciano ma successivamente all'iscrizione dell'ipoteca, fatti salvi gli effetti dell'aggiudicazione, anche provvisoria, e dell'assegnazione.

È di certo rilievo la presa di posizione del legislatore dell'articolo 2 comma 13-*bis* che sancisce che ai fini del concorso tra i creditori il patto a scopo di garanzia è equiparato all'ipoteca. Da ciò risulta particolarmente evidente la valenza di vincolo che si aggiunge alle altre garanzie reali. Emerge chiaramente che il bene viene espunto dalla garanzia patrimoniale generale e solo l'adempimento del mutuatario può farlo ricollocare nell'ambito dell'art. 2740. Il legislatore è così disposto a sacrificare il contenuto della responsabilità del debitore pur di favorire il soddisfacimento dell'interesse creditorio. Perciò il principio della *par condicio creditorum* si è fortemente indebolito a fronte dell'esigenza di tutela di alcuni crediti.

Si ricorda che, se nel caso del patto marciano riconosciuto dalla giurisprudenza occorre effettuare la nomina del perito già al momento della stipula dell'atto, nell'ipotesi dell'articolo 48-*bis* t.u.b. la nomina del medesimo viene effettuata solo successivamente nel caso di inadempimento.

Il marciano quale forma di autotutela esecutiva privata eccezionalmente consentita dalla legge

L'autotutela è nello Stato moderno in linea di principio vietata ai privati, mentre è riconosciuta alla pubblica amministrazione e viene repressa con sanzioni penali, salvo alcune ipotesi legalmente riconosciute e tassativamente determinate⁴⁹.

Per agevolare il recupero del credito nell'ordinamento italiano sono dunque previsti, in favore del titolare del diritto di credito, strumenti eccezionali volti a fare pressione sulla volontà del debitore, in modo che questi adempia all'obbligazione, senza far ricorso all'autorità giudiziaria.

⁴⁹ Sull'autotutela nel diritto civile cfr. A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Giuffrè, Milano 1984; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Giuffrè, Milano 1971; E. BETTI, voce *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano 1989.

Si tratta di mezzi riconducibili all'autotutela unilaterale⁵⁰, pur se nel codice civile non vi è alcun esplicito riferimento al concetto in esame, attribuiti al creditore e che hanno lo scopo sia di favorire l'adempimento da parte del debitore, che di arginare il danno che potrebbe essere lamentato⁵¹.

In primo luogo si osserva che, contrariamente a quanto previsto per il patto commissorio, ove entrano in gioco anche interessi pubblicistici, in questi istituti è ravvisabile piuttosto l'esistenza di interessi privatistici che incidono sui terzi solo in modo indiretto. Il ricorso all'autotutela dunque può essere funzionale al perseguimento di finalità meritevoli, quali il risparmio dell'attività processuale, la particolare rapidità dell'intervento, il rendimento più adeguato per la tutela degli interessi privati o la più congrua espressione dell'autonomia privata⁵².

L'articolo 1460 del codice civile⁵³ prevede che nei contratti a prestazioni corrispettive ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione se l'altro non adempie o offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede. Si tratta dell'eccezione di inadempimento che costituisce un mezzo di autotutela unilaterale passiva, che pone la vicenda contrattuale in una fase di sospensione. Pertanto quando il contraente inadempiente e che non è pronto ad adempiere chiede che la controparte adempia alla sua prestazione, quest'ultima può assumere un atteggiamento di inattività, eccependo, come è noto, l'*exceptio inadimpleti contractus*, ponendo in essere così una propria, specifica ed autonoma difesa.

Anche per il mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti il codice prevede una forma di autotutela all'art. 1461 c.c. che stabilisce che ciascun

⁵⁰ BETTI, *op. cit.*, pp. 529 ss. dà conto della distinzione che si fa in dottrina tra autotutela unilaterale o consensuale; nell'ambito di quella unilaterale è possibile distinguere a sua volta quella attiva o passiva, in funzione preventiva o reattiva.

⁵¹ AA.VV., *Il recupero del credito*, a cura di B. CIRILLO, Wolters Kluwer, Milano 2014, p. 41. Sul punto chiarisce A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Jovene, Napoli 2011, p. 27, che non si è ritenuto necessario che la lesione abbia provocato un danno, ed è anzi più frequente l'esercizio dell'autotutela per prevenire un danno, mentre resta beninteso necessario, in mancanza di danno che l'interesse sia stato leso almeno nel profilo del suo soddisfacimento, o che sia violata la legittima pretesa, che dall'interesse deriva. È comunque necessaria una lesione o un pericolo di lesione che acquista rilevanza giuridica, ai fini dell'autotutela, anche quando è causa di pericolo o di una molestia, e persino quando configura una semplice contestazione illegittima.

⁵² A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *ibidem*, p. 7.

⁵³ Tale articolo rappresenta una novità rispetto al codice civile italiano del 1865 e al *Code Napoléon*, non essendo presente una disciplina espressa e generale all'*exceptio inadimpleti contractus*. Si legge in DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, che i contrasti più rilevanti in dottrina si sono manifestati intorno all'identificazione del fondamento giuridico dell'*exceptio*, che alcuni avevano individuato nel principio della buona fede, altri nell'equità, altri ancora nel riferimento alla risoluzione, altri infine su principi giuridici compositi.

contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia⁵⁴. La facoltà di sospendere l'esecuzione è diretta a tutelare il contraente *in bonis* che deve adempiere per primo, di fronte al dissesto dell'altro che adempirà in un momento successivo. A tale potere si riconosce prevalentemente la natura di autonomo rimedio cautelare, che non è diretto contro l'inadempimento ma contro il pericolo di inadempimento della controparte. Analogamente all'eccezione di inadempimento, esso quindi ha la funzione di garantire l'uguaglianza delle posizioni delle parti nell'esecuzione del contratto.

Parte della dottrina, più precisamente, riconosce nell'art. 1461 l'esercizio di un diritto potestativo che mira a realizzare una forma di autotutela del diritto del creditore⁵⁵.

Ai sensi dell'art. 1454 c.c. se una parte è inadempiente, l'altra parte può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intende risolto. Il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salva diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore. Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto. La diffida ad adempiere consiste in un negozio unilaterale recettizio sui cui le Sezioni Unite si sono pronunciate ricomprendendo la stessa tra gli atti equiparati ai contratti, consistente nell'esplicazione di un potere unilaterale di disposizione della sorte di un rapporto, di per sé idonea ad incidere direttamente nella realtà giuridica, dando luogo all'automatica risoluzione *ipso iure* del vincolo sinallagmatico, senza necessità di una pronuncia giudiziale, nel caso di inutile decorso del termine assegnato all'altra parte⁵⁶.

Tra gli strumenti di autotutela del credito non può essere taciuto il diritto di ritenzione che si configura come il diritto, riconosciuto al creditore, di trattenere presso di sé una *res* o un'utilità economica che questi dovrebbe restituire al titolare del diritto di proprietà, al fine di indurlo all'adempimento. In sostanza si tratta di una misura coercitiva che si concretizza in una pressione sulla volontà del debitore affinché lo stesso adempia la sua obbligazione. Lo *ius retentionis*⁵⁷ è attribuito in determinati casi dal legislatore ma può essere con-

⁵⁴ Si tratta di una norma introdotta per la prima volta nel nostro codice dal legislatore del 1942, sulla scorta di analoghe disposizioni presenti nel BGB (§ 32 1) e nel *Code fédéral des obligations* (art. 83).

⁵⁵ BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 63.

⁵⁶ Sezioni Unite, Cassazione 15 giugno del 2010, n. 14292.

⁵⁷ Il diritto di ritenzione risale al diritto romano e si ritiene sia stato introdotto dall'autorità del Pretore per attenuare il rigore dell'antico diritto costruito strettamente sullo *ius quiritium*, cui era estraneo ogni principio di equità, sul quale invece era stato fondato in concreto lo *ius retentionis*. Si legge in DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 137, che la fattispecie per

venuto anche dalle parti, purché non venga fatto valere nei confronti dei terzi che non siano stati in grado di conoscerne tempestivamente l'esistenza⁵⁸. Se ci si riferisce ad esempio alla clausola penale vi è l'art. 1384 che predispone un meccanismo di riequilibrio che può essere attivato anche d'ufficio dal giudice⁵⁹ e comunque, secondo i principi generali, al debitore è pur sempre consentito provare l'adempimento o l'impossibilità della prestazione dovuta a causa a lui non imputabile. Le stesse considerazioni valgono per la caparra confirmatoria o per qualsiasi altro sistema di autotutela privata i quali consentono sempre il ricorso all'autorità giudiziaria o ad altre forme equipollenti⁶⁰.

Le disposizioni che prevedono tale diritto conferiscono uno *ius singulare*, non suscettibile di applicazione analogica, come spiegato dalla Suprema Corte⁶¹. A titolo esemplificativo si ricordano le norme che attribuiscono il diritto di ritenzione: l'art. 728 comma 4 in sede di collazione in natura, l'art. 975 comma 2 in tema di enfiteusi, gli artt. 1006 e 1011 per l'usufrutto, l'art. 1152 per il pos-

prima configurata era infatti quella del possessore di buona fede, convenuto in giudizio, dal proprietario della cosa, ed obbligato a restituirla senza avere alcuna garanzia sul suo diritto ad essere rimborsato delle spese sostenute per la conservazione e per i miglioramenti della cosa. Come rimedio a tale obbligo ritenuto ingiusto, il pretore allora consentì al possessore di buona fede di opporre al proprietario in rivendicazione l'*exceptio retentionis*, che divenne pertanto un mezzo di difesa privata con cui, pur senza disconoscere l'altrui pretesa petitoria, si sosteneva un fatto nuovo in grado di modificare del tutto la domanda della parte, o comunque di sospendere il riconoscimento giudiziale.

⁵⁸ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova 2010, p. 637.

⁵⁹ In questo senso si è pronunciata anche la Cassazione a Sezioni Unite 13 settembre del 2005, n. 18128 secondo la quale il potere del giudice di ridurre la penale può «essere esercitato d'ufficio e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, giacché in quest'ultimo caso, la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione, si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita. È questa lettura della norma che porta ad affermare il principio che il potere di diminuire equamente la penale, attribuito dall'art. 1384 c.c. al giudice può essere esercitato anche d'ufficio».

⁶⁰ La stessa funzione di autotutela ricoperta dal diritto di ritenzione rinvenibile negli articoli 1152 e 2746 presenta due limiti, di cui il primo consiste nell'impossibilità per il creditore di appropriarsi del bene in via unilaterale, l'altro rappresentato dalla facoltà comunque goduta dal debitore di far valere in sede di rivendica l'illegittimità della condotta dell'altro contraente, ritornando così nella piena disponibilità del bene.

⁶¹ In tal senso Corte di Cassazione, sezione II, sentenza del 19 agosto 2002 n. 12232, che ha escluso che il diritto di ritenzione possa essere fatto valere nei confronti del fallimento, regolato dalle speciali norme poste a garanzia del diritto di ritenzione e ciò ha indotto la dottrina a non configurare tale diritto come istituto autonomo ed invece a preferire una previsione di ritenzioni tipiche, ciascuna disciplinata da principi generali e da norme relative alla propria figura di riferimento. Occorre dar conto tuttavia di un orientamento favorevole ad un'interpretazione analogica dell'istituto poiché espressione di un principio generale del diritto, fondato su una manifesta ragione di equità.

sessore di buona fede, l'art. 1502 comma 2 nella vendita con diritto di riscatto e l'art. 2756 per il privilegio.

Per evitare che lo *ius retentionis* non sconfini nel reato di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p. la Corte di Cassazione ha illustrato che la semplice ritenzione precaria, effettuata a garanzia di un preteso diritto di credito, conservando la *res* a disposizione del proprietario e condizionando la restituzione all'adempimento della prestazione cui lo si ritiene obbligato, non modifica la natura giuridica del rapporto giuridico e perciò non è configurabile un'ipotesi di appropriazione indebita⁶².

Il codice civile stabilisce all'art. 2044 che non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri⁶³. È stato osservato che la norma prevede nella specie una difesa, che qualifica appunto legittima, per un interesse protetto, e che dà luogo un esonero di responsabilità per l'agente nell'ipotesi in cui questi abbia cagionato un danno⁶⁴.

Da tale norma deriva che la difesa, entro certi limiti, del proprio o altrui interesse è normalmente consentita e non deve essere necessariamente connessa ad un danno, potendone perfettamente prescindere. È opinione diffusa in dottrina che la legittima difesa costituisca una forma di autotutela e che quale esimente, conserva il carattere dell'eccezionalità dell'autotutela. Alcuni ritengono che l'art. 2044 addirittura rappresenti la norma generale sull'autotutela che manca nel nostro ordinamento⁶⁵.

Altro istituto rilevante sotto il profilo oggetto di analisi è lo stato di necessità il cui presupposto è, ai sensi dell'art. 2045 c.c., la sussistenza di un'azione compiuta intenzionalmente allo scopo di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona⁶⁶. In sede civilistica, a differenza di quanto accade in materia penale ove lo stato di necessità fa venir meno l'antigiuridicità del fatto escludendo ogni responsabilità, è ravvisabile una responsabilità in forma "attenuata", in quanto sussiste l'obbligo di corrispondere un'equa indennità, anche se lo stato di necessità sia derivato da un comportamento colposo di un terzo⁶⁷.

⁶² Corte di Cassazione penale, sezione II, sentenza del 23 marzo 2011, n. 17295.

⁶³ La norma è una novella del codice del 1942 in quanto non vi era nel codice del 1865 alcuna menzione della legittima difesa civile.

⁶⁴ DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 176.

⁶⁵ A. SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione del sistema tedesco*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1995, p. 234.

⁶⁶ Nel codice del 1865 mancava una norma espressa sullo stato di necessità, essendovi solo una disciplina in ambito penalistico. Con riguardo al diritto civile lo stato di necessità venne inteso quindi come un'ipotesi di forza maggiore e l'autore del fatto dannoso era considerato esente da qualsiasi obbligo risarcitorio o indennitario.

⁶⁷ DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 199, osserva appunto che lo stato di necessità configura oggi nell'ordinamento civile una forma di autotutela "attenuata", nel senso che il legislatore non legittima con l'art. 2045 *in toto* il comportamento del soggetto necessitato, al quale lascia comunque una responsabilità che lo obbliga a riparare il danno, sia pure con una mera indennità.

La condotta del soggetto deve essere cosciente e volontaria, ma anche oggettivamente contraria ad una norma di legge o di comune prudenza, come sostengono la dottrina e la giurisprudenza secondo un orientamento uniforme sin dagli anni '60⁶⁸. È infine necessario il nesso di causalità tra il comportamento dell'agente necessitato ed il danno causato al terzo, nesso che si esclude quando l'atto è stato compiuto nel tentativo di evitare un danno che si sarebbe in ogni caso verificato, anche senza quell'atto.

Lo stato di necessità, insieme alla legittima difesa, costituisce un'ipotesi generale di autotutela. L'atto compiuto mira infatti a difendere il proprio diritto o l'altrui da un pericolo obiettivo, prescindendo dal concetto di aggressione o di resistenza, consentendo perciò all'agente di mantenere inalterata una situazione giuridica o situazione di fatto esistente. L'atto necessitato, inoltre, è consentito contro qualsiasi pericolo di danno grave alla persona e ciò, costituendo un'ipotesi generale di autotutela, costituisce riconoscimento ufficiale di quest'ultima nel nostro ordinamento giuridico.

Nell'ambito della disciplina del pegno il creditore pignoratizio può realizzare il suo credito, oltre che mediante l'espropriazione del bene oggetto di garanzia, anche attraverso la vendita della cosa ricevuta in pegno attraverso un procedimento extragiudiziario disciplinato dagli artt. 2896 e 2797 c.c. che si sostanzia nella vendita del bene al pubblico incanto ovvero, nel caso in cui si tratta di cosa avente un prezzo di mercato, al prezzo corrente a mezzo di persona autorizzata.

Il procedimento in parola può essere ascritto al novero delle figure di autotutela esecutiva, dato che la realizzazione del credito avviene senza la collaborazione dell'autorità giudiziaria, poiché la legge consente al creditore di difendere le proprie ragioni in forma privata⁶⁹.

Sono autorizzate dalla legge anche forme di autotutela di carattere convenzionale come l'arbitrato di cui all'art. 806 ss del codice di procedura civile, la confessione stragiudiziale di cui all'art. 2735 c.c. e la cessione dei beni ai creditori di cui all'art. 1977 c.c.

Non si può ritenere che sia sufficiente il riconoscimento del carattere disponibile degli interessi in gioco per poter sostenere la legittimità di un potere convenzionale di autotutela soddisfacente. La questione deve essere analizzata sotto un altro profilo, ossia sulla possibilità per i privati di derogare al principio che riserva al potere pubblico la tutela processuale dei diritti. La tutela del proprio interesse operata direttamente dall'interessato vietata al privato è caratteristica dello Stato moderno e, per l'appunto, al privato è permesso, solamente in

⁶⁸ Vedi per tutte Cassazione penale, sezione II, sentenza del 3 marzo 1983 n. 730.

⁶⁹ Così C.A. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Cedam, Padova 2012, p. 98. Tuttavia l'Autrice osserva che «è solo la mancanza di creditori muniti di titolo esecutivo, ovvero la loro inerzia a consentire al creditore pignoratizio di soddisfarsi in autotutela».

casi tassativamente determinati, di provvedere a conservare e ad attuare quello stato di fatto che sia conforme al suo diritto o che sia minacciato.

Un indice dell'orientamento del legislatore si desume proprio dal divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., ove è ravvisabile l'impostazione legislativa diretta ad escludere l'assoggettamento del debitore a poteri di autotutela soddisfattoria del credito. Non può essere sottratta in via definitiva al potere pubblico la funzione di accertare l'inadempimento contrattuale e, il patto commissorio, a differenza di tutte le altre forme di autotutela previste dall'ordinamento, si caratterizza per la realtà e retroattività, caratteri che attribuiscono al privato poteri incontrollabili e il cui esercizio intende essere frenato.

Attenta dottrina⁷⁰ ha valorizzato, altresì, la collocazione sistematica del divieto nel codice del 1942: non può essere priva di rilevanza la scelta di introdurre, nel passaggio dalla vecchia alla nuova codificazione, il libro sesto rubricato «Della tutela dei diritti» che raccoglie, oltre al già menzionato divieto, altri istituti strumentali alla protezione dei diritti soggettivi. Sembra come se si sia voluto creare un contenitore in grado di collocare coerentemente istituti che, seppur diversi per struttura e funzione, hanno la medesima *ratio* di definire gli ambiti di intervento pubblico nella gestione del conflitto privato di matrice civilistica.

Sembrerebbe che il legislatore voglia evitare non tanto la possibilità di un arricchimento ingiusto che risulterebbe dal patto, quanto piuttosto la stessa possibilità di un autosoddisfacimento da parte del creditore⁷¹, dato che sussiste il monopolio statale della tutela giuridica, come risulta nel codice civile dall'art. 2907 ove si legge che «alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria ordinaria», e nel codice penale che agli articoli 392 e 393 sanziona per «esercizio arbitrario delle proprie ragioni» chi, potendo ricorrere al giudice, preferisce reagire contro il torto facendosi giustizia da sé⁷². Ancora, l'art. 474 c.p.c. prevede che «l'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo» e non può scordarsi che per esecuzione forzata deve intendersi anche quella che lo Stato garantisce ai privati in via di autotutela. Il titolo esecutivo è l'unico strumento adatto a garantire che il credito per il quale si controverte sia realmente esistente e, dunque, che sia effettivamente sussistente l'inadempimento contrattuale del debitore⁷³.

⁷⁰ G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. Impr.*, III/2016.

⁷¹ BETTI, *op. cit.*, p. 529, ove si legge che la legge «riprova e combatte non tanto il risultato possibile, quanto il modo di perseguirlo: d'autorità, cioè, dell'interessato, con sopraffazione di un altro, pur consenziente: giacché tale sopraffazione è sempre possibile laddove non arrivi il controllo statale».

⁷² DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 6.

⁷³ BRIANDA, *op. cit.*, p. 809. L'Autore ricorda poi che il principio in base al quale è riservato al potere pubblico l'esercizio delle funzioni di accertamento dell'inadempimento ed esecutiva era già presente nel diritto consuetudinario francese, poi parzialmente cristallizzatosi nel *Code Napoléon* e, quanto alla nostra esperienza, nel Codice Civile del 1865. Esso si mostrava

Quanto all'affermazione secondo cui porre ostacoli all'autotutela significherebbe bloccare l'autonomia privata delle parti, deve osservarsi che la libertà concessa ai privati dall'ordinamento attiene ai profili sostanziali dei loro rapporti, nel senso che questi possono essere liberamente modellati per ottenere gli effetti negoziali desiderati, anche se non ricompresi nelle fattispecie legislativamente previste. Invece l'attribuzione di un potere di autotutela esecutiva attiene all'aspetto processuale del rapporto medesimo, pertanto è evidente che di essi le parti non possano liberamente disporre se non quando loro espressamente consentito⁷⁴.

Il rapporto con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali

L'analisi che segue intende porre in evidenza come la vendita con scopo di garanzia potrebbe porsi in contrasto con la tipicità dei diritti reali, principio della tradizione civilistica continentale.

Si osserva che è chiaro che risulta per lo più impossibile che il legislatore riesca a dare, *ex ante*, autonomo rilievo a tutti gli interessi astrattamente configurabili che le parti vogliano poter perseguire. Dunque l'interesse generale ad un'equilibrata evoluzione dei regimi proprietari è inconciliabile con una applicazione univoca della regola della tipicità? Non può comunque affermarsi che, pur di favorire la circolazione di ricchezza, si debba addirittura giungere a conclusioni "azzardate", quali l'accantonamento del principio del *numerus clausus*, senza aver prima vagliato il suo fondamento ed il tipo di interesse che intende perseguire nell'ordinamento moderno.

Appare largamente condiviso in dottrina che la regola del numero chiuso rappresenti un principio di ordine pubblico economico, sintesi di istanze di politica del diritto che, nel tempo, hanno influenzato il regime degli interessi privatistici.

Com'è noto, il concetto di ordine pubblico è variabile nel tempo e nello spazio, è "flessibile" di fronte all'evoluzione del sistema giuridico, e pertanto occorre verificare se vi sia ad oggi un valido fondamento conciliabile con le mutate esigenze del mercato. È stata posta in discussione da più fronti l'impo-

con tutta la sua evidenza con riferimento al diritto di ipoteca, per il cui esercizio era previsto un ben preciso procedimento di tipo esecutivo.

⁷⁴ In tal senso vedi BETTI, *op. cit.*, che afferma che il potere di autotutela, poi, non può essere giustificato in termini assoluti come espressione dell'autonomia privata, poiché le forme di autotutela implicano l'ingerenza nell'altrui sfera giuridica mentre l'autonomia privata non può essere esercitata a danno dei terzi. Anche G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Giuffrè, Milano 1984, p. 98, riferisce di una generale ostilità del legislatore verso «tutte quelle forme di autotutela diverse dai tipi legalmente autorizzati e, in particolare, all'assoggettamento convenzionale del debitore al potere del creditore di conseguire direttamente con la propria azione il bene dovuto, senza ricorrere agli organi giurisdizionali», al fine di evitare l'abusivo esercizio della situazione creditoria, pur nei confronti di un soggetto consenziente.

stazione secondo cui il fondamento della tipicità dei diritti reali risiederebbe nell'esigenza di impedire che la frammentazione della proprietà dei beni possa determinare un'allocatione poco efficiente⁷⁵. È stato anche osservato che le logiche del mercato sembrerebbero porsi nella direzione opposta: il problema non sembra quello di evitare l'imposizione di vincoli che possano condurre ad una immobilizzazione e ad uno sfruttamento inefficiente del bene, quanto piuttosto le esigenze del mercato sembrano essere quelle di individuare nuovi meccanismi che permettano di sfruttare al massimo i beni e le risorse.

In primo luogo si osserva che dell'adesione all'una piuttosto che all'altra tesi relativa al fondamento del principio consente di vagliare la sua compatibilità con le mutate esigenze della prassi.

Alcuni⁷⁶ hanno ritenuto che il fondamento sarebbe rappresentato dalla inestendibilità, *ex art.* 1372, nei confronti dei terzi del regolamento contrattuale al di fuori dei casi previsti dalla legge. Contro tale impostazione è stato osservato che ciò che è inammissibile è l'efficacia diretta nei confronti dei terzi mentre sarebbe possibile un mero effetto indiretto.

Altro orientamento⁷⁷ vorrebbe fondare il principio del numero chiuso sull'assenza di una norma che attribuisca ai privati un grado di autonomia analogo a quello riconosciuto loro in materia di rapporti obbligatori, come appunto l'art. 1322 c.c.

Invero, già da una mera interpretazione letterale della norma, può desumersi che la facoltà di autodeterminazione del regolamento di interessi delle parti possa riferirsi tanto agli effetti obbligatori quanto agli effetti reali, non effettuando la norma alcuna differenza in ordine agli effetti del negozio.

Ulteriore tesi⁷⁸ estende il principio dell'art. 1379 c.c., che limita sul piano obbligatorio i vincoli all'inalienabilità pattuiti con un contratto ad ogni pattuizione che comporti limitazioni incisive al diritto di proprietà. Sul punto sembra opportuno sottolineare che l'art. 1379 c.c. non appare, alla luce di un confronto con altre disposizioni del sistema, norma che possa porre ogni limite al potere di disposizione esercitabile dai consociati sulle proprie risorse.

⁷⁵ Le ragioni sottese al principio del *numerus clausus* dei diritti reali sono comunemente individuate nell'esigenza di politica economica di assicurare il più intenso sfruttamento della ricchezza e la sua massima circolazione. In estrema sintesi secondo questa tesi tale principio sarebbe giustificato dall'esigenza di impedire che la frammentazione della proprietà dei beni possa determinare una allocatione poco efficiente. In questo senso per tutti cfr. F. GALGANO, *Diritto privato*, sesta edizione, Cedam, Padova 1990, p. 155.

⁷⁶ Vedi A. NATUCCI, *Numerus clausus e analisi economica del diritto*, in *Nuova Giurispr. Civ. Comm.*, II/2011, pp. 319 ss.

⁷⁷ A. BURDESE, *Considerazioni in tema di diritti reali (a proposito di una recente monografia)*, in *Riv. Dir. Civ.*, II/1977, pp. 307 ss.

⁷⁸ M. MASUCCI, *L'indisponibilità negoziale. Vincoli al potere di disposizione del titolare. Una ricerca in fieri*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Giuffrè, Milano II/2009, p. 1741.

Degno di particolare nota è poi l'orientamento⁷⁹ che ravvisa quale fondamento del numero chiuso l'art. 2643 c.c. che delimita con estrema precisione i diritti reali soggetti a trascrizione.

Ebbene, aderendo a quest'ultimo orientamento, si potrebbe valutare l'esistenza di un rischio che il principio di tipicità intende scongiurare: il proliferare di diritti reali potrebbe creare problemi ad una corretta circolazione dei beni poiché un numero eccessivo di tale tipologia di diritti "nuovi" e di incerto contenuto non favorisce la sicurezza delle contrattazioni, dando luogo piuttosto ad un intralcio all'alienazione dei beni ed al ricorso al credito, con delle forti inefficienze per il mercato⁸⁰.

È condivisibile l'opinione di autorevole dottrina secondo cui «Alla fine, queste, e solo queste, sono a ben vedere le ragioni di ordine pubblico condivise ancora oggi dalla maggioranza dei giuristi e tali da giustificare il vecchio principio della tipicità dei diritti reali. Si osserva infatti che una efficiente circolazione dei beni deve comportare la certezza dei poteri che competono al proprietario e ai titolari di diritti reali opponibili a terzi. In caso contrario, i terzi contraenti non sarebbero in grado di avere le informazioni corrette per accertare le criticità esistenti e quindi il valore del bene stimando correttamente i rischi connessi all'acquisto. I terzi creditori, parimenti, non potrebbero accertare se le garanzie che richiedono (e che il loro debitore è disposto a concedere), possono assicurare i loro crediti in modo adeguato»⁸¹.

Il problema non è rappresentato dall'organizzazione efficiente della proprietà e dei *nuovi* diritti reali, ma piuttosto dalla possibilità di dare informazioni chiare sul contenuto dei diritti reali medesimi ai terzi acquirenti, ai creditori o ad altri terzi interessati, ossia quello che è stato definito un problema di *comunicazione*⁸². Quindi si può sostenere che il principio del numero chiuso dei diritti reali abbia tuttora valide ragioni giustificatrici, ma si tratta di ragioni ben diverse da quelle che era consuetudine tradizionalmente indicare.

Senza entrare nel tema dei rapporti tra tali riflessioni e il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, va avvertito che gli approfondimenti svolti mettono in evidenza che informazioni puntuali favoriscono una più efficiente circolazione dei beni anche sotto il profilo dell'analisi economica del diritto.

La ragione per mantenere il numero chiuso può perciò essere rappresentata dalla necessità di avvertire in anticipo i potenziali acquirenti in ordine alla

⁷⁹ Così G. BARALIS, *I diritti reali di godimento*, in *Diritto civile*, coordinato da A. ZOPPINI, *La proprietà e il possesso*, Giuffrè, Milano 2009, vol. II, pp. 169 ss.

⁸⁰ U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali*, Giuffrè, Milano 2008, vol. I, p. 75.

⁸¹ U. MORELLO, *ibidem*, p. 76.

⁸² Così U. MORELLO, *ibidem*, p. 80. Anche nel sistema statunitense viene utilizzato solo un numero limitato di categorie di *property rights*, anche se ciò non significa che il numero sia completamente chiuso. In tal senso T.W. MERRILL - H.E. SMITH, *Optimal Standardization in the Law of Property: The numerus Clausus Principle*, in *Yale Law Journal*, 1/2000, p. 6.

concreta situazione giuridica di ciò che stanno per acquistare⁸³. Tale obiettivo viene comunemente perseguito, nei sistemi moderni, tramite la pubblicità immobiliare: è attraverso la standardizzazione e tipizzazione che si esclude che la sola autonomia privata possa dar luogo a nuovi diritti reali, dato che il Conservatore dei Registri Immobiliari deve ricusare di ricevere gli atti che non siano previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 2674 c.c., e nessun sistema di pubblicità potrebbe funzionare se i privati avessero diritto di trascrivere qualunque atto.

Tuttavia tale principio deve essere coordinato con le nuove esigenze del mercato, al fine di evitare che venga imposto in forza di un particolare approccio interpretativo stimolato dal *retroterra culturale* del codice civile e volto a scongiurare che da una piena disponibilità delle situazioni dominicali possano derivare «vincoli eccessivi per la proprietà, con danno sensibile nella circolazione dei beni»⁸⁴.

Si può effettuare un confronto con l'ordinamento francese ove è diffusa opinione tra i giuristi che il principio del numero chiuso sia ancora oggi a fondamento del sistema dei diritti reali e sia fondato su ragioni di *ordre public economique*, oltre che espresso dall'art. 543 Code Civil⁸⁵.

La giurisprudenza francese ha cercato nel tempo di legittimare assetti di interessi che, nella sostanza, configuravano nuovi diritti reali, come emersi nella prassi. Poi con la legge 19 febbraio 2007, n. 2007-211 è stata introdotta nell'ordinamento francese la *fiducie*⁸⁶, istituto che è il risultato di un dibattito durato

⁸³ A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA - P. ZATTI, Giuffrè, Milano 1990, p. 68.

⁸⁴ Così già F. BIANCHI, *Nota a Cassazione, 18 febbraio 1889*, in *Foro Italiano*, I/1889, p. 742.

⁸⁵ Tale articolo recita che non si possono avere sui beni se non un diritto di proprietà o un semplice godimento o soltanto servizi fondiari da pretendere.

⁸⁶ La legge indicata ha introdotto nel libro III del *Code Civil* un titolo XIV (*de la fiducie*) che disciplina le operazioni fiduciarie. Gli aspetti maggiormente salienti della disciplina sono i seguenti: l'art. 2011 descrive la *fiducie* come l'operazione attraverso cui uno o più disponenti trasferiscono dei beni, dei diritti o delle garanzie, presenti o futuri, a uno o più fiduciari, che li conservano in un patrimonio separato dal loro, agendo per il perseguimento di un determinato scopo ovvero a vantaggio di uno o più beneficiari. L'art. 2012 del Code Civil, oltre al contratto, indica la legge quale fonte istitutiva della *fiducie*. Lo schema è quello di un contratto a favore del terzo in quanto la stipulazione è tra il disponente ed il fiduciario, L'art. 2013 esclude che la *fiducie* possa essere costituita per spirito di liberalità, cioè a pena di nullità. L'art. 2019 sancisce l'obbligo, sotto pena di nullità, di registrare gli atti con cui si costituisce o si modifica il contratto di *fiducie* presso il servizio delle imposte della sede del fiduciario o, nel caso che il fiduciario non sia domiciliato in Francia, presso il servizio delle imposte dei non residenti. L'art. 2020 prevede, inoltre, l'istituzione di un apposito registro nazionale dove saranno contenuti i dati dei soggetti coinvolti dalle operazioni fiduciarie, i dati relativi a ciascuna *fiducie*, nonché i dati relativi alla registrazione effettuata ai fini della pubblicità immobiliare. L'art. 2016 consente al disponente di nominare se stesso o il fiduciante quale beneficiario. Infine la disciplina della *fiducie* contempla la possibilità per il disponente di nominare un terzo, ai sensi dell'art. 2017, affinché si assicuri che siano preservati gli interessi posti a fondamento della *fiducie*.

quasi venti anni, proprio per il contrasto con il principio di tipicità dei diritti reali e con il dogma dell'unitarietà della responsabilità patrimoniale. Ebbene, allo stesso modo, con la riforma delle garanzie reali, in particolare dell'art. 2348 del *Code Civil*, portante una limitazione dell'applicazione del divieto del patto commissorio, si assiste alla introduzione di una forma di proprietà avente funzione di garanzia⁸⁷.

Queste tendenze dell'ordinamento francese, modello di riferimento del nostro ordinamento, possono tuttavia essere giustificate solo se si aderisce all'orientamento da ultimo segnalato sul nuovo fondamento del numero chiuso. Perciò, se il fondamento è riconducibile all'esigenza di tutela di tutti i terzi interessati, si potrebbero assicurare adeguate forme di tutela di tutti i terzi interessati, si potrebbero assicurare adeguate forme di pubblicità di queste *nuove declinazioni* delle forme di diritti reali – non veri e propri diritti reali – dirette a consentirne l'opponibilità a terzi. Invero non si avrebbe così una violazione del *numerus clausus* né uno *smembramento* della proprietà ma si tratterebbe della proprietà nella sua concezione classica *arricchita* di una causa in garanzia, oltre che quella di scambio cosa-contro prezzo, effettuando una valutazione concreta, come indicato dalla giurisprudenza ormai consolidata.

La *ricchezza* della causa potrebbe essere debitamente pubblicizzata nel quadro D della nota di trascrizione, così evitando le incertezze che potrebbero porsi sul mercato, in quanto i terzi creditori che entrano in contatto con il titolare del bene potranno sapere su quali beni effettivamente fare affidamento consultando i pubblici registri. Infatti dal quadro D devono risultare, oltre ad eventuali condizioni, patti di natura reale ed indicazioni utili, l'effettiva consistenza delle unità immobiliari oggetto dell'atto ed altre informazioni utili per i terzi⁸⁸.

Dai registri risulterebbe la *declinazione* della titolarità del diritto, senza che sia necessario riportare l'intero regolamento contrattuale. D'altronde sono informazioni semplici e facilmente standardizzabili ai fini della trascrizione nei pubblici registri che consentono all'autonomia privata di perseguire risultati di cui emerge l'esigenza nella prassi, sulla base di categorie e istituti già vigenti

⁸⁷ MEZZANOTTE, in *op. cit.*, p. 858, parla dell'ordinamento francese come «centro propulsore di quell'ampio programma di riforme che, a partire dal XIX secolo, ha investito i Paesi dell'Europa continentale, portando allo smantellamento del sistema di rapporti fondato sul privilegio e sulla frammentazione degli statuti dominicali, all'innalzamento della proprietà – proclamata sacra ed inviolabile – a diritto fondamentale sui beni, alla conseguente limitazione di ogni vincolo che potesse gravarla in modo permanente».

⁸⁸ Si ricorda che l'opinione dominante ritiene che vi sia la prevalenza della nota sul titolo in ipotesi di divergenza tra gli stessi. Cfr. E. FABIANI, *Trascrizione erronea, apparenza del diritto, pignoramento e conflitto fra più "pretendenti" in relazione al medesimo bene*, in *Riv. Dir. Civ.*, II/2005, p. 543. Infatti non potrebbe pretendersi il necessario riferimento al titolo invece che alla nota dal momento che il terzo, nell'espletare le indagini nei pubblici registri, dovrebbe sempre consultare tutti i titoli: in tal senso cfr. V. TAGLIAFERRI, *Circolazione dei beni immobili e trascrizione*, in *Trattato dei diritti Reali*, cit., p. 838.

nel nostro ordinamento, senza necessità di introdurre istituti *ab hoc*, come si è fatto nell'ordinamento francese.

È chiaro ormai che la nozione di proprietà unitaria e compatta non appare più pienamente idonea a cogliere le molteplicità di operazioni tramite cui le utilità di un bene possono essere ripartite tra più soggetti; e se in passato la funzione di garanzia veniva perseguita tramite il negozio fiduciario, avente effetti solo obbligatori, ora gli strumenti utilizzati sono già di per sé opponibili *erga omnes*.

Infatti mediante il negozio fiduciario un soggetto investe un altro soggetto della proprietà di un bene o di altro diritto reale: la titolarità è piena per quanto concerne i terzi mentre è destinata ad essere circoscritta da pattuizioni di carattere obbligatorio nell'ambito dei rapporti tra le parti. In caso di inadempimento del fiduciario rispetto agli obblighi assunti con il fiduciante non vi sarebbe altro rimedio che il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento del *pactum fiduciae*, essendo esclusa una rilevanza esterna del c.d. *pactum fiduciae* medesimo⁸⁹.

Non può l'effetto reale essere l'unico motivo per dar luogo alla violazione dell'art. 2744 nel caso di alienazione con causa *colorata* dall'elemento della garanzia, dato che i terzi ben possono essere a conoscenza di tale requisito a mezzo di adeguata pubblicità⁹⁰ nel quadro D.

E così se il *trust*, per la funzione svolta, è stato assimilato alla fiducia *cum amico*, allora l'alienazione in garanzia può essere assimilata alla fiducia *cum creditore*. Se per il *trust* il problema della opponibilità è stato risolto tendenzialmente effettuando una trascrizione ai sensi dell'art. 2645-ter, per l'alienazione in garanzia si deve trovare un adeguato sistema pubblicitario che, come anticipato, può essere quello ai sensi dell'art. 2643 n. 1) con relativa annotazione nel quadro D della descrizione della causa in garanzia.

Certamente si potrebbe auspicare l'introduzione di una norma *ad hoc*, legata alle esigenze della prassi, come d'altronde è avvenuto per il vincolo di disposizione di cui all'art. 2645-ter, ma già l'attuale sistema può dare risposte alle richieste del mercato, senza dover attendere l'intervento *salvifico* di carattere specifico del legislatore.

Tale ragionamento può perciò sanare un eventuale contrasto con il principio del *numerus clausus*. Invero si potrebbe anche ritenere che nelle alienazioni a scopo di garanzia non vi è proprio alcuna limitazione ai poteri di cui all'art. 832 del proprietario. Sono infatti riconosciuti il diritto di godere e di disporre in

⁸⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Giuffrè, Milano 2000, vol. III, p. 673.

⁹⁰ Si ricorda che oggetto della pubblicità non è l'atto ma l'effetto. Così F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. del Codice Civile*, diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano 1998, vol. I, p. 100, dove si sottolinea che non si deve confondere tra documento da esibire unitamente alla nota di trascrizione ed effetto prodotto dall'atto documentato. La trascrizione dell'atto è solo strumentale al fine di poter opporre ai terzi la vicenda circolatoria che all'atto si ricollega. Tale vicenda i terzi la possono conoscere, infatti, solo consultando la nota di trascrizione per risalire poi al documento depositato.

modo autonomo ed indipendente, sia pur temporaneamente per l'apposizione della condizione. Ma è proprio il legislatore che ha previsto la possibilità di apporre ai negozi la condizione, sospensiva o risolutiva che sia.

Anche la collocazione del divieto del patto commissorio nell'ambito del Libro VI sulla tutela dei diritti potrebbe essere indice del fatto che il problema delle alienazioni in garanzia potrebbe porsi solo in correlazione alla responsabilità patrimoniale, non anche con il diritto di proprietà di cui al Libro II del Codice Civile.

L'ammissibilità di una generalizzata causa "in garanzia"

Il legislatore, con i recenti interventi normativi, ha aperto un varco alla generalizzazione di una causa in garanzia o, al contrario, i requisiti soggettivi richiesti rappresentano una vera e propria limitazione poiché, al di fuori di quanto espressamente positivizzato, si corre il rischio che le parti attribuiscano un'apparenza di liceità ad un negozio che, invero, è illecito?

Ebbene, l'attuazione della direttiva europea n. 17 del 2014 con il d.lgs. 21 aprile 2016 n. 72, in vigore dal 4 giugno 2016, che introduce nel Testo Unico Bancario l'articolo 120-*quinquiesdecies*, prevede che le parti possano convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. La stima del valore del bene è eseguita con l'intervento di un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente, con perizia successiva all'inadempimento. Detta disciplina è stata introdotta in adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza alla Comunità Europea da parte dell'Italia ed è riferibile esclusivamente al *consumatore*, la cui definizione deve essere individuata sulla base del Codice del Consumo di cui al d.lgs. 206 del 2005.

Considerato il dibattito europeo in materia⁹¹, già da molto tempo la dottrina segnalava l'esigenza di riformare in modo organico il diritto nazionale delle garanzie e numerosi studi e rapporti internazionali osservavano, infatti, che gli ostacoli più incisivi all'efficienza del sistema di finanziamento delle imprese e, dunque, fattori frenanti per lo sviluppo dell'economia siano rappresentati

⁹¹ Cfr. *ex multis* il volume speciale *The future of Secured Credit in Europe*, in *Europe in European Company and Financial Law Review*, 2008.

proprio dalle rigidità e dalla frammentarietà di tale disciplina giuridica. Né può avanzarsi, in senso ostativo, la natura di *civil law* del nostro ordinamento, posto che si è proceduto a riforme organiche del sistema delle garanzie reali nell'ordinamento francese, come illustrato.

Il 3 luglio 2016 è entrata in vigore la legge 30 giugno 2016 n. 119, di conversione del decreto legge n. 59 del 3 maggio 2016 (meglio conosciuto come "Decreto Banche"), recante «disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione», che ha introdotto nel Testo Unico Bancario l'art. 48-*bis* secondo cui il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca (od altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico) può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore garantito, o di altro soggetto a questi collegato, della proprietà di un immobile o di altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore, quindi senza la necessità per la banca di adire l'autorità giudiziaria ai fini dell'escussione della garanzia. In caso di inadempimento, il creditore ha diritto di valersi degli effetti del patto purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento. Il bene diventa automaticamente, attraverso la condizione sospensiva, di proprietà dell'istituto bancario; la conseguenza del meccanismo dell'art. 48-*bis* è la seguente: come tutte le alienazioni sotto condizione sospensiva, il titolo idoneo al trasferimento della proprietà è l'atto stipulato originariamente, essendo un atto perfetto, seppur con effetti sospesi, e dunque l'alienante sotto condizione deve effettuare tutte le menzioni urbanistiche relative all'immobile.

La disciplina dell'art. 48-*bis* non deriva da esigenze europee ma da fatti puramente interni: l'obiettivo del legislatore italiano è di agevolare la riscossione del credito per il caso d'inadempimento, sia pur per la sola ipotesi di rapporto tra istituto bancario ed imprenditore.

Deriva da esigenze meramente italiane anche il prestito vitalizio ipotecario di cui alla legge n. 44 del 2015 che, stante la mancata diffusione dell'istituto già presente nell'ordinamento dal 2005, è stato oggetto di un intervento volto ad una rivitalizzazione di questa particolare forma di finanziamento a soggetti anziani di età.

Un dato emerge in modo chiaro: nell'arco di due anni sono stati effettuati ben tre interventi, sia pur settoriali, che apparentemente hanno dato luogo ad una ancor più diffusa frammentarietà del sistema di disciplina delle garanzie reali, interventi diretti a positivizzare il patto marcano, di cui due sono stati mossi dal legislatore italiano, senza alcuno stimolo europeo.

L'art. 48-*bis* sembra essere la normativa più completa tra tutti i frammenti delle altre precedenti, quasi a completare la gestazione del c.d. marcano, evidenziando, in tal modo, la meritevolezza degli interessi perseguiti qualora vi sia la restituzione dell'eccedenza.

Orbene qualche mese prima dell'introduzione del c.d. decreto Banche la Suprema Corte ha ritenuto lecito il patto marcialo nella sua forma più classica, sancendo il principio, già noto, secondo cui «Perché la c.d. clausola marciala possa conseguire l'effetto di superare i profili di possibile illiceità del *lease back*, occorre che essa preveda, per il caso ed al momento dell'inadempimento, ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria, un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a una persona indipendente ed esperta, la quale a detti parametri farà riferimento (art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell'*an* e del *quantum* della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore. La pratica degli affari potrà poi prevedere diverse modalità concrete di stima, purché siano rispettati detti requisiti. L'essenziale è che dalla struttura del patto risulti che le parti abbiano in anticipo previsto che, nella sostanza dell'operazione economica, il debitore perderà eventualmente la proprietà del suo bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell'inadempimento, perché il *surplus* gli sia senz'altro restituito. Non è invece necessario che la clausola marciala subordini, altresì, alla condizione del pagamento della differenza l'acquisizione del bene da parte del creditore: infatti, così come per il divieto di cui all'art. 2744 c.c., anche la clausola marciala può essere in concreto articolata non solo nel senso di ancorare all'inadempimento il trasferimento della proprietà del bene, ma pure il consolidamento dell'effetto traslativo già realizzato, che si verificherà solo ove sia corrisposta l'eventuale differenza»⁹².

Vi è di più. Qualche mese dopo la Cassazione si è pronunciata sul carattere del divieto di cui all'art. 2744 c.c. secondo cui «è nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno». A conferma del consolidato orientamento giurisprudenziale in materia, la Suprema Corte ha chiarito la specifica funzione perseguita dal divieto del patto commissorio, divieto che «si estende a qualsiasi negozio, ancorché di per sé astrattamente lecito, che venga impiegato per conseguire il concreto risultato, vietato dall'ordinamento, di assoggettare il debitore all'illecita coercizione da parte del creditore, sottostando alla volontà del medesimo di conseguire il trasferimento della proprietà di un suo bene, quale conseguenza della mancata estinzione di un debito»⁹³.

Emerge così che lo schema negoziale delineato con l'art. 48-bis TUB, introdotto dopo le pronunce indicate, non è altro che quanto anticipato con le sentenze della Suprema Corte. In sostanza la giurisprudenza ha ribadito in modo chiaro l'orientamento tradizionale e, se prima il legislatore non dava seguito

⁹² Sentenza Cassazione Civile, n. 1625 del 2015 già citata.

⁹³ Sentenza Cassazione Civile, sezione II, 21 gennaio 2016 n. 1075.

alle indicazioni della Cassazione, come derivanti da esigenze della prassi, ha poi salvato alcune ipotesi di alienazioni in garanzia, particolarmente diffuse. Si potrebbe ritenere allora che sono le esigenze del mercato, tramite la giurisprudenza, che hanno influenzato il recente intervento legislativo, suffragato dal fatto che, invero, il cd. patto marciano di per sé, come già analizzato, non rientra nella violazione di cui all'art. 2744 c.c.

Allora, sulla base di queste ultime considerazioni ci si deve domandare se il legislatore abbia legittimato solo il patto marciano a parti soggettivamente qualificate come normativa speciale, non suscettibile di applicazione analogica, ovvero se abbia piuttosto dettato una regola completa, avente carattere meramente esemplificativo di una particolare situazione, maggiormente diffusa nella prassi, legittimando così la causa con funzione di garanzia. Come osservato, appare plausibile ritenere che si tratti di una disciplina di più ampia portata, cui si potrebbe far riferimento anche al di là dell'ambito specificamente previsto. D'altronde, se così non fosse, si avrebbe il rischio di una illegittimità costituzionale della normativa che prevede la possibilità di soddisfarsi con preferenza su un determinato bene solo per il creditore che riveste la qualifica di ente bancario⁹⁴.

Se si aderisce a questa impostazione si può dire che il nostro ordinamento non è di molto cambiato rispetto al passato. Gli istituti da ultimo introdotti sono in linea con quanto già legittimato dalla giurisprudenza, semplicemente risultano codificati in modo espresso, e con riguardo ad ipotesi soggettivamente ed oggettivamente delimitate. Ciò in linea con le esigenze del mercato nazionale volto ad una apertura verso la finanza e l'economia globalizzata.

Non vi è dubbio che, in un mercato sempre più interconnesso, sia molto più utile per l'interprete il confronto con ordinamenti europei che conoscono discipline simili, piuttosto che ricostruzioni basate sull'analisi del mero dato interno, visto che i principali istituti di credito operano indistintamente all'interno del mercato comune e le modalità e le caratteristiche dei prodotti finanziari offerti sono sostanzialmente le medesime in tutti i Paesi dell'Europa. In effetti si sarebbe potuta adottare una riforma strutturale del sistema, come avvenuto in Francia nel 2006, non limitata ad alcune fattispecie indicate in modo specifico. E così, se nell'ambito delle garanzie personali si è vista una evoluzione strutturale, analoga esigenza è emersa nell'ambito delle garanzie reali. Se si valorizzano determinati interessi è possibile impiegare delle tecniche che mostrano come gli effetti propri della funzione di garanzia reale possono essere prodotti anche facendo ricorso a strumenti diversi da quelli tradizionali del pegno e dell'ipoteca, caratterizzati da una maggiore elasticità, al fine di soddisfare i bisogni del mercato.

⁹⁴ Vi sarebbe una violazione dell'art. 3 della Costituzione per disparità di trattamento.

Abstract

In this article it has been analysed the agreement in fraud to the prohibition consecrated in the article 2744. In the latest years the legislator has introduced in the legal italian sistem some legal mechanisms only for determinated topics and for determinated objects. These topics are similar to the agreement that has been considered legal by the case-law for decades. After having analysed the new discipline, the work analyses how it intertwines with national law.



Note in merito alla legge contro il cyberbullismo

Iside Castagnola

Generalità e riferimenti costituzionali

La legge numero 71 del 29 maggio 2017 recante “Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione e il contrasto del fenomeno del cyberbullismo” ha introdotto nell’ordinamento giuridico una disciplina speciale in materia di cyberbullismo. Già da alcuni anni il legislatore aveva provato ad intervenire per arginare il fenomeno, sempre più dilagante ed afflittivo tra i giovani: a tal proposito si segnala, tra tutte le normative che si sono susseguite in materia, il decreto legge 14 agosto 2013 numero 93, con cui era stata introdotta un’aggravante speciale ad effetto comune per gli atti persecutori commessi «attraverso strumenti informatici o telematici», che però non operava distinzioni tra condizione di maggiorenne o minorenne dei soggetti coinvolti. Invece con la nuova legge si introduce per la prima volta una disciplina complessiva e specifica in materia, predisponendo un sistema di rimedi sia in fase preventiva sia successivamente al comportamento sanzionato¹.

Negli anni passati la cronaca ha reso tristemente note alcune vicende legate a condotte di cyberbullismo, evidenziando la necessità di un intervento normativo in materia.

L’art. 2 della Costituzione eleva a principio fondamentale e cardine dell’ordinamento, la tutela dei «diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». A tale riconoscimento di valore corrisponde nella stessa disposizione una previsione di carattere programmatico, la quale richiede in via generale l’adempimento dei doveri, definiti come “inderogabili”, di solidarietà.

Non è difficile comprendere quanto il fenomeno del cyberbullismo leda i diritti inviolabili, impedendo anche in modo irreversibile, una sana crescita del danneggiato.

Il fondamento costituzionale della legge non si limita alla predetta disposizione. L’articolo 3 della Costituzione infatti sancisce due ulteriori principi fondamentali: la tutela della dignità e l’obbligo dello Stato di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Infatti, condotte di cyberbullismo sono tali perché volte a ridicolizzare la vittima, che non si ri-

¹ Per un primo inquadramento della nuova normativa, M. ALOVISIO - G.B. GALLUS - F.P. MICOZZI (a cura di), *Il cyberbullismo alla luce della legge 29.5.2017 n. 71*, Dike Giuridica, Roma 2017; SELLAROLI, *Il nuovo reato di cyberbullismo*, Giuffrè, Milano 2017; G. CASSANO (a cura di), *Stalking, atti persecutori, cyberbullismo e tutela dell’oblio*, Ipsoa, Milano 2017.

conosce più come degna e meritevole, degradando al punto da auto-negarsi e perdendo il necessario rispetto che deve essere assicurato ad ogni essere umano. Proprio per questo è la stessa disposizione costituzionale che dopo aver affermato il principio di dignità prosegue imponendo alla Repubblica l'obbligo di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che [...] impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

L'intervento legislativo si muove proprio in questa direzione: l'obiettivo è contrastare il fenomeno sociale del cyberbullismo ma la tecnica scelta non è quella di utilizzare la repressione sul piano penale; al contrario, si è voluto creare un sistema capillare di prevenzione, che si inserisca nelle due principali formazioni sociali in cui il minore sviluppa la sua personalità, ossia la scuola e la famiglia, così da scongiurare la necessità di un intervento in via successiva². Per fare ciò, elementi essenziali sono il momento educativo e soprattutto il ruolo dei genitori, che, ai sensi dell'art. 30 Cost., hanno il dovere di educare la prole. È altresì evidente come la seconda istituzione fondamentale ai fini della formazione, della sensibilizzazione e quindi della prevenzione del fenomeno del cyberbullismo, sia la scuola, in cui il singolo crea le prime relazioni personali al di fuori dell'ambito familiare.

Il cyberbullismo

Le motivazioni che hanno reso necessaria una legge per contrastare comportamenti di cyberbullismo sono varie, ma nessuna analisi del fenomeno può essere adeguatamente compiuta senza comprendere con precisione quali siano in concreto gli aspetti da censurare e prevenire. Per questa ragione, il legislatore ha compiuto un importante passo in avanti, inserendo nel testo una puntuale e precisa definizione del fenomeno. Ai sensi dell'art. 1 della legge 71 del 2017, «per “cyberbullismo” si intende qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo». Quindi il legislatore offre una definizione limitata dal punto di vista sia oggettivo sia soggettivo. Sotto il profilo oggettivo, sebbene la condotta sia integrabile con una pluralità eterogenea di contegni attivi, la discriminante è nell'utilizzo di vie telematiche: se non si tratta di condotte “on line” non si può parlare di cyberbullismo. Dal punto di

² Per alcune riflessioni sul fenomeno del cyberbullismo e sulle strategie psicologiche e sociali di contrasto, con particolare riferimento al contesto scolastico in AA.Vv., *Cyberbullismo*, Giuffrè, 2017; M.L. GENTA - A. BRIGHI - A. GUARINI, *Cyberbullismo. Ricerche e strategie di intervento*, Franco Angeli, Milano 2016.

vista soggettivo, e su questo punto si sono avute molte ed aspre divergenze nel corso dell'iter parlamentare, la condotta è integrata solo quando è «in danno di un minore». Interessante però è sottolineare come il legislatore abbia operato una scissione tra il soggetto passivo e l'oggetto della condotta: a ben vedere si ha un atto di cyberbullismo soltanto quando soggetto danneggiato è un minore, mentre destinatario materiale della condotta può essere anche un ultradiciottenne, purché parte della famiglia del minore-vittima.

Analisi della normativa

In via preliminare, occorre fare alcune precisazioni relative alla tecnica redazionale seguita nella stesura del testo normativo, sottolineando come la scelta del legislatore sia stata di non creare una nuova speciale fattispecie penale. Il cyberbullismo viene così sanzionato richiamando fattispecie penali rilevanti di carattere più generale già esistenti (quali, a titolo esemplificativo, le condotte di minaccia o *stalking*).

In secondo luogo è da sottolineare come la legge in commento segue la recente tendenza del legislatore ad intervenire normativamente entro perimetri puntualmente individuati: si è già indicato come la definizione di cyberbullismo incontri limiti soggettivi ed oggettivi piuttosto rigorosi che ne circoscrivono l'applicazione. È singolare come la normativa non tutela, come avviene nella maggior parte dei casi, l'insieme di tutte le categorie considerate «deboli» (tra cui gli incapaci, gli anziani e i malati), ma sia diretta specificatamente ad offrire uno strumento di tutela speciale a favore dei minori. Ciò da una parte può comportare la inapplicabilità della legge a casi di fatto meritevoli di analoga tutela ma che siano tali da non ricadere nell'ambito di applicazione individuato, dall'altra consente una perfetta adesione della realtà fenomenologica alla fattispecie normativa.

Infine è da sottolineare il carattere programmatico della norma, che richiede una serie di interventi attuativi posteriori alla sua entrata in vigore.

Per ciò che concerne il contenuto normativo, il legislatore si è mosso seguendo alcune coordinate fondamentali: una prima di carattere definitorio, una di carattere sistematico-preventivo, una di carattere rimediabile.

Per quanto riguarda la direttrice definitoria, si è già parlato della disposizione che chiarisce il significato da attribuire alla nozione di cyberbullismo, ma a questa bisogna aggiungere una seconda definizione offerta dal medesimo articolo 1, ossia quella di «gestore del sito internet»: per tale «si intende il prestatore di servizi della società dell'informazione [...] che, sulla rete internet, cura la gestione dei contenuti di un sito in cui si possono riscontrare le condotte di cui al comma 2». Dunque già la lettera della normativa permette di capire come tale nozione sia strumentale al sistema che la legge delinea, in particolare alla procedura dell'oscuramento dei dati (v. *infra*).

Gli articoli 3, 4 e 5 della legge invece si occupano della coordinata preventiva-sistematica, e prevedono un programma di attuazione che vede coinvolti nume-

rosi soggetti. Si dispone la creazione di un tavolo tecnico presso la Presidenza del consiglio a cui sono chiamati a partecipare una pluralità di soggetti portatori delle varie competenze coinvolte: «rappresentanti del Ministero dell'interno, del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, del Ministero della giustizia, del Ministero dello sviluppo economico, del Ministero della salute, della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, del Garante per l'infanzia e l'adolescenza, del Comitato di applicazione del codice di autoregolamentazione media e minori, del Garante per la protezione dei dati personali, di associazioni con comprovata esperienza nella promozione dei diritti dei minori e degli adolescenti e nelle tematiche di genere, degli operatori che forniscono servizi di *social networking* e degli altri operatori della rete internet, una rappresentanza delle associazioni studentesche e dei genitori e una rappresentanza delle associazioni attive nel contrasto del bullismo e del cyberbullismo». Compito precipuo di questo tavolo è la redazione di «un piano di azione integrato per il contrasto e la prevenzione del cyberbullismo», cui si va ad affiancare un codice di coregolamentazione recante linee guida e protocolli rivolti agli operatori della rete. Il medesimo codice prescrive anche l'istituzione di un sistema di monitoraggio funzionale all'individuazione di procedure standard per uniformare e semplificare il ricorso all'oscuramento.

Perfettamente in linea con la *ratio legis*, cioè con «l'obiettivo di contrastare il fenomeno del cyberbullismo in tutte le sue manifestazioni, con azioni a carattere preventivo e con una strategia di attenzione, tutela ed educazione nei confronti dei minori coinvolti, sia nella posizione di vittime sia in quella di responsabili di illeciti», sono le disposizioni dedicate alla scuola. Dobbiamo ricordare che è questo il luogo in cui il soggetto entra in dinamiche di carattere extra-familiare e forma la sua personalità entrando in relazione con altri, e proprio per tale motivo il legislatore ha cercato di intervenire inserendo un capillare sistema di prevenzione ed educazione. Innanzitutto per rendere unitaria la politica di prevenzione si affida al Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca la stesura di linee di orientamento nella prevenzione al cyberbullismo rivolte alle scuole. Tali linee rivolgono una particolare attenzione all'aspetto della formazione: le norme richiedono la previsione di un programma di formazione e preparazione del personale scolastico che viene posto quindi in prima linea nella lotta contro il cyberbullismo. Infine, in ciascun istituto si prescrive la individuazione di un docente referente per il coordinamento delle attività in questo ambito³.

³ A tal proposito si segnala M. MARRAFFINO, *Bulli online, la scuola risponde in sede civile*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 agosto 2017, per la quale il sistema delineato dalla legge oltre che finalizzato alla prevenzione è tale da semplificare l'imputazione della responsabilità: «a livello giuridico la norma facilita l'onere della prova delle vittime di cyberbullismo, fornendo indicatori sui quali fondare la responsabilità per fatto illecito degli insegnanti per carente vigilanza (articolo 2048 c.c.). La scuola in caso di episodi di cyberbullismo, è chiamata a rispondere

Accanto a queste disposizioni che si occupano della istituzione di un “canale” che operi ad ogni livello, a partire dal Governo fino alle scuole, la legge promuove e caldeggia la diffusione di bandi, attività, iniziative e progetti che educino i minori sensibilizzandoli relativamente ai diritti e ai doveri che derivano dall’uso della rete.

Un’altra coordinata seguita dal legislatore è quella di carattere successivo rimediabile. Infatti, se lo sforzo principale è quello di prevenire il cyberbullismo per arginare quanto più possibile il fenomeno, parallelamente una particolare attenzione è rivolta alle modalità di intervento a seguito del compimento di un atto di cyberbullismo, caratterizzate da un atteggiamento affatto repressivo-punitivo ma al contrario spiccatamente rieducativo.

Per ciò che concerne i rimedi concessi alla vittima di cyberbullismo, l’art. 2 della legge prevede il cosiddetto “oscuramento dei dati”: il minore ultraquattordicenne (e in ogni caso i genitori del minore) può rivolgere un’istanza al titolare del trattamento o al gestore del sito internet o del social media per la rimozione del dato personale, che dovrà essere effettuata entro le successive ventiquattro ore, altrimenti la medesima istanza potrà essere rivolta al Garante per la protezione dei dati personali che provvederà coattivamente all’oscuramento.

A seguito del compimento di un atto di cyberbullismo si attiva un meccanismo sanzionatorio volto alla rieducazione, con iniziative di intensità crescente a seconda che la condotta sia tale da integrare una fattispecie penale o meno. Infatti, laddove il dirigente scolastico – ancora una volta risulta chiaro come le istituzioni scolastiche abbiano un ruolo di primo piano nel contrasto del fenomeno – abbia contezza di un atto di cyberbullismo, «salvo che il fatto costituisca reato», è tenuto ad avvertire tempestivamente i genitori o i tutori del minore e ad attivare le necessarie ed adeguate misure di carattere educativo.

Nel più grave caso in cui invece la condotta sia tale da integrare le fattispecie di cui agli artt. 594, 595 e 612 c.p., ovvero l’art. 167 d.lgs. 196/2003 (c.d. codice *privacy*) si è estesa la procedura di ammonimento istituita per il reato di *stalking*⁴. Appare da sottolineare la scelta del legislatore di circoscrivere l’applicabilità dell’ammonimento ai soli reati tassativamente indicati ed a tal proposito si segnala anche l’evidente svista del legislatore che ha inserito nell’elenco la fattispecie dell’ingiuria, ormai depenalizzata⁵. La procedura può essere avviata solo

civilmente (articolo 28 della Costituzione e articolo 61/2 della legge 312/80) in virtù del rapporto organico del personale dipendente».

⁴ Sulla figura e sull’inquadramento dell’ammonimento nel quadro degli strumenti di prevenzione, nonché sui rimedi esperibili nei confronti dello stesso, R. TUMMINIA, *L’ammonimento del Questore nelle situazioni di stalking*, in www.penale.it, giugno 2010; A. TRAPASSO, *Ammonimento e stalking*, in www.dirittoegiurisprudenza.it, marzo 2017.

⁵ Si segnala come la procedura in esame, ricalcata sul modello dello *stalking*, non si applica a tale fattispecie: ai sensi dell’art. 612-*bis*, co. 4 c.p. il reato è perseguibile d’ufficio «se il fatto è commesso a danno di un minore». Dunque essendo l’ammonimento in caso di cyberbulli-

fintantoché non sia stata proposta querela o sia stata presentata denuncia contro il minore ultraquattordicenne che abbia commesso atti rientranti nelle fattispecie indicate ai danni di un altro minore: si evidenzia pertanto una asimmetria tra le età richieste a soggetto attivo e soggetto passivo della condotta per il ricorso alla procedura in questione. «Ai fini dell'ammonimento» il questore convoca il minore insieme ad almeno un genitore o tutore legale, e in sostanza ammonisce oralmente il minore invitandolo a tenere una condotta conforme alla legge, avvertendolo delle sanzioni penali che possono derivare dalla reiterazione della condotta, il tutto accompagnato dalla redazione di un processo verbale. Gli effetti dell'ammonimento cessano al compimento della maggiore età⁶.

Responsabilità dei docenti

Un ulteriore aspetto che si ritiene necessario segnalare, seppure non sia direttamente affrontato dalla l. 71/2017 ma ad essa strettamente connesso, è come una condotta di cyberbullismo possa dar luogo a responsabilità civile di insegnanti e scuole. Per trattare la questione occorre innanzitutto indicare le norme di riferimento in materia di responsabilità civile del docente, ossia l'art. 28 Cost e l'art. 2048 co. 2 c.c. Ai sensi del primo «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici»; mentre l'articolo 2048 del c.c. al secondo comma afferma che «I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza».

Dal tenore letterale delle disposizioni citate si evince come nel caso in cui un minore – *rectius* uno studente minorenni – compia un fatto illecito, ne risponde, secondo lo schema della responsabilità per fatto altrui, l'insegnante: si parla di *culpa in vigilando*. La rigidità della norma è attenuata dal comma successivo: il medesimo art. 2048 co. 3 c.c. prevede come unica causa “liberatoria” dalla responsabilità in questione la prova in giudizio che il fatto non poteva essere impedito.

Laddove si configuri inoltre la responsabilità civile degli insegnanti ai sensi dell'articolo 2048 c.c., la medesima responsabilità *ex* art. 28 Cost. “si estende” all'ente pubblico, ossia all'Amministrazione scolastica. In particolare, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha individuato come unico soggetto passivo legittimato in tal senso il Ministero dell'Istruzione⁷.

simo ammesso soltanto prima della querela o della denuncia, l'istituto è logicamente incompatibile con i reati per cui si procede d'ufficio.

⁶ La durata degli effetti dell'ammonimento varia pertanto a seconda dell'età del minore: ciò potrebbe dare adito a dubbi di incostituzionalità della norma sotto il profilo della determinatezza e della eguaglianza.

⁷ Cass. Civ., SS.UU. 9346/2002.

Il quadro così delineato deve essere integrato con un'altra norma rilevante in materia. Infatti l'articolo 61 della Legge 11 luglio 1980 n. 312 detta una disciplina peculiare concernente la responsabilità patrimoniale dei docenti: «La responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative statali per danni arrecati direttamente all'Amministrazione in connessione a comportamenti degli alunni è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi. La limitazione di cui al comma precedente si applica anche alla responsabilità del predetto personale verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamenti degli alunni sottoposti alla vigilanza. Salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, l'Amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi». Il primo e il secondo periodo dell'articolo citato si occupano della responsabilità cosiddetta amministrativa, cioè quella forma di responsabilità che deriva dai danni che i dipendenti cagionano alle amministrazioni, ed è significativo il fatto che sia limitata ai soli casi di dolo o colpa grave. L'ultimo periodo invece affronta la questione del risarcimento secondo le regole proprie della responsabilità civile. Si osserva come il legislatore, compiendo una scelta volta a tutelare una categoria molto esposta a responsabilità per fatto altrui, abbia optato per una surrogazione dell'Amministrazione, sia per quanto riguarda il giudizio promosso da terzi danneggiati, sia per quanto riguarda l'eventuale risarcimento, prevedendo la possibilità di rivalsa laddove il docente sia incorso in dolo o colpa grave. In caso di atto illecito compiuto da uno studente che provochi danni a terzi, il terzo danneggiato può promuovere il giudizio per responsabilità civile del docente ai sensi dell'articolo 2048 ed il Ministero dell'Istruzione è soggetto legittimato passivo. Se il giudizio si conclude con una sentenza di condanna al risarcimento del danno provvede al pagamento l'Amministrazione scolastica, salvo possibilità di rivalsa nei confronti del docente che abbia agito (o a seconda dei casi, non agito) con dolo o colpa grave.

Questa ricostruzione si applica anche nei casi previsti dalla legge sul cyberbullismo: l'illecito è costituito dall'atto di cyberbullismo, che può essere certamente idoneo a cagionare un danno. Il docente quindi può essere responsabile per *culpa in vigilando* per atti di cyberbullismo che si compiano nel tempo in cui i minori si trovano sotto la sua sfera di controllo. Il terzo che si ritenga danneggiato e agisca in giudizio è tenuto esclusivamente a provare che il fatto sia avvenuto nel tempo in cui il minore si trovava sotto la vigilanza dell'insegnante, mentre spetterà a quest'ultimo provare l'assoluta impossibilità di evitare l'evento⁸.

⁸ Per ulteriori approfondimenti in materia si segnala V. DE FRANCO - A. GASPARRE, *Prevenzione e contrasto del cyberbullismo: una prima lettura*, Key Editore, Frosinone 2017.

Responsabilità del provider

Un ulteriore profilo che merita un approfondimento è quello della responsabilità dell'internet service provider (ISP), ossia, più brevemente, del provider. Provider è il soggetto che offre agli utenti i servizi di rete internet, tra i quali, a titolo esemplificativo, la connessione, trasmissione di dati e l'hosting.

Occorre distinguere tra la responsabilità del provider per illeciti direttamente compiuti e la responsabilità del provider che sorge in relazione a illeciti compiuti da terzi. È questo secondo profilo quello che risulta di maggior interesse nella trattazione del tema della responsabilità da atti di cyberbullismo. Infatti, è stato già evidenziato come l'ordinamento in alcuni casi preferisca attribuire gli obblighi risarcitori a un soggetto diverso dall'agente ed è medesimo ragionamento posto a fondamento della responsabilità dell'insegnante per il fatto compiuto dal minore sotto la sua vigilanza. In particolar modo si tratta di individuare se sussista la responsabilità dell'ISP per atti di cyberbullismo compiuti dal minore tramite utilizzo della rete.

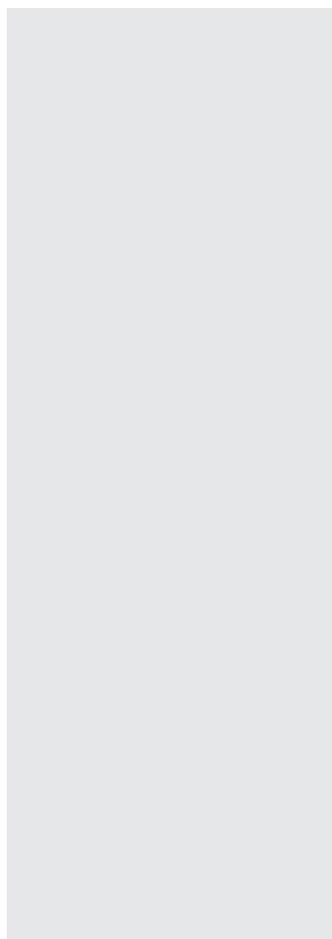
Il complesso tema della responsabilità del provider è stato trattato nel d.lgs. 70/2003, che ha trasposto la direttiva comunitaria 2000/31/CE. La normativa prevede una generale esenzione della responsabilità dell'ISP per gli illeciti compiuti da terzi quando svolgono servizi di *mere conduit* (art. 12), *caching* (art. 13) e *hosting* (art. 14). Infatti l'articolo 15 della Direttiva in questione afferma che «nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite» e prosegue al secondo comma statuendo che «gli stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati». Sinteticamente si può pertanto affermare che da un parte non vi è un obbligo di sorveglianza in capo al provider, dall'altra tuttavia la Direttiva non considera il provider come una mero fornitore del servizio di accesso alla rete, in quanto su di esso grava l'obbligo di dare prontamente notizia alle pubbliche autorità di eventuali illeciti e di fornire tutte le informazioni necessarie ad individuarne l'autore.

La legge sul cyberbullismo offre una definizione del gestore del sito internet tale da non ricomprendere al suo interno la figura del provider. Dunque la norma che determina l'insorgenza a carico del gestore del sito internet di una responsabilità laddove non ottemperi alla richiesta di oscuramento dei dati proveniente del minore offeso o dei genitori non troverebbe applicazione nei confronti del provider. Si evidenzia come in questo caso si tratti di una responsabilità diretta per omessa cancellazione dei dati stessi. In conclusione, la nor-

mativa sul cyberbullismo non solo esenta da responsabilità diretta il provider in caso di mancato oscuramento dei dati, ma non presenta una disciplina *ad hoc* volta a derogare il d.lgs. 70/2003 per ciò che concerne la responsabilità per fatto di terzi, per cui in materia di cyberbullismo l'ISP sembrerebbe non poter rispondere direttamente. Pertanto, una maggiore riflessione su questo punto e sull'impatto delle nuove disposizioni rispetto alle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali che sono state svolte in altri ambiti rimangono questioni meritevoli certamente di un futuro approfondimento da parte degli esperti.



FORMAZIONE FORENSE





Divieto per l'avvocato sospeso di assistere la parte nella mediazione civile e commerciale e nella negoziazione assistita

Fabio Diozzi, Alessandra Panduri*

Premessa

La diffusione della mediazione civile e commerciale e della negoziazione assistita dagli avvocati fanno emergere nuove questioni deontologiche quali quella relativa all'assistenza del cliente in tali procedure da parte dell'avvocato sospeso¹.

L'iscrizione all'albo costituisce condizione per l'esercizio dell'attività riservata all'avvocato secondo la previsione dell'art. 2, comma 3, della legge 247/2012, ripresa dall'art. 5 del Codice deontologico forense.

Lo svolgimento dell'attività in un periodo di sospensione costituisce l'illecito deontologico di cui all'art. 36 del Codice deontologico forense e integra il reato di abusivo esercizio della professione di cui all'art. 348 c.p.

Occorre dunque verificare, in sede disciplinare e in quella penale, se la mediazione e la negoziazione assistita costituiscano attività riservate all'avvocato e come tali non esercitabili durante un periodo di sospensione, ovvero costituiscano attività escluse dalla riserva.

Aspetto deontologico

La legge 247/2012 (art. 2) prevede che sono attività esclusive dell'avvocato, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge, l'assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure

* Gli autori hanno collaborato per la redazione dell'articolo. Per una attribuzione formale vanno ascritti a Fabio Diozzi i paragrafi 1 e 2 e ad Alessandra Panduri il paragrafo 3.

¹ Le ipotesi di sospensione dell'avvocato dall'esercizio della professione sono varie e di differente natura: la sospensione quale sanzione disciplinare (art. 51, comma 1, lett. c della l. 247/2012, art. 22, comma 1, lett. c del Codice deontologico forense), la sospensione cautelare (art. 60 del Codice deontologico forense), la sospensione amministrativa nel caso di omesso versamento del contributo annuale all'Ordine (art. 29, comma 7, della l. 247/2012) o nel caso di perdurante omissione dell'invio del Modello 5 alla Cassa Nazionale Forense (art. 17, comma 5, della legge 20 settembre 1980 n. 576), quella per l'avvocato chiamato a ricoprire le più alte cariche dello Stato o di altri enti o organi (art. 20, comma 1, della l. 247/2012), quella volontaria (art. 20, comma 2, della l. 247/2012), quella disposta quale sanzione accessoria tributaria nel caso di quattro distinte violazioni dell'obbligo di fatturazione nel corso di un quinquennio (art. 12, comma 2-sexies, del d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 471).

arbitrali rituali (art. 2, comma 5). Fuori dei casi in cui ricorrono competenze espressamente individuate, relative a specifici settori del diritto e che sono previste dalla legge per gli esercenti altre professioni regolamentate, la legge professionale prevede, inoltre, che è di competenza degli avvocati l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale, se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato (art. 2, comma 6).

L'assistenza della parte nelle ADR in esame può, dunque, costituire attività stragiudiziale connessa a quella giudiziale, se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato.

Tuttavia il riferimento appare inidoneo a determinare se l'assistenza nella mediazione e nella negoziazione assistita costituisca una attività riservata all'avvocato anche se svolta in modo non continuativo, non sistematico e non organizzato.

Occorre, dunque, ulteriormente verificare se le norme sulla mediazione e sulla negoziazione assistita riservino, comunque e sempre, agli avvocati l'attività stragiudiziale di assistenza della parte.

Il d.lgs. 28/2010² contiene tre significative previsioni:

- l'art. 5, comma 1-*bis*, recita: «Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia [...] è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto»;
- l'art. 8, comma 1, recita: «Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato»;
- l'art. 12, comma 1, recita: «Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

Le prime due norme prevedono la presenza obbligatoria degli avvocati, la terza ammette, invece, la validità di un accordo raggiunto fra le parti senza l'assistenza degli avvocati.

La distinzione fra mediazione obbligatoria e volontaria non è decisiva, come non lo è l'inidoneità dell'assenza dell'avvocato a rendere invalido l'accordo raggiunto.

Le parti possono presenziare senza l'avvocato dinanzi al mediatore nella mediazione facoltativa³ e in quella obbligatoria, validamente raggiungendo

² Come modificato dal d.l. 21 giugno 2013 n. 69 (c.d. decreto del fare), convertito con modificazioni nella l. 9 agosto 2013 n. 98.

³ Circolare del Ministero della Giustizia del 27/11/2013, prot. 168322, che ha ritenuto obbligatoria l'assistenza dell'avvocato nella mediazione obbligatoria per legge o delegata dal

un accordo⁴ (privo però di efficacia esecutiva in difetto di omologazione), ma non superando, in difetto di accordo, la condizione di procedibilità nella mediazione obbligatoria per legge o delegata dal giudice⁵.

Appare decisivo, invece, ai fini della nostra analisi, che il d.lgs. 28/2010 ed in particolare anche il controverso art. 12, comma 1, non permettono ad altri professionisti l'assistenza della parte in mediazione, che dunque – ancorché costituente attività stragiudiziale – è comunque riservata agli avvocati.

Le parti, nei limiti delineati, si possono presentare sole dinanzi al mediatore, ma se vogliono o devono avere un professionista che le assista⁶, questo *ex lege* è l'avvocato e solamente l'avvocato.

Il d.l. 12/09/2014 n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10/11/2014 n. 162, ha introdotto la negoziazione volontaria e obbligatoria (art. 3) con l'assistenza di un avvocato comune fra le parti o di un avvocato per parte, la negoziazione con l'assistenza di almeno un avvocato per parte per la soluzione consensuale delle controversie in materia di separazione, divorzio o modificazione delle relative condizioni (art. 6).

Il ruolo e la presenza dell'avvocato sono essenziali, tanto che – mancando l'avvocato – non si verte nell'ipotesi della negoziazione assistita, ma in quella della negoziazione di diritto comune.

Anche il d.l. 12/09/2014 n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10/11/2014 n. 162, contiene alcune significative previsioni:

- l'art. 2, recita: «La convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati è un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo anche ai sensi dell'articolo 6 del decreto

giudice e non nella mediazione volontaria; *contra* Circolare n. 25-C del 06/12/2013 del Consiglio Nazionale Forense, che ha invece ritenuto obbligatoria l'assistenza dell'avvocato anche nella mediazione facoltativa.

⁴ F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, V, ottava edizione, Giuffrè, Milano 2015, p. 48: «le modalità di svolgimento del procedimento di mediazione non costituiscono mai condizioni di validità dell'accordo che sia eventualmente raggiunto. Esse, quand'anche prescritte dalla legge o dal regolamento dell'organismo adito, hanno sempre e soltanto lo scopo di favorire il raggiungimento dell'accordo, e mai quello di sanzionare con l'invalidità l'accordo che sia comunque raggiunto nonostante la violazione di dette regole».

⁵ LUIO, *op. cit.*, p. 49: «E in questa direzione si dovrebbe ritenere che: a) se si tratta di mediazione obbligatoria, l'onere non è soddisfatto se l'istante non era assistito da un legale; b) la partecipazione al procedimento senza l'assistenza del legale non evita alla controparte le conseguenze previste dall'art. 8, IV-bis. Certo si tratta di conseguenze un pò forti. D'altronde, se si dovesse ritenere che la disposizione non produce neppure questi effetti, tanto varrebbe leggerla come se dicesse «le parti possono partecipare con l'assistenza dell'avvocato». F. DIOZZI, *Mediazione e negoziazione assistita. Tecniche di gestione delle controversie*, Giuffrè, Milano 2017, pp. 189 ss.

⁶ Per superare la condizione di procedibilità o per vedere riconosciuta all'accordo l'efficacia esecutiva senza omologazione.

- legislativo 2 febbraio 2001, n. 96». [...] «È fatto obbligo per le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, di affidare la convenzione di negoziazione alla propria avvocatura, ove presente». [...] «La convenzione è conclusa con l'assistenza di uno o più avvocati. Gli avvocati certificano l'autografia delle sottoscrizioni apposte alla convenzione sotto la propria responsabilità professionale»;
- l'art. 3, recita: «Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di [...] deve, tramite il suo avvocato, invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita»;
 - l'art. 4, recita: «La certificazione dell'autografia della firma apposta all'invito avviene ad opera dell'avvocato che formula l'invito. La dichiarazione di mancato accordo è certificata dagli avvocati designati»;
 - l'art. 5, recita: «L'accordo che compone la controversia, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico».

Nel caso di accordo di separazione consensuale, divorzio o modificazione delle relative condizioni, dinanzi all'ufficiale dello stato civile, l'assistenza anche di un solo avvocato è facoltativa (art. 12), ma non vi è, neppure in questo caso, la previsione della possibilità dell'assistenza in capo ad altri professionisti differenti dall'avvocato.

Anche in questa ipotesi le parti si presentano sole dinanzi all'ufficiale dello stato civile ovvero assistite dall'avvocato e solo dall'avvocato.

Dunque «l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria anche nella negoziazione facoltativa»⁷.

Ai fini della nostra analisi anche la normativa della negoziazione assistita non permette ad altri professionisti l'assistenza della parte che è riservata agli avvocati, ancorché si tratti di attività stragiudiziale.

Sulla scorta di queste premesse possiamo concludere che l'avvocato sospeso dall'esercizio della professione non può assistere le parti dinanzi ad un organismo di mediazione civile e commerciale, né in una procedura di negoziazione assistita, perché le medesime procedure costituiscono attività, sia pur stragiudiziali e talvolta facoltative, che sono dall'ordinamento riservate in via esclusiva all'avvocato e sottratte *ex lege* agli esercenti altre professioni regolamentate.

L'assistenza stragiudiziale in tali procedure da parte dell'avvocato sospeso costituisce l'illecito deontologico di cui all'art. 36 del Codice deontologico forense.

All'avvocato sospeso è inibita pertanto non solo l'attività giudiziale, ma anche quella stragiudiziale nelle ADR in esame, ancorché non continuativa, non sistematica e non organizzata.

⁷ DIOZZI, *op. cit.*, p. 317.

Aspetto penale

Rimane da chiedersi se nell'ambito di un tale contesto, la condotta dell'avvocato sospeso che assista in mediazione ed in negoziazione assistita possa anche assumere rilevanza penale ex art. 348 c.p.

Il nodo della questione non può sciogliersi senza una esauriente disamina normativa e giurisprudenziale dell'art. 348 c.p. che così recita: «chiunque abusivamente esercita una professione, per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato, è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da centotre euro a cinquecentosedici euro».

La fattispecie penale descritta è disciplinata dal Titolo II del codice penale che è intitolato "Dei delitti contro la pubblica amministrazione" ed ha ad oggetto il corretto funzionamento della pubblica amministrazione in senso lato poiché il nostro ordinamento giuridico, in virtù degli interessi pubblici⁸ e dei principi costituzionali tutelati, esige la presenza di specifici parametri di natura culturale e morale.

La norma si costruisce "per relationem" e, quindi, la sua portata precettiva viene integrata da disposizioni normative che definiscono i requisiti oggettivi e soggettivi, affinché l'esercizio di una attività protetta possa considerarsi non abusivo.

La necessaria eterointegrazione ha indotto una parte della dottrina e della giurisprudenza a qualificare tale fattispecie come norma penale in bianco che rinvia per la sua concreta operatività ad altre fonti (costituite dalle discipline relative agli ordinamenti professionali e da quelle inerenti, comunque rilevanti allo scopo) in grado di precisare quali siano le professioni soggette alla speciale abilitazione statale e quando l'esercizio delle stesse possa essere definito abusivo⁹.

Se questa è la tecnica normativa impiegata dal legislatore nella redazione della fattispecie, ben si comprende come diviene decisivo ai nostri fini individuare le disposizioni extrapenali deputate alla localizzazione della portata precettiva della disposizione incriminatrice.

Nel caso che ci coinvolge i riferimenti normativi da tenere in considerazione sono senz'altro individuabili nella legge professionale forense (l. 247/2012), nel d.lgs. 28/2010, nonché nel d.l. 12/09/2014 n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10/11/2014 n. 162.

Tuttavia, è da verificare se le fonti legislative richiamate riescano ad assolvere quella funzione di necessaria eterointegrazione della norma incriminatrice perché possa ritenersi sussistente l'ipotesi dell'esercizio abusivo della professione.

La "disciplina della professione forense" menzionata all'art. 2 della l. 247/2012 opera un distinguo tra attività "propria" dell'avvocato, quella cioè sulla quale

⁸ Cfr. Cass. pen., sez. VI, n. 1207 del 6 febbraio 1985, in R. GAROFOLI (a cura di), *Manuale di diritto penale*, parte speciale, Neldiritto Editore, Molfetta 2009, p. 288.

⁹ Si vedano Cass. pen., sez. VI, n. 47028 del 10 novembre 2009; Cass. pen., sez. V, n. 41142 del 17 ottobre 2001.

quest'ultimo vanta l'esclusiva ed interdetta a tutti gli altri professionisti non iscritti, ed attività di competenza dell'avvocato, sebbene non esclusiva: quest'ultima individuata dall'art. 2, comma 6 della legge citata nell'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale, e se svolta con determinate modalità.

L'effetto di una tale demarcazione implica che l'attività di consulenza ed assistenza legale stragiudiziale per quanto "caratteristica", ma "non esclusiva", non possa essere interdetta anche a chi non è iscritto all'albo o a chi si trovi, come l'avvocato sospeso dall'esercizio della professione, in una condizione equipollente.

Sulla base di tale impostazione non rimarrebbero esclusi profili di criticità in ordine alla possibile configurazione del delitto di cui all'art. 348 c.p. in tutti i casi in cui l'avvocato sospeso si limiti a svolgere attività di assistenza legale stragiudiziale.

Non di meno si ravvisano profili di criticità di eventuale configurazione del delitto ex art. 348 c.p. nel caso in cui l'avvocato sospeso dall'esercizio della professione, assista nelle procedure ex d.lgs. 28/2010, nonché ex d.l. 12/09/2014 n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10/11/2014 n. 162, visto che l'attività professionale ivi riservata a costui è di natura essenzialmente stragiudiziale.

L'*empasse* è, invero, superabile ripercorrendo il paradigma giurisprudenziale che ha dato luogo alla disputa interpretativa del "*penalmente rilevante*" nella norma di cui all'art. 348 c.p.

Secondo un approccio restrittivo che fa capo all'orientamento tradizionale¹⁰, gli atti oggetto di protezione penale sono quelli attribuiti singolarmente ed in via esclusiva ad una determinata professione, dovendo considerarsi esclusi dallo spettro di efficacia del delitto di cui all'art. 348 c.p. quelli strumentali c.d. "relativamente liberi" connessi all'esercizio della professione¹¹. Sul piano della tipicità, il portato di questa lettura ermeneutica è che nel caso in cui l'autore non avente i requisiti richiesti dalla legge compia un atto esclusivo della professione, il reato dovrà considerarsi istantaneo¹².

La combinata lettura della disposizione dell'art. 2, comma 6, della l. 247/2012 e dell'orientamento giurisprudenziale menzionato, porterebbe a concludere, in via d'ipotesi, che l'avvocato, quand'anche sospeso, possa comunque svolgere attività di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, senza per

¹⁰ Cass. pen., sez. VI, n. 3403 del 20 dicembre 1995, dep. il 5 aprile 1996.

¹¹ Cass. pen., sez. VI, n. 17921 del 11 marzo 2003.

¹² «Atteso che per la sua consumazione è sufficiente il compimento di un solo atto tipico o proprio della professione», così Cass. pen., 15 giugno 1939, in *Giustizia penale*, II/1940, p. 77, più recente Cass. pen., sez. VI, n. 30068 del 2 luglio 2012, dep. 23 luglio 2012; di diverso avviso cfr. Cass. pen., 29 novembre 1983, in *Cass. Pen.*, 1985, p. 1058 secondo cui «l'esercizio abusivo presuppone che il soggetto compia una serie di atti riguardanti lo svolgimento dell'attività professionale»; per un esame completo della tematica si veda in dottrina V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, Torino 1946, pp. 610 ss.

questo incorrere nella violazione dell'art. 348 c.p.¹³. Nella individuazione della norma extrapenale di riferimento per l'integrazione della portata precettiva della fattispecie penale, la sopra menzionata disciplina dell'attività forense, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, non basterebbe *sic et simpliciter* a "costruire" i presupposti del delitto richiamato tutte le volte che l'avvocato sospeso si limiti a svolgere attività di assistenza stragiudiziale.

Il punto dirimente della questione è rinvenibile nelle disposizioni del d.lgs. 28/2010, nonché del d.l. 12/09/2014 n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10/11/2014 n. 162, quali fonti normative che tracciano il confine dell'"esclusività" a favore dell'avvocato, a prescindere dalla natura dell'attività (assistenza stragiudiziale) svolta da quest'ultimo.

È di facile intuizione che le norme del d.lgs. 28/2010 (art. 5, comma 1-*bis*, art. 8, comma 1, art. 12, comma 1) e del d.l. 12/09/2014 n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10/11/2014 n. 162 (artt. 2, 3, 4, 5) contemplando l'assistenza obbligatoria dell'avvocato con esclusione di altre figure professionali, riservano *de plano* a costui l'esclusiva dell'esercizio dell'attività di assistenza stragiudiziale nelle procedure di mediazione e negoziazione assistita.

La lettura giurisprudenziale dell'art. 348 c.p. che fa perno sugli atti esclusivi della professione per la possibile configurazione del delitto in esame, ben si ataglia al d.lgs. 28/2010 e al d.l. 12/09/2014 n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10/11/2014 n. 162, quali fonti normative extrapenali di idonea efficacia integrativa della norma penale, là dove attribuiscono l'"esclusività" all'avvocato dell'esercizio dell'attività di assistenza stragiudiziale nelle procedure di mediazione e di negoziazione assistita.

È da sottolineare che l'"esclusività" a favore dell'avvocato è riconosciuta dal d.lgs. 28/2010, nonché dal d.l. 12/09/2014 n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10/11/2014 n. 162, a prescindere dal fatto che l'attività professionale svolta sia di natura stragiudiziale, con una portata diversa rispetto alla previsione della legge professionale forense che, nell'ambito delle attività riservate in esclusiva all'avvocato (ex art. 2, comma 5, l. n. 247/2012), non pone l'attività di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, neppure se svolta in modo continuativo, sistematico ed organizzato.

Tale considerazione assume significato nella attribuzione della rilevanza penale ex art. 348 c.p. all'attività posta in essere dall'avvocato sospeso che assista la parte nelle procedure di mediazione e di negoziazione assistita.

In tal senso, si può concludere che tra le fonti fin qui analizzate, soltanto le disposizioni di settore della disciplina sulla mediazione e negoziazione as-

¹³ Resta inteso che il principio di tassatività richiede che la fonte esterna individui in modo preciso gli atti specifici ed esclusivi della professione ed è proprio tale considerazione che rappresenta un punto di debolezza per l'orientamento, visto che non può non osservarsi che le norme di settore di alcuni ordinamenti professionali sono carenti di chiarezza ed univocità circa l'indicazione degli atti attribuiti esclusivamente ad una determinata professione.

sistita e non anche quelle sulla disciplina della professione forense di cui alla l. 247/2012 consentirebbero, in forza della loro idonea funzione di eterointegrazione della norma incriminatrice, di riconoscere sussistente il reato nella condotta dell'avvocato sospeso che assista nelle procedure di mediazione e di negoziazione assistita.

Ad avallare l'ipotesi di una possibile configurazione delittuosa nella condotta dell'avvocato sospeso vi è anche una interpretazione giurisprudenziale di tipo estensivo dell'art. 348 c.p. che – a ben guardare – concorre ad attribuire anche alla l. 247/2012 l'efficacia di eterointegrazione della norma incriminatrice.

La lettura più estensiva dell'art. 348 c.p.¹⁴, innovando rispetto all'indirizzo tradizionale¹⁵, ritiene che ai fini della norma incriminatrice in esame assumono rilevanza tutti gli atti comunque “caratteristici” di una data professione, ricomprendendosi tra gli stessi, oltre agli atti ad essa attribuiti in via esclusiva a soggetti dotati di speciale abilitazione (c.d. atti “tipici”, “propri”, o “riservati”), anche quelli “relativamente liberi”, nel senso che chiunque può compierli a titolo occasionale e gratuito, ma il cui compimento strumentalmente collegato alla professione resta invece “riservato”, se avviene in modo continuativo, organizzato e remunerato.

Tale teoria è da condividere in relazione a quelle attività che, pur non essendo attribuite in via esclusiva, siano però qualificate nella singola disciplina con previsione puntuale e non generica come di specifica competenza di una data professione e che, quando siano svolte in modo continuativo e creando l'apparenza del loro compimento da parte di soggetto munito del titolo, le stesse costituiscano espressione tipica della professione e ne realizzino i presupposti dell'abusivo esercizio.

Da tale interpretazione estensiva, a cui hanno aderito le Sezioni Unite della Suprema Corte, si evince un mutamento nell'individuazione dell'oggetto della tipicità, non più riferibile al singolo atto o agli atti, ma alle modalità dell'esercizio delle attività¹⁶. In una logica sistematica che rispetta l'art. 348, si impone

¹⁴ Teoria estensiva coniata dall'indirizzo inaugurato dalla sentenza Notaristefano, Cass. pen., sez. VI, n. 49 dell'8 ottobre 2002, dep. 8 gennaio 2003, seguita da Cass. pen., sez. VI, n. 26829 del 5 luglio 2006, Russo, che ha anche ricevuto alcune adesioni in dottrina.

¹⁵ Al quale nel frattempo hanno continuato ad attenersi Cass. pen., sez. VI, n. 17921 dell'11 marzo 2003, Gava Livio, e Cass. pen., sez. VI, n. 17702 del 3 marzo 2004, Bordi.

¹⁶ Cass. pen., Sezioni Unite, n. 11545 del 15 dicembre 2011, dep. 23 marzo 2012, secondo cui «integra il reato di esercizio abusivo di una professione non solo il compimento senza titolo, anche se posto in essere occasionalmente e gratuitamente di atti da ritenere attribuiti in via esclusiva ad una determinata professione, ma anche il compimento senza titolo di atti che, pur non attribuiti singolarmente in via esclusiva siano unicamente individuati come di competenza specifica di una determinata professione allorchè lo stesso compimento venga realizzato con modalità che per continuativa onerosità e organizzazione, da creare, in assenza di chiare indicazioni diverse, le oggettive apparenze di un'attività professionale svolta da un soggetto regolarmente abilitato». Degna di nota è anche la decisione del 27 settembre

l'adesione all'interpretazione estensiva, la quale enuclea in sostanza accanto alla riserva professionale collegata all'attribuzione in esclusiva dell'atto singolo, una riserva collegata allo svolgimento con "modalità tipiche" della professione di atti univocamente ricompresi nella sua competenza specifica¹⁷.

Parrebbe, pertanto, che sulla base di tale teoria estensiva anche la legge professionale forense unitamente al d.lgs. 28/2010 e al d.l. 12/09/2014 n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10/11/2014 n. 162, possa acquistare pregnanza di fonte extrapenale integrativa della norma incriminatrice, potendosi affermare *a fortiori* che se la legge professionale forense ammette che anche il soggetto non iscritto o sospeso possa svolgere attività di assistenza stragiudiziale, come attività, se non "propria", pur tuttavia di competenza dell'avvocato, allora tale attività, se svolta con continuità, organizzazione, remunerazione, tale da creare l'apparenza che sia svolta da soggetto munito di titolo, potrà assumere rilevanza penale ai sensi dell'art. 348 c.p.

Tirando le fila, a seguito della rassegna effettuata, si può concludere che è abusiva la condotta dell'avvocato che, pur essendo iscritto in un albo, compia attività "tipica"¹⁸ della professione in un momento in cui sia sospeso da detto albo¹⁹.

Altresì, oltre ad essere punibile la commissione da parte dell'avvocato sospeso di un atto "proprio" e "riservato" alla corrispondente categoria professionale, è punibile anche il compimento da parte di costui di atti "liberi" e "connessi" alla professione, che risultano protetti dalla norma penale se svolti con continuità, organizzazione, remunerazione e tali da ingenerare l'apparenza di un legittimo esercizio della professione²⁰.

2012 n. 132 del Consiglio Nazionale Forense (Pres. f.f. Vermiglio, Rel. Picchioni) che statuisce che all'avvocato sospeso è inibito anche l'esercizio continuativo della professione in via stragiudiziale; cfr. la recente sentenza n. 26617 del 24 maggio 2016 con cui la Suprema Corte di Cassazione è nuovamente intervenuta in materia di esercizio abusivo della professione ex art. 348 c.p. così avallando l'orientamento delle Sezioni Unite Penali precedentemente reso con sentenza n. 11545 del 15 dicembre 2011.

¹⁷ Tale conclusione si appalesa molto coerente con un sistema indistinto di albi in cui non è indispensabile l'esistenza di riserva esclusiva di specifica attività, ma che sono nel contempo ad appartenenza necessaria.

¹⁸ Cfr. Cass. pen., sez. VI, n. 42790 del 20 novembre 2007, secondo cui è punibile il compimento anche di un solo atto tipico, Cass. pen., sez. VI, n. 26829 del 29 luglio 2006, secondo cui è necessario che l'agente svolga l'attività abusiva in modo continuato ed organizzato.

¹⁹ Il reato previsto dall'art. 348 c.p. è configurabile anche nell'ipotesi in cui l'agente iscritto nel relativo albo abbia compiuto "attività professionale" in costanza di sottoposizione a provvedimento di sospensione adottato dai competenti organi amministrativi, così Cass. pen., sez. VI, n. 20439 del 15 febbraio 2007, dep. 24 maggio 2007, nonché Cass. pen., sez. VI, n. 20439 del 15 febbraio 2007, dep. il 24 maggio 2007.

²⁰ Cass. Pen., sez. VI, n. 18745 del 6 maggio 2014, secondo cui «incorre nell'esercizio abusivo della professione l'avvocato che sospeso continui ad incontrare i detenuti suoi assistiti...», Cass. pen., sez. VI, n. 18475 del 21 gennaio 2014 e Cass. pen., sez. VI, n. 6467 del 13 febbraio 2015, per ipotesi di esercizio abusivo della professione di avvocato da parte di soggetto non abilitato.

Dal combinato disposto dell'art. 348 c.p. nella sua rassegnata interpretazione giurisprudenziale con le puntuali disposizioni della l. 247/2012 e del d.lgs. 28/2010 e del d.l. 12/09/2014 n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10/11/2014 n. 162, quali fonti extrapenali di integrazione della norma incriminatrice, non può non concludersi che sussiste il delitto ex art. 348 c.p. nell'ipotesi in cui l'avvocato sospeso dall'esercizio della professione svolga attività professionale di assistenza stragiudiziale nella procedura di mediazione e negoziazione assistita, e ciò anche se in modo non continuativo, non sistematico e non organizzato.

La possibile configurazione del reato a carico dell'avvocato sospeso che svolga attività in mediazione e negoziazione assistita trova giustificazione sul piano normativo extra-penale in relazione alla disciplina prevista per la professione forense ed alla disciplina dettata in materia di mediazione e di negoziazione assistita, le quali, riservando il compimento dell'attività in tali ambiti "esclusivamente" all'avvocato e non a "qualunque" altro professionista, consentono di affermare la sussistenza del reato a prescindere da qualsivoglia interpretazione giurisprudenziale si voglia seguire.

In definitiva non vi è dubbio che il reato di esercizio abusivo della professione prende corpo sia che da parte dell'avvocato sospeso venga compiuto un singolo atto, sia che vengano compiuti più atti, sia che il compimento di uno o più atti avvenga occasionalmente, sia che avvenga continuativamente e con determinate modalità, non dovendosi neppure disputare se l'atto o gli atti debbano essere tipici o semplicemente caratteristici della professione, poiché trattasi comunque di attività – se pur stragiudiziale – riservata solo ed esclusivamente all'avvocato.

DIRITTO EUROPEO E COMPARATO





Los consumidores en el código civil cubano: ¿protagonistas o actores de reparto?¹

Nancy de la C. Ojeda Rodríguez

Una introducción necesaria

No es posible en el marco de estas Jornadas por los 30 años del Código Civil cubano dejar de realizar una reflexión en torno a los consumidores y su inclusión en este cuerpo legal.

En el proceso económico y social cambia paulatinamente el carácter de las demandas de la población y, por tanto, la naturaleza de los servicios; en esta esfera se reflejan los cambios estructurales de la economía al incrementarse los géneros de los servicios que aseguran el funcionamiento normal de la esfera de la circulación y el incremento no material de las formas de riqueza social.

De ello es muestra la norma civil cubana que al ser promulgada había cambiado sustancialmente las relaciones económicas en el país, en consecuencia uno de sus objetivos, como lo expresa en su exposición de motivos, es garantizar los intereses de las personas en sus relaciones jurídicas y regular dichas relaciones atemperadas a las condiciones económicas imperantes en el momento de su promulgación bajo los principios humanistas del sistema económico social cubano, *cfr.* Por Cuanto Tercero.

La promulgación del Código Civil produjo un cambio sustancial en la regulación de las relaciones jurídicas civiles y en especial en materia de protección al consumidor², pues significó un paso de avance, al incluirse en él, contratos

¹ Ponencia presentada en Congreso por los 30 años del Código civil cubano, La Habana, 21 al 23 de junio 2017. L'autrice è Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora titular de Derecho civil - Facultad de Derecho. Universidad de La Habana. Notario público.

² La acción gubernamental en Cuba ha tenido como centro al hombre, ya en fecha tan temprana como el 22-1-60 el Gobierno Provisional revolucionario promulgó la Ley # 697 de Protección al Consumidor, cuyo contenido esencial fue evitar el encarecimiento injustificado de la vida, impidiendo toda forma de especulación mercantil. A partir de este momento se promulgan disposiciones legales que son muestra de la preocupación del Estado cubano por el consumidor. En el ámbito administrativo el Acuerdo # 3529, de 17-8-99 del Comité Ejecutivo Consejo de Ministros (acuerdo que modificó los Acuerdos # 2841 y 3107 sobre la reorganización del MINCIN, de fechas 25 de noviembre de 1994 y 6 de febrero de 1997 respectivamente); se le confiere al MINCIN, además, la misión de atender la protección del consumidor, educarlo en el conocimiento y defensa de sus derechos, prepararlo para un consumo responsable y racional; estableciendo las reglamentaciones que se deberán cumplir por los proveedores de bienes y servicios con destino al consumidor. Así se crea la Dirección de Protección al Consumidor, como una unidad organizativa del MINCIN, encargada de ejecutar la misión asignada a este Ministerio; con ese fin esta dirección establece las normativas y

destinados a satisfacer las necesidades de la población, que hasta ese momento no eran considerados civiles, con el objeto de brindarles a los ciudadanos las garantías inherentes a la legislación civil³, *cfr.* Por Cuanto Segundo *in fine*; indudablemente se refiere a los contratos de prestación de servicios, que muestran su estrecha vinculación con los cambios de la infraestructura económica por lo que los contratos de servicios constituyen una categoría nueva en el Derecho Civil cubano a partir de la promulgación del Código.

La sociedad cubana no es una sociedad de consumo⁴, sin embargo, el ciudadano consume (sin ser consumista) ya que el consumo es una actividad humana necesaria y es una etapa propia del proceso económico; en consecuencia los ciudadanos cubanos adquieren, disfrutan y utilizan bienes y servicios para satisfacer sus necesidades personales, familiares y domésticas, las cuales han de solventar, sino de forma exclusiva en nuestras condiciones sí de modo preponderante, a través de la concertación de contratos de prestación de servicios; contratos que son concertados bajo condiciones generales que tienen las características de predisposición, unilateralidad e imposición a la parte que se adhiere a ellas, los consumidores. No hay dudas que en las relaciones que se establecen a partir de estos contratos una de las partes es el consumidor o usuario, al cual está dirigida la protección a que se refiere el Por Cuanto Segundo, conforme al cual nuestro legislador ha considerado al consumidor en su noción abstracta⁵, que incluye a todos los ciudadanos, en cuanto a personas que aspiran a

reglamentaciones sobre la problemática que deberán cumplir las entidades del sector estatal, cooperativo, privado y mixto que realizan actividades de intercambio con el consumidor, controla el cumplimiento de los lineamientos, de las normativas y reglamentaciones.

³ Sin perder de vista que como ciudadanos, los consumidores, pueden ejercer sus derechos por otras formas establecidas legalmente, como la formulación de quejas, inquietudes y recomendaciones a través de los mecanismos que proporcionan las estructuras ministeriales; de los Órganos del Poder Popular a través de los cuales pueden tramitar sus inquietudes o quejas en las asambleas de rendición de cuentas o ante su delegado de circunscripción, en ambos casos, éste tiene el deber de tramitar el planteamiento, gestionar la solución y darle respuesta al consumidor afectado, y la Fiscalía General de la República, la que tiene por mandato constitucional y lo establecido en la Ley # 83 / 97, el papel rector en el control y la preservación de la legalidad, por tanto, ha de atender a la defensa de los consumidores, la que se promueve a través del departamento de atención a los derechos ciudadanos.

⁴ Entre nosotros no existe una cultura, un modo de vida, una organización del tiempo individual para el consumo de lo que otros intereses producen, por tanto, no tenemos la contradicción que existe en otras sociedades entre la producción y el capital por un lado y los consumidores por otro, tratando de romper las prácticas de consumo y producir la reconducción de relaciones sociales conforme a pautas axiomáticas de colaboración para la optimización de las necesidades, pues son esas pautas la esencia misma de nuestro sistema social, recogidos en, *cfr.* artículo 9 inciso a) pleca # 4, artículo 14 2do párrafo, artículo 16 y artículo 41 de la Constitución entre otros que pudieran ser citados.

⁵ La noción abstracta y amplia de consumidor aparece en la Resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 14 de abril de 1975 relativa al Programa Preliminar de

tener una adecuada calidad de vida, no obstante se considera que el legislador debió haber utilizado el término consumidor en lugar de población, ya que la finalidad es la protección es precisamente reconocer un conjunto de derechos que se otorgan a los ciudadanos en el acto de consumo; es innegable que los consumidores son ciudadanos e integran la población de un Estado, pero no puede confundirse los términos ciudadano, población y consumidor en materia de consumo se puede decir que entre ellos existe una relación de género y especie, en la que los últimos son precisamente la especie de ese conglomerado poblacional visto desde de la relación de consumo en especial.

En el momento de aprobación del Código Civil las condiciones sociales eran diferentes y en materia de consumidores la Administración Pública era la principal proveedora y prestataria de bienes y servicios; la Administración designada por los órganos de representación popular nunca tuvo ni ha tenido como objetivo lesionar al consumidor, todo lo contrario, *cfr.* Artículo 9 inciso a pleca # 3 e inciso b de la Constitución, lo cual es una expresión que demuestra la preocupación del Estado y la Administración por satisfacer las necesidades de la población. Pero a partir del Período Especial existen otros agentes económicos necesarios, que comercializan bienes y ofertan servicios frente a los que el consumidor necesita protegerse; por lo que es necesario perfeccionar dicho cuerpo legal.

Uno de los méritos del Código Civil es precisamente hacer referencia al consumidor⁶; al regular la compraventa en establecimientos de comercio minorista el legislador utiliza el término consumidor en lugar de comprador, *Cfr.* Artículo 353, sin embargo el cambio de calificación del sujeto del contrato no es exacta, pues establece una sinonimia entre comprador y consumidor y este es mucho más que un comprador⁷, entre consumidor y comprador hay distinción; el primer concepto es más amplio que el segundo, dado que la persona puede adquirir un bien o servicio para satisfacer sus necesidades por otros medios o

la Comunidad para una política de protección e información de los consumidores, que en su número 3 señala que “el consumidor no es considerado sólo como un comprador o un usuario de bienes o servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como tal consumidor. Al respecto *vid.* A. BERCOVITZ, *La protección jurídica de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, en *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores*, Madrid 1987, págs. 21-30; A. REINTERÍA - V. PAGOLA, *La seguridad jurídica contractual medio de protección del consumidor*, Consejo General del Notariado, España 1995, págs. 68-72 y B. MORENO QUESADA, *La protección de consumidores y usuarios al contratar*, en *Revista de Actualidad Civil*, # 4, enero 1988.

⁶ Al regular la compraventa en establecimientos de comercio minorista el legislador utiliza el término consumidor en lugar de comprador, *cfr.* Artículo 353: «Todo consumidor tiene derecho a que las entidades de comercio minorista le venda las mercancías de que disponen, con excepción de las sujetas a regulaciones especiales».

⁷ Esta sinonimia es ver al consumidor en sentido ordinario, al considera que este solo es la persona que compra la mercancía para su uso para la satisfacción de sus necesidades.

actos jurídicos distintos al contrato de compraventa, así otras personas partes de contratos diferentes a la compraventa son también considerados en la actualidad consumidores.

Asimismo establece disposiciones sobre los denominados contratos de prestación de servicios en general a los que le dedica en el Libro III, Título II, Capítulo III preceptos aplicables a todo contrato de prestación de un servicio y un Capítulo IV dedicado a la regulación de aquellos que requieren la entrega de un objeto, para los que establece disposiciones especiales, incluyendo la regulación de tipos concretos de contratos de esta naturaleza en Títulos posteriores del Libro Tercero, dígase transporte, hospedaje y servicios bancarios.

El acto de consumo es un acto jurídico que permite al consumidor entrar en posesión de un bien o disfrutar de un servicio, que se caracteriza, además, por ser un acto material consistente en utilizar el bien o servicio, objeto del contrato⁸.

De forma tal que las operaciones de consumo se sitúan en el marco del Derecho de contratos, aun cuando se debate sobre la relación entre Derecho de consumo y Derecho civil o Derecho privado⁹.

Derecho Civil y Derecho de Consumo

Las operaciones de consumo, desde la óptica jurídica, en lo fundamental se realizan a través de contratos, por ello, es legítimo hablar de contratos de consumo; para enfatizar el carácter contractual de las operaciones de este tipo, basta la consideración de que una protección del consumo y de los consumidores es comprensible y hacedera teniendo en cuenta las transformaciones que la dogmática contractual ha sufrido a partir de la aparición de la sociedad de consumo¹⁰, lo que sin dudas, repercutió en la formación del contrato, al producirse el paso del contrato por negociación, sin que haya sido abandonada totalmente, a la perfección del contrato bajo condiciones generales o los contratos

⁸ Debe tenerse en cuenta la distinción entre consumidor jurídico y consumidor material; los primeros son los que adquieren un bien o servicio mediante una relación jurídica en virtud de la cual se obtienen los bienes o servicios, mientras que los consumidores materiales son los que usan, disfrutan o consumen los bienes o servicios sin ser parte, necesariamente, de la relación de consumo, aun cuando pueden tener algún título jurídico que legitime su actuación. Tal distinción es consecuencia de la división doctrinal que se hace del consumo, señalándose la existencia de un consumo propio y de otro impropio, de un consumo físico y otro económico y de un consumo de bienes de consumo propiamente dicho y de otro de bienes de uso (relativamente consumibles)

⁹ Al respecto *vid.* R. CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, en *Revista jurídica de Cataluña*, 1992, pp. 99-101.

¹⁰ La expresión sociedad de consumo, no designa exclusivamente el aspecto del consumo, como actividad humana necesaria y etapa propia del proceso económico, sino que implica una cultura, un modo de vida, una organización del tiempo humano privado, para el consumo, de lo que otros intereses producen, *vid.* C.A. GHERSI, *et al*, *Derecho y Responsabilidades de las empresas y consumidores*, Editorial Organización Mora Libros, Buenos Aires 1994, pp. 33 ss.

por adhesión en que la tradicional contratación por medio de negociación es prácticamente nula en dichas operaciones, lo cual no es óbice para que tales operaciones formen parte del Derecho Civil.

El acto de consumo comienza con el contrato dirigido a obtener la adquisición del bien o el disfrute del servicio; así el comprador es un consumidor desde el momento que contrata la compra de un electrodoméstico, por ejemplo,, aunque este no le haya sido entregado, no haya habido *traditio* y no pueda decirse en términos jurídicos que hay “adquisición”; lo mismo puede decirse del empleo de los términos “utilización” y “disfrute”, empleado en las definiciones de consumidor, porque el uso y el disfrute, tal como fue concebido por los romanos que hablaron del *ius utendi* y del *ius fruendi*, son facultades del propietario una vez que lo es.

La definición que con carácter general hacen las leyes sobre protección al consumidor, al definir el fenómeno del consumo se refieren a este como: adquirir, utilizar o disfrutar bienes y servicios¹¹, da la idea, a *prima facie*, de que el legislador vincula el consumo con la adquisición, la utilización y el disfrute, lo cual no es acertado en sentido técnico jurídico, pues tal como considera Díez-PICAZO¹² la adquisición, es adquisición del dominio o del derecho sobre los bienes, por tanto es obra de un proceso complejo, que precisa la existencia de ciertos contratos y la entrega de los bienes que hayan sido objeto de los mismo, *cf.* Artículo 178 del Código Civil cubano, de forma que sólo con la *traditio* o traspaso posesorio se adquiere la propiedad.

Por otra parte el hecho de que el legislador haya dotado a ciertos contratos de un contenido determinado de forma imperativa puede conducir a hablar de contratos normados o contratos reglamentados, pero, en ningún caso, a negarles el carácter contractual, pues dentro de las alternativas que la libertad contractual comprende, en los contratos de consumos cuyo contenido está previamente determinado supone entonces que existe una limitación de la libertad contractual, pero tal limitación cabe de lleno en la rúbrica del artículo 312 del Código Civil.

Tampoco puede excluirse el carácter contractual por el hecho de que puedan ser operaciones realizadas con escasa deliberación y escasa libertad a lo que puede añadirse la supremacía o superioridad en que el empresario se encuentra respecto del consumidor. Nadie ha podido pensar nunca que la previa negociación sea un requisito del contrato. Para establecer las premisas

¹¹ *Cfr.* Ley # 26 de 19 de julio de 1984, Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios española; Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, Ley # 19.496 de marzo de 1997, Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores de Chile; Ley Federal de Protección al Consumidor de México; Código brasileño de Defensa de los Consumidores; entre otras que pudieran ser citadas.

¹² *Vid.* L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Contratos de consumo y derecho de contratos*, en *Estudios Monográficos de Anuario de Derecho Civil*, Madrid, pp. 512-513.

filosóficas de la concepción moderna del contrato, podremos haber dicho que se presume que el contrato es una operación entre iguales, nacida del debate y de la negociación entre ellos, pero es evidente que la negociación no es un requisito. Algo parecido hay que decir del requisito de la presunta igualdad de las partes contractuales, que es, por supuesto, una igualdad mítica que en la realidad no existe ni ha existido nunca¹³.

No priva del carácter contractual a las operaciones de consumo el hecho de que en algunos casos no pueda encontrarse en ellos la perfecta y enteramente libre voluntad contractual, *cfr.* Artículos 310 y 311 del Código Civil. El hecho de que el consumidor haya procedido con deliberación y que manifieste más o menos libremente el llamado consentimiento contractual no es decisivo como no lo es en el resto de los contratos, de manera que las operaciones de consumo siguen siendo contractuales aun cuando se cierren mediante operaciones automáticas.

No se puede discutir el carácter contractual de las operaciones de consumo que tengan como objeto la facilitación de bienes o servicios que se encuentren en régimen de monopolio, o que han de ser facilitados por las administraciones públicas, aun cuando algunos consideren el traspaso de estos contratos, que seguirán siendo contratos al campo del Derecho público como contratos administrativos.

Otro aspecto que puede ser objeto de debate es la relación que existe y debe existir entre la regulación general de los contratos en el Código Civil y la existencia de otras normas, que comprende los contratos de consumo y que parece presentarse como un Derecho de carácter especial y en alguna medida fragmentario, *cfr.* Disposición Final Primera *in fine*.

El tema se puede afrontar desde varios puntos de vista, teniendo en cuenta los modelos que podemos encontrar en algunos países europeos que son muy diferentes y pueden resumirse en:

- Existe una ley general y a su lado una nutrida legislación especial, que en parte es de origen interno y en parte es de origen comunitario, como es el caso del Derecho español.
- En otros países han preparado o tratado de preparar textos únicos.
- Otros poseen una legislación fragmentaria unida a una doctrina de naturaleza jurisprudencial, como es el caso de la Gran Bretaña.
- Hay ordenamientos en los que la disciplina de los contratos de consumo o, por lo menos, la parte más importante de ella se ha insertado clara y decididamente en el Código Civil, como Holanda y Alemania.

¿Cuál de estos modelos presenta mayores ventajas y por cuál debemos decantarnos?

¹³ La igualdad no es requisito para que el contrato sea válido, sólo ocasionalmente algunos ordenamientos jurídicos dan relevancia a la existencia de un abuso de superioridad, de un abuso de posición dominante o al hecho de que una de las partes aproveche las ventajas que puede proporcionarle el estado de necesidad o la inexperiencia del otro contratante.

Para Díez-PICAZO los partidarios de una concepción de un Derecho de consumo, como Derecho que atiende a reivindicaciones de clase, tienen tendencia a configurarlo un Derecho especial, para quienes adoptan este punto de vista la integración del Derecho especial en el Derecho común es rechazable porque lo contaminaría. Se piensa, seguramente, en el Derecho común de la contratación, lo que en rigor es erróneo y se trata de un error que se desvanece con el más mínimo análisis.

Considerar que el Derecho general de la contratación contamine el derecho especial, es algo que no es ni siquiera pensable paradójicamente los que adoptan la posición contraria llegan a una conclusión parecida. Como sólo el Derecho tradicional de la contratación es el Derecho de la contratación libre, el Derecho de los contratos de consumo tiene que ser mantenido en un Derecho especial, sin posibilidad de interpretaciones extensivas o analógicas, porque, desde ese punto de vista, es el Derecho general de la contratación el que resultaría contaminado.

Ninguna de esas posiciones, a criterio de Díez-PICAZO puede ser hoy sostenida y ello con completa independencia de cómo queramos dibujar la figura del consumidor¹⁴.

La modernización de los códigos civiles, no puede dejar de considerar el Derecho patrimonial y los principios con arreglo a los cuales se desarrolla el tráfico jurídico de bienes y servicios, por ello no puede dejar fuera la figura del consumidor, la inserción de los consumidores en los códigos no puede ser puramente estética o ficticia y debe ir acompañada por reglas que mantengan la especialidad del tratamiento jurídico. Considerando que a los Códigos se les reserva la función que siempre tuvieron de reflejar la vida económica y social, no puede dejar de resultar claro que hay que integrar, con el Derecho de consumo, ya que los consumidores son operadores económicos con una clara incidencia en la vida económica.

Con lo hasta aquí expresado no hay dudas que las operaciones de consumo tienen naturaleza contractual y es necesaria su inserción en el campo del derecho privado y en el derecho de contratos ya que los contratos de consumo son genuinos contratos.

Los consumidores y los contratos de consumo

El concepto de consumidor se desprende de su función social y de su función económica. Desde su función social el consumidor es la persona que utiliza el valor de uso de la mercancía, y no el valor de cambio; esta persona no adquiere para lucrarse en una posterior transacción, sino que lo hace para usar lo que adquiere, sea bien o servicio. Desde su función económica el consumidor es el sujeto del mercado que adquiere bienes o utiliza servicios para satisfacer

¹⁴ L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, en *Contratos de consumo*, cit., pp. 516-519.

necesidades domésticas, personales y familiares¹⁵. En el mundo económico el consumidor se ha vuelto un elemento de la economía más que una parte contratante de una operación económica y jurídica clásica.

Existe una distinción entre consumidor material y consumidor jurídico¹⁶; distinción que no trasciende a las definiciones legales que del término consumidor aparecen en las leyes de protección a los derechos de éstos, todo lo contrario, se incluyen ambas al considerarse consumidor tanto al que adquiere (consumidor en sentido jurídico) como al que utiliza o disfruta los bienes o servicios (consumidor en sentido material), pero si trasciende al orden del ejercicio de los derechos reconocidos a los consumidores, ya que las dos condiciones pueden darse en la misma persona, pero puede no ocurrir así, por ejemplo cuando se compra un bien para regalar, aquí el adquirente será distinto del que utiliza o disfruta el bien adquirido, ambos, sin embargo, son considerados consumidores, pero no podrán ejercitar los mismos derechos¹⁷.

Considerando los criterios de mayor actualidad, el consumidor es toda persona física o jurídica que contrata para adquirir bienes o utilizar servicios para satisfacer necesidades propias, de su grupo familiar o social, como destinatario final, cualquiera que sea la naturaleza jurídica pública o privada, individual o colectiva de aquel que los produce, presta, facilita, provee o expende¹⁸.

En la noción abstracta y amplia de consumidor¹⁹ para una política de protección e información, estos no pueden ser sólo considerados como un comprador o un usuario de bienes o servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como tal consumidor.

¹⁵ Vid. V.H. LARES ROMERO, *El Derecho de Protección a los consumidores en México*, Editorial de Universidad Autónoma Metropolitana, México 1991 p. 34.

¹⁶ Vid *supra* nota al pie # 5.

¹⁷ Para ejercitar los derechos reconocidos por la ley al consumidor habrá que atender a la regulación legal de cada uno de esos derechos, así los derechos relacionados directamente con el contrato por el que se produjo la adquisición podrán ser ejercitados por el consumidor jurídico, mientras que los derechos otorgados al consumidor para proteger su salud o seguridad física serían ejercitados por el consumidor material, sea o no el adquirente del bien que ocasionó el daño.

¹⁸ Así quedan excluidos de la noción de consumidor, los consumidores intermediarios, es decir, aquellos que integran la cadena productiva o de comercialización; se deja fuera de la tutela legal las adquisiciones para su reinserción en el proceso industrial con fines lucrativos, alcanzando así la garantía bajo este concepto al consumidor final que pone fin al circuito, cfr. económico. Cfr. artículo 2.1 de la LFPC de México; artículos 1.2 y 1.3 de la LGCU de España; artículo 1.2 de la LPDC de Chile y artículos 1, 2 y 11 de la LDC de Argentina.

¹⁹ Vid. A. BERCOVITZ, *La protección jurídica de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, en *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores*, Madrid 1987, pp. 21-22; A. RENTERÍA - V. PAGOLA, *La seguridad Jurídica contractual, medio de protección del consumidor*, ponencia presentada en XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Consejo General del Notariado, España 1995, p. 68.

Si en un principio se consideró indispensable proteger al consumidor en sentido estricto²⁰, hoy esa finalidad tuitiva se ha ampliado a otros muchos supuestos, tal es el caso de la protección que se le brinda a los utilizadores de los servicios; lo que nació como protección al consumidor-comprador, se está convirtiendo en protección al individuo particular²¹.

De esta forma puede considerarse que la protección del consumidor no se refiere sólo a la protección del individuo en el mercado, sino que la protección se extiende a todas las situaciones en que este se encuentra, encaminadas a satisfacer todas las necesidades que el individuo particular tiene, y que si bien la mayoría de esas necesidades se satisfacen a través del mercado, otras no, como por ejemplo la defensa al medio ambiente.

Lo que ha de determinar la cualidad de consumidor es la posición que tiene la persona en el acto de consumo, es decir, en él concluye la cadena de producción, distribución, cambio y consumo, por cuanto la adquisición, disfrute, uso y utilización de bienes y servicios es para satisfacer las necesidades materiales y espirituales, personales y familiares.

Los derechos de los consumidores han sido reconocidos tanto por normas internacionales como por las legislaciones internas de los diferentes Estados²² que han regulado la protección de aquellos, y éstos son:

- El derecho a la protección de la salud y de la seguridad física.
- El derecho a la protección de sus intereses económicos.
- El derecho a la información correcta.
- El derecho a la educación en materia de consumo.
- El derecho a la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios sufridos.
- El derecho de representación (asociación) y audiencia (consulta)

Todos estos derechos o facultades le son reconocidos al consumidor partiendo de la noción de acto de consumo, más que de la noción misma de consumidor. “El acto de consumo es el acto jurídico (generalmente un contrato) que permite obtener un bien o servicio con vistas a satisfacer una necesidad personal o familiar; un acto de consumo aislado sería suficiente para calificar de consu-

²⁰ El adquirente de bienes de consumo tales como medicinas y alimentos.

²¹ *Vid.* BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 17.

²² Entre los que se encuentran: Israel, Ley # 5725 de 1964 que regula los contratos estándar; Japón, Ley de Bases para la protección del consumidor, de 30-5-68; Suecia, Ley sobre métodos abusivos de publicidad y venta de 1970, Ley sobre cláusulas abusivas de 1971 (reformada en 1972 y 1977), Ley sobre ventas a los consumidores de 1973 y Ley sobre comportamiento en el mercado de 1975; Canadá, Ley sobre la protección de los consumidores de 1971; España, LGCU de julio de 1984; Portugal, Ley # 29 de defensa del consumidor de 1981; Francia, Ley sobre protección e información del consumidor de productos y servicios (Ley # 78/23) de 10-1-78; México, LFPC de 22-12-92; Chile, Ley # 19.496 de marzo de 1997; Argentina, Ley # 24.240 de 22-9-93; Brasil, Ley # 8078 de 11-9-90.

midor al que lo realiza”²³. Ser consumidor no es un status subjetivo permanente, sino que dicha calificación le es atribuida a quien actúa de determinada forma y con relación exclusivamente a esa actuación, es ahí donde los derechos reconocido a los consumidores adquieren virtualidad, es decir, no se pueden confundir estos derechos o facultades con los derechos que como ciudadano genérico se le reconocen en las Constituciones, *V.gr.* Derecho a la salud, a la educación, etc.; estos derechos resultan de la función social de la Administración Pública y son anteriores al reconocimiento del derecho de los consumidores.

El reconocimiento que a partir de la promulgación del Código Civil cubano se hace de una serie de derechos de los consumidores no es suficiente si el ejercicio de éstos no está garantizado a través de vías eficaces y viables, entre los que se encuentran:

- derecho a la resolución del contrato, *cfr.* Artículos 322-2, 333-2 y 364-1;
- derecho a la garantía de la calidad, *cfr.* Artículos 355-1 y 361;
- derecho a la reducción del precio, *cfr.* Artículos 333-1, 355-2 y 364-4;
- derecho a la indemnización de los daños y perjuicios, *cfr.* Artículos 322-2, 325-2 y 333-2;
- derecho a interponer reclamación, *cfr.* Artículos 325-1 y
- derecho a ser informado, *cfr.* Artículos 321, 324 y 358, a favor de los consumidores.

La noción actual de consumidor no sólo debe incluir a la persona que adquiere bienes o servicios en el mercado para su uso privado, sino que ha de incluir a quien realiza todo tipo de contratos para la satisfacción de sus necesidades privadas: contratos de arrendamientos, de seguros²⁴, de operaciones bancarias, contratos de transporte, contrato con agencias de viajes, etc. Por ello, es preciso considerar que no sólo afectan al consumidor las disposiciones legales que le designan con este nombre o con el de usuario, sino todas aquellas, mucho más numerosas, en las que se denomina al consumidor por el nombre específico que le corresponde en el negocio regulado, nombres como: comprador, arrendatario o asegurado, se refieren evidentemente a los consumidores o usuarios, aunque no se refieran exclusivamente a ellos.

De tal manera que cualquier tipo de operación jurídica puede ser cauce de la relación de consumo: venta, arrendamiento, realización de obras, negocios crediticios, financieros o de garantía, etc. se trate de cosas mueble consumibles o no, o de inmuebles; queda comprendida la prestación de servicios públicos (domiciliarios y externos) ya sean realizada por empresas estatales o privadas.

En consecuencia cualquiera de los contratos antes mencionados pueden ser considerados contratos de consumo, éstos no son un tipo contractual determi-

²³ G. BOTANA GARCÍA - M. RUIZ MUÑOZ (coordinadores), *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, Editora McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U, Madrid 1999, p. 32.

²⁴ La regulación del contrato de Seguro quedó excluida del Código Civil a partir de la promulgación del Decreto-Ley número 263 de 23 de diciembre del 2008.

nado, sino que por el contrario con esta expresión se hace alusión a una categoría que atraviesa prácticamente todo el universo de los contratos, resultando incalculable la cantidad de acuerdos que pueden revestir o no el carácter de contrato de consumo, de manera que por contrato de consumo se entenderá aquel a través del cual se establece una relación de consumo en que una de las partes es consumidor y como tal se le dispensa la protección jurídica reconocida por el ordenamiento por tal condición.

Los contratos de prestación de servicios como contratos de consumo en el Código Civil cubano

Los contratos de consumo son todos aquellos a través de los cuales los consumidores realizan el acto de consumo que tienen por objeto la prestación de servicios; entendiéndose por servicio “aquella esfera de actuación que tienden a solventar necesidades genéricas y disímiles de carácter público y social a través de la entrega en posesión de un bien, la realización de cierta actividad o la ejecución de un trabajo, que será desplegada por personas naturales o jurídicas autorizadas para ello y que habitualmente se dedican a ese fin”²⁵.

Los contratos de prestación de servicios son aquellos en virtud de los cuales una persona presta un servicio a otra, para la satisfacción de determinada necesidad, a cambio de que esta última pague el precio establecido o convenido al efecto, todo ello dentro del término fijado.

Las disposiciones comunes que aparecen en el Código Civil sobre estos contratos no ofrecen una definición legal de este tipo contractual, aun cuando al regular los distintos tipos de contratos de esta naturaleza se definen legalmente cada uno de ellos²⁶; si bien el legislador no tiene por qué ofrecer definiciones en el caso que nos ocupa considero que es necesaria, primero porque es una categoría general de tipos contractuales que adquieren individualidad precisamente a partir del servicio objeto del contrato y en segundo lugar porque precisamente del título del Capítulo III “Disposiciones comunes a los contratos de prestación de un servicios” hay que acotar cuáles son esos contratos a los cuales se les dedican normas que le son comunes a todos ellos y en consecuencia los aspectos comunes no tienen que volverse a regular en ocasión de cada uno de ellos.

A lo anteriormente señalado hay que añadir que la sistemática seguida en la regulación de las distintas especies de contratos de prestación de servicios en

²⁵ Vid. E. HORTA HERRERA - N. OJEDA RODRÍGUEZ - L.B. PÉREZ GALLARDO, *Los derechos del consumidor y su protección jurídica*, en *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Editorial “Félix Varela”, La Habana 2000, p. 325.

²⁶ Cfr. artículos 429 Transporte de Pasajeros; 435 Transporte de carga, 438 Hospedaje, 445 apartado 1 Cuenta de Ahorro, 446 Cuenta Corriente, 447.1 Préstamo Bancario y 447.2 Apertura de Crédito. A modo de ejemplo: Artículo 429: «Por el contrato de transporte de pasajeros, el porteador se obliga a trasladar al pasajero al punto de destino y éste a pagar el servicio de conformidad con las tarifas vigentes».

el Código Civil, no es la más adecuada, ya que si el interés es la protección del consumidor²⁷, deben ser regulados de forma coherente en este cuerpo legal, en un Título denominado Contratos de prestación de servicios o Contratos celebrados con consumidores, en él quedarían incluidos todos los contratos de esta naturaleza y no como se regula en el Título II de las “Obligaciones Contractuales” en los Capítulos III y IV y posteriormente a partir del Título XIII regular las distintas especies de contratos de prestación de servicios.

Por lo que se requiere de la determinación legal en sentido general de este tipo contractual y no sólo determinar quiénes son los sujetos que pueden prestar el servicio, *cfr.* Artículo 320 y “aspectos “generales” del contrato *cfr.* Artículos 321 y 322, ambos reconocen derechos del consumidor: derecho a ser informado, *cfr.* Artículo 321 y los derechos a: la resolución del contrato por incumplimiento del contrato y exigir indemnización por los daños y perjuicios causados, *cfr.* Artículo 322.2, sino también a: los diferentes objetos²⁸ del contrato, las características de éstos, así como las obligaciones de las partes que son comunes a todos ellos; seguidamente regular cada uno de los contratos de manera más amplia, aun cuando se requiera de disposiciones complementarias que sean de competencia de los Órganos de la Administración Central del Estado (OACE), las que han de estar en correspondencia con los principios establecidos en la Constitución y el Código Civil como normas de mayor jerarquía. Se precisa asimismo que se consignen normas relativas: a las diferentes formas de concertación de los contratos, entre las que se encuentra la adhesión a condiciones generales del contrato o por adhesión al ser éstas formas en que se pueden producir la perfección de los contratos que conciertan los consumidores al establecer la relación de consumo; así como normas concretas relativas a la fijación de su contenido, y ejecución del mismo²⁹.

²⁷ Tal como se declara en el Por Cuanto Segundo del Código Civil: «Es necesario reelaborar el conjunto de nuestro Derecho Civil en armonía con la realidad socio-económica actual, incorporar a él nuevas instituciones, suprimir las que resultan inaplicables y acoger las más recientes contribuciones de la doctrina jurídica del socialismo, así como incorporar a este texto legal algunos contratos que no eran de naturaleza civil destinados a satisfacer necesidades de la población con el objeto de ofrecer a esta las garantías inherentes a la legislación civil».

²⁸ Que son las diferentes actividades que realiza el que presta el servicio, *cfr.* Artículos 45.1 y 46, quedando excluidos de estos contratos los de prestación de servicios públicos, *cfr.* Artículo 45.2 del Decreto # 310 de 17 de diciembre de 2012. Tal exclusión se refiere a la aplicación de las normas reguladoras de los contratos de prestación de servicios establecida en este Decreto a estos contratos cuya forma de contratación es por adhesión, *cfr.* Artículo 17.1 del Decreto-Ley # 304; pero esto no es óbice para que sean considerados contratos de prestación de servicios, aun cuando los servicios prestados sean de carácter público y se concierten por adhesión.

²⁹ Tal como se prevé en el Decreto-Ley # 304 “De la Contratación Económica”, lo cual fue necesario incluir por la falta de regulación de estos aspectos en el Código Civil, *cfr.* Capítulos II y V en relación con la Cuarta Disposición Final: «Las normas de este Decreto-Ley, reguladoras de principios generales de la contratación, podrán ser de aplicación supletoria

- Los contratos de prestación de servicios se caracterizan por:
- Su finalidad es la satisfacción de disímiles necesidades, materiales o espirituales;
 - Se perfeccionan por la adhesión a condiciones generales o por adhesión;
 - Su objeto es la prestación de un servicio, que tienen distintas formas de manifestarse en correspondencia con la necesidad que el servicio va a satisfacer, su calificación está en correspondencia con el servicio que se realiza, ejemplo: transporte, servicios bancarios (con distintas especies contractuales: préstamo bancario, apertura de crédito, cuenta de ahorro, etc.), hospedaje, etc.;
 - Les son aplicables normas de Derecho Civil y de Derecho Administrativo, por lo que son considerados una institución mixta³⁰.

Los sujetos que pueden prestar los servicios serán las empresas estatales y las personas naturales autorizadas para ello, *cfr.* Artículo 320 del Código Civil; hay que tener en cuenta que si bien al momento de la promulgación de este cuerpo legal la actividad privada en el sector de los servicios era poco significativa en los momentos actuales a partir de la actualización del modelo económico cubano se amplía dicha actividad y con ello la presencia de los prestadores de servicios privados³¹.

Estableciéndose como obligaciones del prestador del servicio la de informar al consumidor de las condiciones en que se prestará el servicio en cuanto: a sus características, tarifas, tiempo de ejecución y demás particularidades, haciéndole las recomendaciones pertinentes de modo que le resulte lo más beneficioso, *cfr.* Artículo 321, esto último le permitirá al consumidor además de conocer los términos en que se ejecutará el contrato ejercer su derecho de elección.

De la interpretación del artículo 322 se colige que estos contratos deben constar por escrito al establecer este precepto el contenido mínimo que debe ser consignado en el contrato, no obstante no hay un pronunciamiento expreso respecto a la forma en que ha de concertarse el contrato y en la práctica lo que generalmente se entrega es un comprobante del pago que realiza el consumidor en el momento de la concertación del contrato.

En relación al consumidor consagra derechos que este tiene al establecer la relación contractual, díjase:

- derecho a ser informado, *cfr.* Artículos 321

a otros contratos, cualquiera que sea su naturaleza, en lo no previsto para ellos por sus normas especiales y la legislación vigente».

³⁰ Al ser contratos a los que se les aplican normas de diferentes ramas del ordenamiento jurídico al estar regulados por ellas, al respecto *vid.* T. DELGADO VERGARA, *El negocio jurídico contractual*, en *Derecho de Contratos*, tomo I, *Teoría General del Contrato*, Editorial Félix Varela, La Habana 2003, p. 7.

³¹ *Cfr.* Resoluciones # 32 de 7 de octubre de 2010; # 33 de 6 de septiembre de 2011; # 41 y 42 de 22 de agosto de 2013.

- derecho a la resolución del contrato, *cf.* Artículos 322-2
 - derecho a la indemnización de los daños y perjuicios, *cf.* Artículos 322-2,
- Con la promulgación del Decreto-Ley # 304³² de 1 de noviembre de 2012 “De la contratación económica” las insuficiencias legislativas en el Código Civil cubano respecto a esta materia se pretende superar al establecerse en su Disposición Final 4ta el carácter supletorio para todo contrato cualquiera sea su naturaleza³³; así tenemos que el no desarrollo de normas en materia de interpretación contractual³⁴, se suple con este Decreto-Ley, de igual forma es preciso reconocer los principios generales de buena fe, *cf.* Artículo 3 del Decreto-Ley, tanto para la perfección como para la ejecución del contrato y de lealtad en los negocios; así como lo relativo a la integración del contrato, *cf.* Artículos 55 al 61 y a las cláusulas abusivas, *cf.* Artículo 4.1 todos del mencionado Decreto-Ley.

Todo lo cual es aplicable a los contratos de prestación de servicios regulados en el Código Civil, y a aquellos otros que el propio Código ha reconocido que se regularán por disposiciones especiales, *cf.* Disposición Final Primera, para los que este cuerpo legal será supletorio, pero precisamente los aspectos que deben incluirse en el Código Civil se aplicarían a estos contratos (servicios de suministro de agua, gas, electricidad, telecomunicaciones y bultos postales) que son igualmente de prestación de servicio³⁵.

Para concluir

Las relaciones del derecho de consumo y el derecho civil son insolubles, ejemplo de ello es nuestro Código, aun cuando exista una ley especial sobre protección a los consumidores, la que por demás es necesaria entre nosotros,

³² El alcance de este Decreto-Ley, es la regulación del universo de relaciones contractuales que se establecen en la economía nacional entre los diferentes operadores que en ella intervienen, cualquiera sea su régimen de propiedad, a las que se aplica supletoriamente las disposiciones del Código de Comercio y Código Civil, por lo que sus disposiciones no se aplican a los contratos de consumo, en los que los sujetos son persona jurídica y/o natural /en su carácter de prestatario y Persona natural, en su condición de consumidor-cliente y su Objeto es bienes y servicios con destino al consumo personal, familiar o doméstico; estos contratos son considerados por tanto de naturaleza civil.

³³ Disposición Final 4ta: «Las normas de este Decreto-Ley, reguladoras de principios generales de la contratación, podrán ser de aplicación supletoria a otros contratos, cualquiera que sea su naturaleza, en lo no previsto para ellos por sus normas especiales y la legislación vigente».

³⁴ Por cuanto la disposición contenida en el artículo 52 del Código, resulta insuficiente, ya que lo dispuesto en este precepto, es muy general, aplicable a todo tipo de acto jurídico, la materia contractual necesita del reconocimiento de principios hermenéuticos generales, *cf.* Capítulo VII del Decreto-Ley # 304.

³⁵ Estos contratos igual que los regulados por el Código Civil son regulados de forma administrativa, a través de las regulaciones ramales de los OACE, que además son contratos concertados por adhesión, según lo establecido en el artículo 17 del D/L # 304.

se precisa de una integración de las normas sobre contratos de consumo en el Código civil y la referida ley especial.

Al propio tiempo puede constatarse la posibilidad, y aún más, la necesidad de generalizar determinadas normas o principios que han nacido o que se encuentran ubicados en el campo del derecho de consumo, a toda la materia de obligaciones y contratos, lo que entre nosotros se evidencia a partir de la promulgación del Decreto-Ley # 304 en el que se incluyeron principio y categorías tales como: cláusulas abusivas, *cfr.* Artículo 4.1; el principio de transparencia, *cfr.* Quinto Por Cuanto; de conservación del contrato, *cfr.* Artículo 60; interpretación contra *proferentem*, *cfr.* Artículo 57.1; la integración del contrato *cfr.* Artículos 58 y 59, entre otros.

Por todo lo hasta aquí expresado preguntamos: ¿son los consumidores en el Código civil cubano: protagonistas o actores de reparto?, la respuesta a tal interrogante serán ustedes los que podrán sacar sus propias conclusiones, y con ellas determinar el tol que tienen los consumidores dentro de la normativa de la ley civil cubana.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

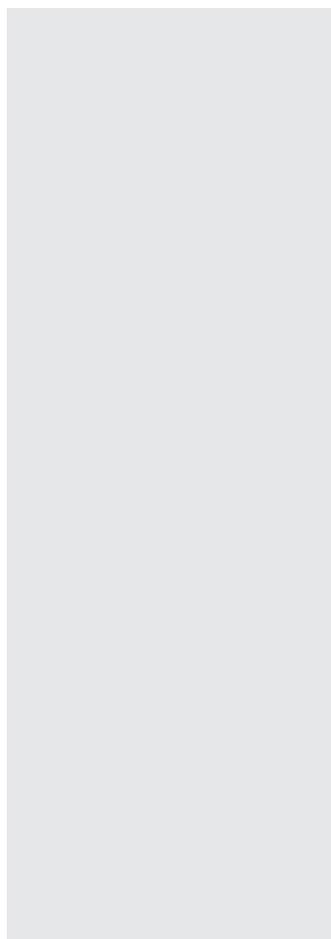
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, *La Protección de los Consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, en *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores*, Madrid 1987.
- BOTANA GARCÍA, Gema y MIGUEL RUIZ MUÑOZ, *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, Editora McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U, Madrid 1999.
- CASAS VALLÉS, R. *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, en *Revista jurídica de Cataluña*, 1992.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS, *Contratos de consumo y derecho de contratos*, en *Estudios Monográficos*, Madrid 2001.
- GHERSI, CARLOS A, *et al*, *Derecho y Responsabilidades de las empresas y consumidores*, Editorial Organización Mora Libros, Buenos Aires 1994.
- LARES ROMERO, Víctor Hugo, *El Derecho de Protección a los consumidores en México*, Editorial de Universidad Autónoma Metropolitana, México 1991.
- RAPA ÁLVAREZ, VICENTE, *El régimen de los contratos en el nuevo Código Civil cubano*, en *Revista Cubana de Derecho*, 39.
- RENTERÍA AROZENA, ALFONSO e PAGOLA VILLAR, IGNACIO, *La seguridad Jurídica contractual, medio de protección del consumidor*, ponencia presentada en XXI Congreso Internacional del Notariado atino, Consejo General del Notariado, España 1995.

Fuentes legales

- Constitución de la República de Cuba de 24-2 76 reformada en 1992 y 2003, Editorial Política, La Habana 2003.
- Código Civil cubano, Ley 59 de 16-7-87, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana 1989.
- Ley 697 de Protección al Consumidor de 22 de enero de 1960 en Folletos de Divulgación Legislativa, Editorial *Lex*, La Habana, febrero 1960.
- Ley Federal de Protección al Consumidor de México, Procuraduría Federal del Consumidor, Ediciones Especializadas Mexicanas, versión ilustrada, México 1995.

- Ley 8070, Código brasileño de Defensa de los Consumidores, en Derechos y Responsabilidades de las empresas y consumidores, Ediciones Organización Mora Libros, Buenos Aires 1994.
- Ley 19.496 de marzo de 1997, Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores de Chile, en VLEX.NETWOKS.
- Ley 26 de 19 de julio de 1984, Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios española, en Código de Comercio y legislación mercantil, 9na edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.
- Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, en Derechos y Responsabilidades de las empresas y consumidores, Ediciones Organización Mora Libros, Buenos Aires, 1994.
- Decreto-Ley número 304 de 1 de noviembre del 2012, en Gaceta Oficial N° 62 ordinaria AÑO CV de 27 de diciembre del 2012.

PROFESSIONI, CULTURA E SOCIETÀ





Il diritto d'autore nel Don Chisciotte*

Michele Salazar

Premessa

Il pregevole lavoro di Laura Moscati, *Alessandro Manzoni "avvocato". La causa contro Le Monnier e le origini del diritto d'autore in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2017, mi offre l'occasione di svolgere un intervento sul diritto d'autore nel *Don Chisciotte* di Cervantes, stante l'affinità del tema, non foss'altro che per i profili di diritto e letteratura¹ rinvenibili nelle vicende editoriali dei capolavori dei suddetti Autori: Manzoni si vide stampato da Le Monnier a Firenze nel 1840, senza alcuna autorizzazione, il suo romanzo *I Promessi Sposi*, ripreso dall'edizione del Passigli del 1832, e dovette promuovere un giudizio civile davanti al tribunale di Firenze, che all'epoca faceva parte del Granducato di Toscana, per ottenere il riconoscimento del suo diritto morale e patrimoniale sul romanzo; Cervantes venne anticipato nella pubblicazione della seconda parte del suo capolavoro da un tale Alonso Fernández de Avellaneda, che dette alle stampe, nel settembre del 1614, un'apocrifia continuazione della prima parte, con il titolo *Segundo tomo del ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha, que contiene su tercera salida*, costringendo il vero autore ad accelerare la pubblicazione (avvenuta nel 1615) della seconda parte autentica del romanzo e a compiere all'interno della stessa un'operazione assai originale per rivendicare la paternità dell'opera e sbugiardare per sempre l'intruso e parassitario contraffattore.

Strettissima è dunque, per entrambi, la relazione tra letteratura e vita², e ciò è sufficiente a giustificare questo intervento diretto ad avvicinarli sulla base

* Il presente lavoro riproduce, con lievi variazioni e con l'aggiunta delle note, la relazione al Convegno organizzato dal Consiglio Nazionale Forense e dall'Ordine degli Avvocati di Roma il 24 maggio 2017 sul tema *Manzoni "avvocato". La causa contro Le Monnier e la nascita del diritto d'autore in Italia*.

¹ Annota F. MARINELLI, *L'avvocato Alessandro Manzoni*, in *La previdenza forense*, 1/2017, p. 83, «da un processo in cui la letteratura e il diritto, complice la personalità dei protagonisti, si incontrano e si scontrano, il diritto d'autore diviene protagonista di una vicenda che si arricchisce di sfumature concrete e di modelli ideali, che in definitiva permetteranno l'adozione di scelte e di tecniche giuridiche destinate ad essere utilizzate ancora per un lungo periodo». Cervantes e Manzoni appaiono nelle *lists of novel*, ossia negli elenchi bibliografici delle opere letterarie consigliate agli studenti delle facoltà di giurisprudenza delle università americane iscritti ai corsi di *Law and Literature*. Cfr. A. SANSONE, *Diritto e Letteratura*, Giuffrè, Milano 2001.

² Ha scritto R. MONTERO, *La pazza di casa*, Frassinelli, Milano 2004, p. 7, «parlare di letteratura è parlare della vita». Sulla relazione fra letteratura e vita in Cervantes cfr. E. MARTÍNEZ MATA, *Cervantes comenta el Quijote*, Cátedra, Madrid 2008, p. 149; e E. URBINA, *La ficción che no cesa: Paul Auster y Cervantes*, Academia el Hispanismo, Vigo 2007, p. 16.

del comune denominatore del diritto d'autore, con il quale entrambi ebbero a misurarsi in luoghi e tempi diversi, assumendo personalmente le vesti di "avvocato". Un intervento, dunque, di letteratura comparata e – mi si passi la presunzione – di diritto comparato all'interno dell'ampia cornice della Storia della letteratura europea.

Devo però subito fare presente che – ove si escludano le acute e originali osservazioni di Leonardo Sciascia³, i fuggevoli accenni di Giacomo Scarpelli e Lodovico Steidl⁴ e le riflessioni di Luigi Pirandello⁵ – una comparazione tra Cervantes e Manzoni – per quanto è a mia conoscenza – i critici letterari di professione⁶ non l'hanno mai tentata, probabilmente perché non se ne è presentata l'occasione, che, oggi, invece, il libro della Moscati mi offre su un piatto d'argento.

Eppure, tra i due suddetti Autori non mancano coincidenze e assonanze – e quindi punti di contatto – che una rapida rassegna, condotta in linee di assoluta brevità e solo per "creare l'atmosfera", consentirà di mettere in luce.

Le coincidenze

Le coincidenze più evidenti, anche se superficiali e meramente nominalistiche, possono così riassumersi: sono entrambi autori di romanzi; sono entrambi poeti; sono entrambi drammaturghi; sono entrambi europei. In un censimento tra le maggiori università europee su chi avesse meglio rappresentato nella letteratura lo spirito dell'Europa, la palma della vittoria è stata assegnata a Cervantes⁷. È opinione unanime, peraltro, che egli sia l'iniziatore del romanzo moderno. Il *Quijote* è considerato infatti la *primera novela moderna*⁸, mentre Manzoni è il principale rappresentante del romanzo storico dell'Ottocento italiano⁹.

³ L. SCIASCIA, *Ritratto di Alessandro Manzoni*, in *La letteratura italiana*, diretta da E. Siciliano, Curcio, Roma, vol. 6, pp. 1254 ss.

⁴ G. SCARPELLI - L. STEIDL, *Vita e opere di Manzoni*, in *La letteratura italiana*, cit., pp. 1260 ss.

⁵ L. PIRANDELLO, *L'umorismo*, in *Saggi e interventi*, Mondadori, I Meridiani, Milano 2006, pp. 775 ss., segnatamente p. 930 (il confronto, ancorchè stringato, è tra don Abbondio e don Chisciotte).

⁶ Assai ampia è la bibliografia su Manzoni; immensa ed eterogenea quella su Cervantes.

⁷ Afferma F. RICO, *Presentazione* a J. CANAVAGGIO, *Don Chisciotte dal libro al mito*, Salerno, Roma 2006, p. VII: «Per quattro secoli, il *Chisciotte* è stato, in assoluto, il libro europeo per eccellenza, l'opera letteraria dell'Età Moderna più costantemente letta e apprezzata in tutti i paesi e in tutte le lingue d'Europa, la finzione più familiare al maggior numero di europei (e americani) delle più svariate condizioni».

⁸ Cfr. O. PAZ, *El signo y el garabato*, in *El Quijote visto desde América*, Visor libros, Madrid 2005, p. 291; e M. FOUCAULT, *Le parole e le cose*, Bur, Milano 2006, p. 63.

⁹ Ha scritto D.H. LAWRENCE (citato da L. SCIASCIA, *loc. cit.*, p. 1255) che «*I promessi sposi* di Manzoni, quando apparvero cento anni fa, incontrarono subito l'applauso europeo. Con Walter Scott e con Byron, Manzoni rappresentò il romanticismo per tutta l'Europa». Cfr. pure G. GETTO, *Manzoni europeo*, Mursia, Milano 1971; e E. GHIDETTI, *Progetto, storia e destino di*

A ciò va aggiunto che entrambi utilizzano l'espedito del ritrovamento fortuito del manoscritto contenente la storia oggetto della narrazione dei rispettivi romanzi, fingendo di essersi limitati a riscriverla perché non rimanesse sconosciuta e per renderne agevole la lettura¹⁰. L'espedito è però diversamente articolato: per Cervantes le gesta di don Chisciotte sono state scritte da uno storico arabo, Cide Hamete Benengeli, e il manoscritto che le narra, da lui acquistato per il prezzo di mezzo reale al mercato di Toledo, è stato tradotto da un moro ospitato per poco più di un mese e mezzo a casa sua, e poi riversato dallo stesso Cervantes in puro ed elegante castigliano¹¹. Manzoni non dice come è finito nelle sue mani lo scartafaccio "dilavato e graffiato", da lui scoperto, né indica il nome dell'autore, che rimane dunque anonimo per tutto il romanzo. L'espedito del ritrovamento consente ad entrambi di restare dietro le quinte e da lì interloquire con il lettore senza apparire mai sul palcoscenico. Con una differenza, però, di non poco rilievo, che peserà a carico di Cervantes quando dovrà fornire la prova del diritto sulla paternità dell'opera dell'ingegno perché il *primero autor* del *Don Chisciotte* non è lui, ma lo storico arabo Cide Hamete Benengeli, e il *segundo autor* è il moro che ha tradotto il manoscritto dall'arabo. Cervantes, insomma, ha inventato Cide Hamete Benengeli, attribuendogli la scrittura del *Don Chisciotte*, che un moro ha tradotto dall'arabo e che esso Cervantes (*terciero autor*) ha poi riscritto in lingua castigliana. Un groviglio di paternità che verrà al pettine nel momento in cui Cervantes dovrà rivendicare il diritto d'autore nei confronti di un intruso usurpatore della seconda parte della sua opera, come più avanti avremo modo di vedere.

Entrambi usano un *incipit* topografico per indicare il luogo di avvio dell'azione, *incipit* che sembra avere lo stesso ritmo e lo stesso suono: «*En un lugar de*

un libro per tutti, Introduzione all'ediz. Feltrinelli, Milano 2016, p. IX. Definisce Manzoni «il più grande narratore italiano», A. COLASANTI, *Manzoni o la balbuzie e l'anima*, in *Introduzione a I promessi Sposi*, ediz. Newton Compton, Roma 2016, p. 10.

¹⁰ Scrive Cervantes, a proposito del manoscritto dell'arabo Cide Hamete Benengeli contenente la storia di don Chisciotte: «non potevo indurmi a credere che tanta graziosa storia fosse restata monca e guasta, e ne rigettavo la colpa sulla malvagità del tempo, che tutto divora e consuma...» (I, 9). Gli fa eco Manzoni nell'*Introduzione*: «mi sapeva male che una storia così bella dovesse rimanersi tutta sconosciuta». In più Manzoni, da fine giurista, intuisce gli effetti che possono derivare da siffatto espedito e, nella parte finale dell'*Introduzione*, si spinge ad abbozzare una teoria giuridica della riscrittura con riguardo all'obbligazione che il rifattore contrae con i propri lettori: «Chiunque, senza essere pregato, s'intromette a rifar l'opera altrui, s'espone a rendere uno stretto conto della sua e ne contrae in certo modo l'obbligazione: è questa una regola di fatto e di diritto, alla quale non pretendiamo punto di sottrarci». Cfr. F. DE CRISTOFORO (a cura di), *Il romanzo sul tavolo da gioco*, nell'ediz. Bur classici moderni de *I Promessi Sposi*, Milano 2016, p. 9.

¹¹ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte della Mancia*, I, 9. Sulla *ficción autorial* cfr. MARTÍNEZ MATA, *op. cit.*, pp. 23 ss. e D. VILLANIEVA, *El "Quijote" (1605-1615): Vision y dicción. Cuatro siglos de modernidad novelística*, prologo alla seconda ediz. del IV centenario, Real Academia Española, Penguin, Barcelona 2015, p. XXII.

la Mancha...» (Cervantes); «*Quel ramo del lago di Como...*» (Manzoni). Manzoni indugia per più di una pagina nella descrizione del *lugar* lombardo e fa quindi apparire, per una delle sue stradicciole, quale primo personaggio del romanzo, don Abbondio, che non è certo il protagonista, del cui casato (*de cuyo nombre...*) l'anonimo autore del manoscritto non si è voluto deliberatamente ricordare¹². Cervantes, senza indugiare né punto né poco, sul «*lugar della Mancha*», che ha lasciato senza nome, introduce subito il protagonista nelle prime righe del romanzo, l'*hidalgo* Alonso Chisciano, presentandolo attraverso il cibo del suo povero menù settimanale¹³, e subito traslocandolo – dopo una radicale metamorfosi della personalità – sul piano di Montiel e da lì in ambiti geografici sempre più vasti fino al mare di Barcellona. Anche Lorenzo Tramaglino, dopo aver lasciato il natio borgo per fuggire, con Lucia e Agnese, a Monza, vagherà per la Lombardia e sarà costretto a rifugiarsi a Bergamo, che all'epoca era territorio della Repubblica di Venezia. La vicenda narrativa parte dunque in entrambi i romanzi da un piccolo villaggio per allargarsi via via in altri luoghi (in Spagna: Argamasilla, El Toboso, Puerto Lápice, Villanueva de los Infantes, Ossa de Montiel, las Lagunas de Ruidera, Barcelona; in Lombardia: Lecco, Pescarenico, Monza, Milano, Gorgonzola, Bergamo).

Secondo Roberto Paoli¹⁴, altro elemento di derivazione cervantina nel romanzo manzoniano è la biblioteca di don Ferrante (cap. XXVII), ricca di poco meno di trecento volumi aventi ad oggetto le più strampalate materie pseudo-scientifiche, in ognuna delle quali il nobiluomo milanese era più o meno versato, tra cui addirittura la scienza cavalleresca, biblioteca che sembra richiamare quella dell'*hidalgo* Alonso Chisciano (I, 6), tuttavia meno corposa (un centinaio di volumi di grossi libri, molto ben rilegati, ed altri di minore dimensione). La Cavalleria, infine, fa capolino nelle pagine de *I Promessi Sposi*. A una frivola e animata disputa su questioni cavalleresche si abbandonano infatti i commensali alla tavola di don Rodrigo nel capitolo V, alla presenza di padre Cristoforo, che il padrone di casa e il conte Attilio vorrebbero addirittura coinvolgere nella accalorata discussione.

Le accennate coincidenze non appaiono tuttavia sufficienti a dar conto dei punti di contatto fra i due Autori e a creare l'atmosfera di cui ho parlato. È

¹² Dichiarò l'anonimo, nelle prime righe del manoscritto, riferendosi ai personaggi e ai luoghi della storia, che «si tacerà li loro nomi, cioè la parentela, et il medesimo si farà de' luoghi, solo indicando li territorij *generaliter*». (Come dire: «En un lugar de la Mancha, de cuyo nombre no quiero acordarme»). Precisa Manzoni, nel cap. IX, che il «nostro autore» (ossia il presunto anonimo) tace anche il nome del paese dove fra Cristoforo aveva indirizzato Lucia e Agnese e che solo a seguito di diligenti ricerche era stato possibile dedurre che il luogo fosse Monza.

¹³ Rinvio al mio *Il cibo in Cervantes tra sogno e realtà*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2007.

¹⁴ R. PAOLI, *Genesi e fortuna del Don Chisciotte*, premessa al testo dell'edizione Bur, Milano 2003, p. XXXIX. Cfr. pure S.S. NIGRO, *Dentro il panorama del romanzo, Introduzione* all'edizione Einaudi, Torino 2015, p. X.

allora necessario approfondire l'indagine attraverso la lettura comparata dei loro capolavori nel tentativo di ricavare dalla stessa, ai fini che qui interessano, elementi più significativi di quelli finora trovati.

Le assonanze

La lettura comparata delle opere in esame consente di rinvenire elementi di palese assonanza sia per quanto riguarda il tempo dell'azione, che in esse si svolge, sia per quanto attiene ad uno dei temi di fondo nelle stesse trattato, qual è quello della giustizia.

Quanto al tempo dei fatti narrati va tenuto presente che Manzoni pubblica *I Promessi Sposi* il 15 giugno 1827 a Milano presso Ferrario¹⁵, ma, inventandosi la scoperta del manoscritto, colloca l'azione del romanzo nella Lombardia del XVII secolo¹⁶, soggetta al dominio spagnolo, spostandola così indietro di due secoli, con l'occhio tuttavia sempre rivolto al presente e cioè alla dominazione austriaca del Lombardo-Veneto del primo Ottocento. Cervantes compie la stessa operazione con altro espediente: colloca don Chisciotte nel presente – il XVII secolo – tuffandolo in un passato remoto che l'allucinato nobile vorrebbe far rivivere trasportandolo nella Spagna del suo tempo assieme alle leggi della Cavalleria errante da più di tre secoli ormai tramontate. Entrambi dunque giocano col tempo, per motivi ideologici e politici, spostandolo avanti o indietro secondo le esigenze della finzione letteraria, per non scoprire “le carte”. A ben vedere l'operazione di Cervantes è ancora più raffinata, e certamente più arrischiata, di quella di Manzoni, perché diretta a introdurre, aggirando la censura del tempo, un ordinamento giuridico settoriale – quello appunto della Cavalleria – nella Spagna monarchica e assolutista di Filippo III, così affermando il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici e addirittura sovrapponendo, o quanto meno giustappponendo, all'ordinamento statale l'ordinamento cavalleresco.

L'azione dei due romanzi si svolge dunque nel medesimo tempo cronologico anche se in luoghi diversi: Alonso Chisciano, assunte le vesti del cavaliere errante don Chisciotte, si avvia, in groppa allo scalcinato Ronzinante, sulle assolate strade della Mancina agli inizi del secolo XVII per disfare i soprusi, difendere le donzelle, proteggere le vedove e soccorrere gli orfani e i bisognosi; don Abbondio incontra i bravi il 7 novembre 1628 – agli albori dello stesso secolo – in una acciottolata viottola della Lombardia. Il cavaliere don Chisciotte in Spagna e Renzo e Lucia a Lecco hanno in comune, senza saperlo, lo stesso re, Filippo IV, che in Lombardia è rappresentato dal Governatore don Gonzalo de Cordoba, e quindi le stesse leggi e lo stesso sistema, ottuso, corrotto e arretrato, di governo.

¹⁵ Li ripubblicherà nel 1832 con l'editore Passigli e definitivamente nel novembre 1840 con gli editori Guglielmini e Radaelli in Milano.

¹⁶ Non si dimentichi che il sottotitolo del romanzo è *Storia milanese del secolo XVII*.

Ci informa Manzoni, nelle prime pagine del romanzo, che per fronteggiare nella Lombardia del secolo XVI il fenomeno della delinquenza, rappresentato dagli individui della specie dei bravi, gente spregiudicata e violenta, priva di ogni scrupolo, il Governatore di Milano e Capitano Generale di Sua Maestà Cattolica in Italia aveva emanato fin dall'otto aprile dell'anno 1583 un bando con il quale ordinava a questa gentaglia di sgomberare il paese nel termine di giorni sei, comminando la galera ai renitenti e conferendo a tutti gli ufficiali della giustizia le più ampie e indefinite facoltà per l'esecuzione dell'ordine; e che negli anni seguenti (1583, 1584, 1593, 1598, 1600, 1618, 1627, 1632) altre gride erano seguite, via via più rigorose e notabili, che prevedevano pene ancora più gravi, senza tuttavia che il seme tanto pernicioso dei bravi finisse di germogliare. Manzoni, nel citare le ricorrenti gride emanate per circa trent'anni dai vari governatori spagnoli di Milano, vuole sottolinearne la totale inefficacia e quindi la loro inutilità.

L'aveva ben intuito Sancio Panza quando fu nominato governatore dell'isola Barattaria che le leggi non bastano da sole a garantire l'ordine e la giustizia se manca – come accadeva nella Spagna del suo tempo (e nella Lombardia di Renzo e Lucia) – una struttura sociale valida ad assicurare a ciascuno pacifica e normale convivenza e adeguata tutela davanti al giudice. Forte di questo convincimento Sancio aveva dunque candidamente rivolto ai duchi, dopo essersi dimesso dalla carica di governatore, queste sagge parole: «Sebbene pensassi di fare alcune ordinanze, non ne ho fatta nessuna, temendo che non s'avesse a osservare: e farle è allora lo stesso che non farle» (II, 55).

Manzoni, dopo aver scritto, nel cap. XVIII, che «il 15 di novembre, Antonio Ferrer, *De orden de Su Excelencia*, pubblicò una grida, con la quale, a chiunque avesse granaglie e farina in casa, veniva proibito di comprarne né punto né poco, e ad ognuno di comprar pane, per più che il bisogno di due giorni, *sotto pene pecuniarie corporali, all'arbitrio di Sua Eccellenza*; intimazione a chi toccava per ufizio, e a ogni persona, di denunziare i trasgressori; ordine a' giudici, di far ricerche nelle case che potessero venir loro indicate; insieme però, nuovo comando a' fornai di tenere le botteghe bene fornite di pane, *sotto pena in caso di mancamento, di cinque anni di galera, et maggiore, all'arbitrio di S.E.*», annota, con fine umorismo, allineandosi al pensiero di Sancio: «Chi sa immaginarsi una grida tale eseguita, deve avere una bella immaginazione; e certo, se tutte quelle che si pubblicavano in quel tempo erano eseguite, il ducato di Milano doveva avere almeno tanta gente in mare, quanta ne possa avere ora la gran Bretagna» (e cioè tanti galeotti nelle galere quanti marinai possa avere la flotta inglese).

Uno dei temi di fondo, sia del romanzo manzoniano sia del romanzo cervantino, è il tema della giustizia. Entrambi gli Autori manifestano una profonda sfiducia nella giustizia umana ed esaltano, al confronto, una giustizia superiore che l'ordinamento all'epoca in vigore non era in grado di assicurare, né in

Spagna, né in Lombardia. Annota acutamente Carlo Salinari¹⁷ che Manzoni, nel descrivere la società seicentesca, cerca di mettere in luce i rapporti assurdi in essa esistenti fra potere pubblico e potere privato e ne fa scaturire la necessità di una legge certa (caposaldo del sistema borghese) di fronte alla quale tutti i cittadini siano uguali¹⁸.

Analoga è la posizione di Cervantes nel *Don Chisciotte*.

Fortemente severo è infatti il suo pensiero sul sistema giudiziario della Spagna del *siglo de oro*. Don Chisciotte – che parla per bocca sua – crede solo nella giustizia dei cavalieri erranti, al di sopra della quale – per quanto egli ne sa – esiste solo la giustizia di Dio¹⁹.

In entrambi, dunque, può rinvenirsi una identica posizione critica della società storicamente determinata: Manzoni ne auspica il superamento attraverso le idee della borghesia progressista e l'emanazione di nuove leggi nazionali e giuste; Cervantes per mezzo della cavalleria errante, facendo cioè rivivere – attraverso il pensiero e le gesta di un pazzo – un ordinamento ispirato a principi di eguaglianza e di solidarietà²⁰.

L'idea manzoniana dell'immanenza della Provvidenza divina nelle vicende umane trova corrispondenza nelle alate parole che in un memorabile discorso don Chisciotte rivolge al suo scudiero: «Sali sul tuo giumento, o buon Sancio, e vienimi dietro, che Dio, che è il fornitore di tutte le cose, non ci mancherà tanto più andando al suo servizio come andiamo, poiché non manca alle zanzare dell'aria né ai vermiciattoli della terra, né ai girini dell'acqua, ed è tanto pietoso che innalza il suo sole sopra i buoni e i cattivi e piove sopra gli ingiusti e i giusti»²¹.

E così pure il richiamo alla misericordia, immortalata nelle accorate parole rivolte da Lucia all'Innominato²², era già presente in Cervantes nell'invocazione del morisco Ricote alle autorità di Barcellona di aver salva la propria vita

¹⁷ Cfr. *Introduzione a I Promessi Sposi*, ediz. Signorelli, Milano, 1974.

¹⁸ Sulla giustizia ne *I Promessi Sposi* rinvio a R. LUCIFREDI, *Alessandro Manzoni e il diritto*, Milano-Genova-Roma-Napoli 1933; F. RIZZI, *Alessandro Manzoni: il dolore o la giustizia*, Milano 1939 (traggo le citazioni da A. SANSONE, *Diritto e letteratura*, cit., p. 7).

¹⁹ Rinvio, sul punto, a H.-P. ENDRESS, *Los ideales de don Quijote en el cambio de valores desde la Edad Media hasta el Barocco*, Eunsa, Barañáin 2000, pp. 92 ss.; e al mio *Diritto e giustizia nel Don Chisciotte*, nel volume (CON M. SALAZAR) *Scritti sfaccendati su diritto e letteratura*, Giuffrè, Milano 2011. Cfr. pure PIRANDELLO, *op. cit.*, p. 881.

²⁰ In Cervantes è frequente inoltre il richiamo al diritto naturale (si veda, ad es., l'episodio della liberazione dei galeotti, I, 22) e alla libertà (libertà dal bisogno, II, 58; libertà di coscienza, II, 54). Rinvio, anche su questi punti, al mio *Diritto e giustizia, ecc.*, cit.

²¹ Sulla Provvidenza nel *Don Chisciotte* cfr. P. CITATI, *Il Don Chisciotte*, Mondadori, Milano 2013, p. 49; e S. MADRIGAL, *Don Chisciotte, cavaliere errante e cristiano*, in *La civiltà cattolica*, 2016, pp. 470 ss.

²² «Dio perdona tante cose, per un'opera di misericordia» (cap. XXI).

e quella della figlia Anna Felice²³ e nelle parole pronunziate dallo stesso don Chisciotte poco prima di morire²⁴.

Ancora un elemento comune prima di chiudere l'indagine: la *realidad*. È stato detto che i personaggi e gli episodi del romanzo manzoniano si muovono o si svolgono in un mondo reale dove trovi le case dei contadini, i palazzi dei signori, le osterie²⁵, le magre cene e i ricchi banchetti, paesaggi dolci e tempestosi, notti silenziose, illuminate dalla luna, aurore radiose, fughe, viaggi, strade polverose²⁶. È lo stesso mondo reale del romanzo cervantino in cui trovi, due secoli prima del romanzo manzoniano, la misera casupola del villano Sancio, la dura vita dei caprai e dei pastori, il palazzo dei duchi, il castello di don Diego de Miranda (il cavaliere dal verde gabbano) (II, 18), la signorile dimora a Barcellona di don Antonio Moreno, le magre cene dell'*hidalgo* (I, 1, 2) e il ricco desinare alla mensa dei nobili²⁷, l'abbondanza di cibi e bevande nel banchetto imbandito per le nozze di Camacio (II,20)²⁸, i meravigliosi silenzi²⁹, le notti serene nei boschi della Sierra Morena³⁰,

²³ «Se la nostra innocenza, se le sue e le mie lacrime valgono, pur integra da parte vostra rimanendo la giustizia, ad aprire un varco alla compassione, usatela verso di noi che mai avemmo il pensiero di offendervi, né in alcun modo concordammo con gli intendimenti della nostra gente che a buon diritto è stata cacciata in esilio» (II, 63).

²⁴ «Benedetto l'onnipotente Iddio che mi ha concesso sì gran bene! Le sue misericordie veramente sono infinite né i peccati degli uomini le menomano o ostacolano» (II, 74). Cfr. S. MADRIGAL, *lav. cit.* Può aggiungersi che la misericordia è presente anche nei consigli che don Chisciotte dà a Sancio quando viene nominato governatore dell'isola Barattaria dove dovrà svolgere anche le funzioni di giudice: «Per quanto gli attributi di Dio siano tutti uguali, agli occhi nostri quello della misericordia splende e risalta più di quello della giustizia».

²⁵ «Maledetti gli osti» esclama, nel cap. XVI, Renzo, che con gli osti aveva già avuto a che fare nei capp. VII, XIV e XV. Si veda pure il cap. XVII.

²⁶ Cfr. C. SALINARI, *Introduzione*, cit., p. XLII.

²⁷ «Andarono a mangiare e il pranzo fu di quelli che don Diego, lungo il cammino, aveva detto essere solito offrire ai propri invitati: elegante, abbondante e saporito» (II, 18).

²⁸ Per i profili della fame di Sancio (*el escudero hambriento*) e dell'abbondanza alla tavola dei duchi e alle nozze di Camacio rinvio al mio *Il cibo in Cervantes ecc.*, cit.

²⁹ «Quello che don Chisciotte gradì di più fu il meraviglioso silenzio che regnava nella casa, che sembrava un monastero di certosini» (II, 18). Ed ancora «un meraviglioso silenzio» osservavano i presenti al funerale di Grisostomo (I, 13), e «tutta immersa nel silenzio» era la locanda la notte in cui Maritornes entrò nella camera di don Chisciotte (I, 16). Cfr. F. MÁRQUEZ VILLANUEVA, *Personajes y temas del Quijote*, Bellaterra, Barcelona 2011, pp. 163 ss. Narra Manzoni (cap. XVII) che, dopo la fuga dai birri e l'avvicinamento all'Adda, immagini e pensieri di vario genere passavano per la mente di Renzo: «Tra questi pensieri, e disperando ormai d'attaccar sonno, e facendosegli il freddo sentir sempre più, a segno che era costretto ogni tanto a tremare e a battere i denti, sospirava la venuta del giorno, e misurava con impazienza il lento scorrere dell'ore. Dico misurava, perché, ogni mezz'ora, sentiva in quel vasto silenzio, rimbombare i tocchi dell'orologio: m'immagino che dovesse essere quello di Trezzo» (il corsivo è mio).

³⁰ «Andremo per monti, selve e prati, qui cantando e li intonando versi sconsolati, bevendo liquidi cristalli delle fonti, dei ruscelletti limpidi o dei fiumi rigonfi. Ci daranno il proprio frutto dolcissimo i tronchi dei durissimi sugheri, ombra i salici, profumo le rose, tappeti di mille colori in armonia i prati senza fine, alito l'aria chiara e pura, luce la luna e le stelle, a

le aurore radiose³¹, le “uscite” dell'*bidalgo* dal suo villaggio, le fughe dei *moriscos* verso il mare per sottrarsi al bando di espulsione di Filippo III del 10 febbraio 1610 (II, 54), le polverose strade della Mancía (I, 7)³², le osterie (I, 2) e le locande (I, 3, 17); un universo, insomma, veritiero e reale anche quando le allucinazioni del protagonista vorrebbero ricondurlo entro i confini della deformata visione “cavalleresca” della realtà o addirittura negarlo.

Creata così, anche se per grandi e sommarie linee, l'atmosfera propizia all'avvicinamento dei nostri illustri Autori, può ora passarsi alla trattazione del tema del diritto d'autore, che tanto spazio occupò nelle loro vite.

Cervantes “avvocato”

Cervantes pubblica nel 1605 la prima parte del suo capolavoro *El ingenioso bidalgo don Quijote de la Mancha*. Nelle ultime pagine del libro (cap. 52) segnala al lettore che quantunque abbia con cura e diligenza cercato di sapere le gesta che don Chisciotte compì nella sua terza uscita, non aveva potuto averne notizia, per lo meno da scritti autentici; e che soltanto la fama aveva tramandato nella memoria della Mancía che quando don Chisciotte si partì per la terza volta da casa sua andò a Saragozza dove si trovò a certe celebri giostre che si fecero in quella città e che là gli accaddero cose degne del suo valore e del suo nobile intelletto. Aggiunge poi che in una cassetta di piombo, rinvenuta nelle fondamenta abbattute di un antico eremo, si erano trovate delle pergamene scritte in caratteri gotici ma in versi castigliani che contenevano molte delle imprese dell'*bidalgo* e davano notizia della bellezza di Dulcinea del Toboso, dell'aspetto di Ronzinante, della fedeltà di Sancio Panza e della tomba dello stesso don Chisciotte. Con tale espediente Cervantes aveva lasciata aperta la porta alla continuazione del romanzo e quindi alla pubblicazione di una sua seconda parte. In effetti, egli aveva iniziato a scriverla subito dopo la pubblicazione della prima, specie a seguito del grande successo della medesima. Il lavoro procedeva però a rilento essendosi l'Autore dedicato alla revisione

dispetto dell'oscurità della notte, piacere il canto, allegria il pianto, Apollo versi e l'amore concerti, con cui potremo divenire eterni e famosi, non solo nei presenti, ma anche nei secoli venturi» (II, 67).

³¹ «Appena avea il rubicondo Apollo teso sul volto della Terra ampia e spaziosa le dorate file dei crini suoi belli e appena aveano i piccioli, variopinti angeletti, con lingue d'arpa, salutato con dolce e melliflua armonia la venuta dell'aurora dita di rosa, la quale, lasciando il morbido letto del geloso marito, attraverso le porte del mancego orizzonte, si mostrava ai mortali» (I, 2). «Aveva appena la bianca aurora dato tempo a che il rilucente Febo al calore dei suoi ferventi raggi rasciugasse le liquide perle dei suoi capelli d'oro, quando don Chisciotte, scuotendo la pigrizia delle membra, si drizzò in piedi» (I, 20).

³² «Panza e don Chisciotte, senza accomiarsi quello dai figli e dalla moglie e questo dalla governante e dalla nipote, uscirono una notte dal borgo, non veduti da alcuno, e camminarono tanto che, all'alba, furono sicuri che chiunque li stesse cercando non avrebbe potuto trovarli».

delle *Novelle esemplari* e soprattutto alla stesura del *Persiles*. Di questo ritardo approfittò un tale Alonso Fernández de Avellaneda³³, il quale, anticipando Cervantes, pubblicò, nel settembre del 1614, il *Segundo tomo del ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha, que contiene su tercera salida y es la quinta parte de sus aventuras*, sfruttando parassitariamente il successo della prima parte, nella quale, come si è visto, era stata preannunciata la terza uscita di don Chisciotte da casa sua (la tercera salida) per recarsi a Saragozza e partecipare alle celebri giostre che si facevano in quella città.

L'usurpatore, incurante di diritti e copyright, si era in tal modo impossessato dell'idea di fondo dell'opera di Cervantes, totalmente stravolgendola nella sua apocrifa continuazione, e soprattutto aveva fatto man bassa dei personaggi della medesima, profondamente modificandoli nella loro essenza e quindi snaturandoli³⁴.

Cervantes corse ai ripari, accelerò la stesura dell'opera³⁵ e pubblicò pochi mesi dopo (febbraio 1615) la seconda parte del suo capolavoro che intitolò *Segunda parte del ingenioso caballero don Quijote de la Mancha* (mutando nel titolo l'hidalgo in caballero), preceduta da un pungente "prologo" contro l'intruso in risposta all'offensivo prologo che nel libro apocrifo era stato scritto contro di lui.

Ma non bastava! Bisognava trovare il modo di avere giustizia contro l'usurpatore. Come? La questione era alquanto complicata e le norme all'epoca vigenti non offrivano utili spazi di manovra davanti a un tribunale. La prammatica regia promulgata a Valladolid il 7 settembre 1558 (e integrata da altre disposizioni nell'ottobre del 1590) disciplinava il procedimento amministrativo per impedire la stampa di un testo diverso da quello approvato dal *Consejo real* o la vendita ad un prezzo differente da quello fissato dallo stesso *Consejo*, e prevedeva a carico del contravventore la confisca dei libri stampati e degli strumenti usati per stamparli, ma non appariva applicabile – detta prammatica – al caso in questione perché Avellaneda aveva ottenuto l'autorizzazione (il *privilegio real*) a pubblicare la sua opera, e la stessa – a ben guardare – non riproduceva lavori altrui: non esistevano infatti in commercio libri con lo stesso titolo e la narrazione – pur utilizzando i personaggi del primo *Quijote* – era assolutamente originale.

Invocare la prammatica regia davanti a un tribunale non avrebbe dunque condotto Cervantes da nessuna parte; senza contare la difficoltà di citare in

³³ Sulla vera identità di Avellaneda si è molto discusso da parte degli studiosi. L'opinione più accreditata è quella di M. DE RIQUER, *Para leer a Cervantes*, Acanilado, Barcellona 2003, pp. 389 ss., secondo il quale sotto lo pseudonimo si celerebbe Gerónimo de Passamonte.

³⁴ Scrive A. RICCIO, *Introduzione* all'edizione Newton Compton, Roma 2010, p. 15: «Il *Don Chisciotte* apocrifo è una misera copia dell'originale: una copia burlesca e volgare che rende grottesche le nobili avventure degli eroi cervantini». Sui personaggi di Avellaneda rinvio inoltre ai giudizi critici di J. CANAVAGGIO - L. GOMEZ CANSEGO riportati nel mio lavoro *Diritto e giustizia ecc.*, cit., pp. 83 ss.

³⁵ Annota J. GRACIA, *Miguel de Cervantes. La conquista de la ironía*, Penguin, Madrid 2016, p. 419: «Escribe la continuación como un contraataque acelerado con la mayor inteligencia creativa del mundo».

giudizio un autore di cui non si conoscevano le vere generalità. Cervantes ci ragionò sopra e si convinse che in realtà la questione riguardava, nella finzione letteraria, direttamente i personaggi dei due contrapposti volumi, vale a dire il don Chisciotte di Cide Hamete Benengeli e il don Chisciotte dell'intruso Avellaneda. A subire invero la lesione del diritto all'identità personale era stato in primo luogo il don Chisciotte di Cide Hamete Benengeli e a lui spettava dunque la titolarità dell'azione di rivendicazione della propria identità contro colui che l'aveva manipolata e stravolta. Il genio di Cervantes ricorse allora ad un espediente letterario originale e di grande efficacia: affidare proprio a don Chisciotte il compito di farsi giustizia da sé e di ristabilire la verità. Per puro caso don Chisciotte, nell'osteria in cui si è fermato con Sancio lungo la strada di ritorno al proprio paese, incontra un personaggio del libro apocrifo, don Álvaro Tarfe, che secondo il mistificatore sarebbe stato a Saragozza con don Chisciotte, mentre quest'ultimo non lo conosceva, né mai lo aveva visto e frequentato. Don Chisciotte coglie la palla al balzo, si presenta a don Álvaro Tarfe e gli dà così la prova *de visu* che il cavaliere errante del libro di Avellaneda non è lui, e che il don Chisciotte descritto in quel libro era un'altra persona. «Voglio che vossignoria sappia, mio signor don Álvaro Tarfe, che in vita mia mai sono stato a Saragozza; anzi per essermi stato detto che cotesto don Chisciotte immaginario si era trovato alle giostre di cotesta città, io non ci volli comparire per smascherare la sua menzogna davanti a tutto il mondo. Così me ne andai direttamente a Barcellona». «Insomma, signor don Álvaro Tarfe, io sono don Chisciotte della Mancía, proprio quello di cui parla la fama e non già cotesto avventuroso che ha voluto usurpare il mio nome e farsi bello dei miei pensieri. Prego vivamente vossignoria per il suo dovere di cavaliere, volersi compiacere di fare dinanzi al giudice di questo paese una dichiarazione, come qualmente in tutta la vita non m'aveva mai visto fino a ora e che io non sono il don Chisciotte che va per le stampe della seconda parte né questo Sancio Panza mio scudiero è quello che vossignoria conobbe». Don Álvaro dichiara che ben volentieri lo farà ed infatti, essendosi presentati, quello stesso giorno, per puro caso, nella locanda, il giudice del villaggio con un notaro, don Chisciotte gli presentò un'istanza come qualmente il suo buon diritto richiedeva che don Álvaro Tarfe, il cavaliere lì presente, dichiarasse davanti a sua signoria come qualmente non conosceva don Chisciotte della Mancía, anch'egli lì presente, e che non era quello che andava per le stampe in una storia intitolata *Seconda parte del don Chisciotte della Mancía*, composta da un tal de Avellaneda, nativo di Tordesillas. In breve – narra Cervantes – il giudice provvide secondo legge, e la dichiarazione fu fatta con tutte le forme di legale validità che in tali casi si richiedono³⁶. Il parassita Avellaneda venne così ripagato con la sua stessa moneta! E infatti è toccato

³⁶ Per il testo del *Don Chisciotte* mi sono servito delle traduzioni di A. Giannini, ediz. Bur, Milano 2003, e di A. Valastro Canale, Bompiani, Milano 2012.

proprio a un suo personaggio, don Álvaro Tarfe, il compito di bollare per l'eternità come apocrifa l'opera dell'oscuro usurpatore aragonese. Cervantes, con un'invenzione letteraria magistrale, ha risolto, senza rivolgersi ai tribunali dello Stato, nei quali evidentemente non credeva, la questione giuridica che più di ogni altra lo assillava: riottenere l'identità dei suoi personaggi maldestramente artefatta dall'arbitraria intrusione di un truffaldino nella sua opera letteraria e rivendicare il diritto di vedersi riconosciuta la paternità che gli spettava³⁷. In questa vertiginosa operazione di sbugiardamento dell'impostore Cervantes inserisce i suoi personaggi nella *realidad factica o historica de su tiempo*³⁸ per provare, con maggior forza, che il vero don Chisciotte è il suo, perché è reale e si misura con fatti e avvenimenti reali che tutti conoscono: convive felicemente con un bandolero assai popolare, entra a Barcellona il giorno della festa di San Giovanni e prende parte alle attività che ivi si svolgono e specialmente a quelle che riguardano il porto, dove è in corso una battaglia navale, incontra Ricote il morisco, destinatario del bando di espulsione di Filippo III, della cui esecuzione era stato incaricato don Bernardino de Velasco, conte di Salazar (II, 65), anch'esso personaggio storicamente vero, come altrettanto veri sono il bandolero Rocco Guinard e il re di Spagna³⁹. Il romanzo cervantino, in virtù di questi richiami, che situano i personaggi della finzione all'interno della realtà storica ed empirica del tempo, acquista forma anche di romanzo storico nel senso che intendeva Manzoni, come può desumersi dal seguente passo della lettera del 3 novembre 1821 da lui inviata a Claude Fauriel: «Per illustrarvi la mia idea fondamentale sui romanzi storici e mettervi nelle migliori condizioni per correggerla, vi dirò che li concepisco come una rappresentazione di una condizione determinata della società, per mezzo di fatti e caratteri simili al vero che si possa reputarli come una vera storia or ora scoperta. Quando eventi e personaggi storici vi si trovano mescolati credo che occorra rappresentarli in maniera rigorosamente storica»⁴⁰.

Un ulteriore elemento di contatto, dunque, se ancora ve ne fosse bisogno, tra i due Autori.

Manzoni “avvocato”

Alessandro Manzoni pubblica nel 1827 i suoi *Promessi Sposi*. Non esistendo allora fra i vari Stati d'Italia alcuna convenzione per garantire agli Autori la proprietà letteraria, si fanno, in Lombardia, in Piemonte, in Toscana ed in ogni altra parte della Penisola, molte ristampe di quel capolavoro, senza chiedere

³⁷ Ho qui riportato alcune notazioni già svolte nel mio *Diritto e giustizia ecc.*, cit.

³⁸ GRACIA, *op. cit.*, p. 412 e MÁRQUEZ VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 237.

³⁹ Cfr. M. DE RÍQUER, *Introducción al Quijote*, Planeta, Barcelona 2005, pp. LVI e LXXIII: «Lo auténtico, lo ficticio, lo real y lo imaginario, se funden perfectamente gracia al supremo arte de Cervantes».

⁴⁰ Parla invece di realismo magico GRACIA, *op. cit.*, p. 416.

l'assenso dell'Autore. Nel 1840 interviene fra il Piemonte, l'Austria e la Toscana un patto internazionale, per assicurare la proprietà letteraria degli scrittori in questi vari Stati. Posteriormente, Manzoni corregge, rifà i *Promessi Sposi*. Felice Le Monnier esegue una nuova edizione del romanzo, non già su quella modificata dall'Autore e nata sotto l'impero della legge del 1840, ma su quella fattane dal Passigli nel 1832, cioè otto anni prima che la convenzione sulla proprietà letteraria fosse posta in vigore. Manzoni cita in contraffazione il Le Monnier davanti al Tribunale di Firenze, che all'epoca faceva parte del Granducato di Toscana. Vince la causa in primo grado e in appello. Le Monnier impugna la sentenza della Corte d'appello fiorentina davanti alla Corte di Cassazione di Firenze. In pendenza di detto giudizio il prof. Girolamo Boccardo, invitato dal Le Monnier a dare un parere sulla questione, espone in brevi pagine il suo giudizio che divide in tre parti, cioè esamina, nella prima, il quesito col criterio del *diritto filosofico*; nella seconda, con quello della *legislazione comparata*; nel terzo, con quello della *legge patria*⁴¹.

Il parere viene inviato dall'estensore direttamente ad Alessandro Manzoni. Iniziativa assai inusuale, questa dell'avvocato Boccardo, di mettersi in contatto diretto con la controparte scavalcando i suoi legali⁴², e quindi variamente interpretabile: atto di cortesia verso l'illustre letterato o manifestazione di arroganza nel senso che la tesi sostenuta nel parere era da considerarsi inattaccabile? Comunque sia, il "parere" di Boccardo è considerato da Manzoni una vera e propria "provocazione", determinandolo a scendere in campo aperto (a "singolar tenzone" avrebbe detto don Chisciotte) e a replicare con una propria pregevole memoria "conclusionale", compilata seguendo puntualmente la stessa struttura del parere, che verrà acquisita agli atti del processo⁴³. Manzoni diventa così "avvocato" di se stesso⁴⁴. E vince la causa anche in Cassazione. I giudici – davvero bravi – sentenziarono che quella ristampa non s'aveva da fare, né nel 1840, né mai!

Conclusioni

Vicende parallele, dunque, quelle fin qui narrate, nelle quali le parti lese hanno assunto personalmente le vesti di difensori della loro rispettiva proprietà intellettuale ponendo in essere tecniche di tutela originali e raffinate, ancorché differenti: Cervantes usando la propria opera letteraria come una clava contro l'usur-

⁴¹ Ho trascritto, con lievi modifiche, l'"avvertenza" posta dal prof. Boccardo in apertura del proprio parere. La stessa "avvertenza" è stata riproposta quasi per intero dal Manzoni nella sua replica a Boccardo.

⁴² Va qui ricordato che ai sensi dell'art. 41 del vigente codice deontologico «l'avvocato non deve mettersi in contatto diretto con la controparte che sappia assistita da altro collega».

⁴³ Il parere del prof. Girolamo Boccardo, la replica di Manzoni e gli atti del processo, unitamente a vari altri documenti riguardanti il contenzioso contro Le Monnier, sono pubblicati nel volume di Laura Moscati.

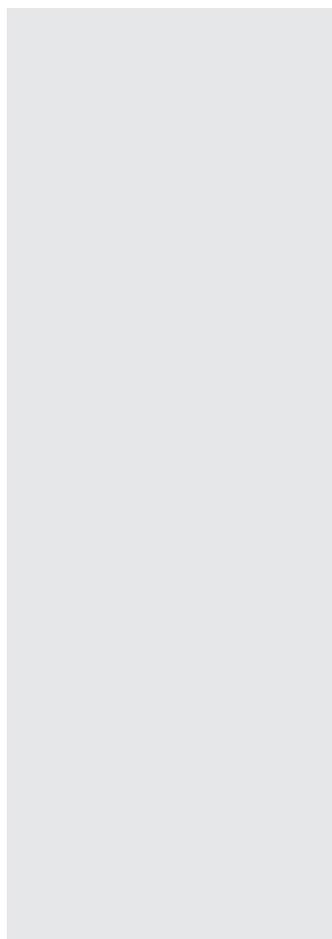
⁴⁴ Definisce Manzoni «gran giurista» SCIASCIA, *op. cit.*, p. 1255.

patore; Manzoni prendendo ufficialmente posizione come avvocato di se stesso contro il parassita Le Monnier in un atto giudiziario impeccabile per stile e contenuto, che può davvero considerarsi, come afferma Laura Moscati, il punto di partenza dell'elaborazione scientifica e normativa del diritto d'autore in Italia⁴⁵.

A ben guardare anche Cervantes si servì, nella sua complessa e originale strategia difensiva "intra moenia", di atti formalmente e sostanzialmente appartenenti all'universo giuridico: una prima volta ottenendo che venisse attestato da un giudice (e quindi mediante una pronuncia giurisdizionale), in virtù della testimonianza di don Álvaro Tarfe, chi era il vero don Chisciotte; e una seconda volta attraverso il testamento (anche in questo caso un atto giuridico) dello stesso don Chisciotte. È l'ultima "stoccata" del morente Alonso Chisciano il buono, che mi piace riportare a chiusura di queste note: «*Item*, supplico i suddetti signori miei esecutori testamentari che se la buona sorte li portasse a conoscere l'autore che dicono aver composto una storia che va in giro con il titolo di *Seconda parte delle imprese di don Chisciotte della Mancía*, gli chiedano, da parte mia, il più caldamente possibile, che mi perdoni per l'occasione che, senza volerlo, gli ho dato di scrivere tante e tali stranezze come quelle che vi scrive, perché me ne parto da questa vita con lo scrupolo di avergliene dato motivo» (II, 74).

⁴⁵ Osserva assai acutamente E.C. RILEY, *Introduzione al "Quijote"* (traduzione in castigliano di Enrique Torner Montoya), Crítica, Barcellona 2004, p. 114, che, pur non essendo un fatto nuovo nella Spagna del XVII secolo la continuazione di un'opera altrui, tuttavia la reazione di Cervantes per il modo in cui Avellaneda aveva copiato il suo capolavoro ha qualcosa di moderno perché presagisce l'introduzione della proprietà letteraria dell'autore dell'opera dell'ingegno. Aggiunge GRACIA, *op. cit.*, p. 418, che Cervantes agisce come un moderno difensore della sua proprietà intellettuale.

BIBLIOTECA





Recensione a *Il giudice meschino*, di Mimmo Gangemi*

Michele Salazar

Trattasi di un lungo e avvincente racconto, costruito con la tecnica del romanzo “giallo”, che tiene il lettore col fiato sospeso fino all’ultima pagina. Dal libro, insignito di prestigiosi premi, è stata tratta la *fiction* televisiva prodotta da Italian International Film e dalla RAI, interpretata da Luca Zingaretti con la regia di Carlo Carlei, andata in onda in due serate su Rai Uno con grande successo di pubblico e di critica.

Nel romanzo l’Autore racconta una Calabria diversa da quella rappresentata in altre sue fatiche letterarie: la Calabria di oggi, senza romanticismi e senza orpelli, vista in tutta la sua drammatica dimensione di arretratezza causata dai condizionamenti indotti nel tessuto economico e sociale dalle infiltrazioni della criminalità organizzata. Il protagonista è il giudice Alberto Lenzi, un magistrato calabrese in servizio presso la Procura della Repubblica di un Tribunale ubicato in un territorio aspromontano ad alta concentrazione di ‘ndrangheta.

È un uomo normale, con i suoi vizi (di incallito fumatore e di impenitente donnaiolo), con i suoi problemi personali e familiari (è separato dalla moglie e il loro unico figlio è stato a lei affidato, con diritto di visita del padre), un servitore dello Stato, che svolge con normale impegno e con sufficiente diligenza il lavoro di *routine* del suo ufficio.

L’assassinio per mano della ‘ndrangheta di un collega ed amico, Giorgio Mariani, pubblico ministero in quello stesso Tribunale in vari processi contro la criminalità organizzata, e la successiva catena di omicidi di stampo mafioso, a detto assassinio riconducibili, scuotono dall’abituale indifferenza il giudice meschino Lenzi, che diventa, giorno dopo giorno, con il susseguirsi degli eventi, sull’onda di una vera e propria metamorfosi spirituale, il più efficiente e ostinato indagatore di una vicenda sempre più complessa, complicata e rischiosa, nella quale fluttuano nell’ombra interessi di notevole rilevanza economica legati al traffico di rifiuti tossici, sul quale Giorgio Mariani stava indagando in assoluta segretezza ed è stato perciò assassinato per impedirgli qualsiasi approfondimento.

Si muovono così nel romanzo personaggi di varia estrazione e caratura, ciascuno nel proprio ruolo e col proprio destino spesso di morte, in una ben delimitata zona geografica della Calabria aspromontana, tra Ionio e Tirreno, dove Lenzi è nato e dove opera, in un microcosmo quindi che è metafora di uno spazio assai più ampio, quale può essere il territorio nazionale, o addirittura di

* M. GANGEMI, *Il giudice meschino*, Einaudi, Torino 2009, pp. 353.

dimensioni ancora più vaste estendendosi alla intera Europa, da cui partono i rifiuti tossici per essere riversati, a suon di euro o di dollari, nel mare incantato della Fata Morgana e delle ammaliatrici sirene o interrati nelle amene ed erbose vallate un tempo percorse dalle placide greggi dei pastori d'Aspromonte.

E non è senza significato che la Calabria contadina, o pastorale o dedita alla produzione dell'olio di buona qualità in fumanti frantoi ritorni drammaticamente nelle pagine di Mimmo Gangemi, non già per sottolineare la laboriosità dei calabresi e i loro duri sacrifici di lavoratori della terra, ma per gettare bagliori di luce sinistra sui delitti di 'ndrangheta disseminati nel romanzo; e riappaia ora attraverso una mandria di bovini acquistati da un improvvisato allevatore con il contributo a fondo perduto dello Stato e destinati a pascolare su terreni contaminati; ora mettendo in movimento le ruote di un frantoio non più destinate a schiacciare le olive dell'ultimo raccolto ma a frantumare il cadavere di un malcapitato picciotto fatto fuori dalla 'ndrangheta per non aver rispettato le regole dell'onorata società. Regole che dal carcere detta e impone il capo riconosciuto della consorceria criminale che governa quel territorio, don Mico Rota, con il quale il pubblico ministero Alberto Lenzi si misura in un gioco dialettico in cui due potestà, quella del capobastone della 'ndrangheta, e quella dello Stato, impersonata dal magistrato, si fronteggiano con raffinata destrezza, nella prospettiva di un risultato, che può far comodo ad entrambi. A don Mico perché è stato scavalcato dalla cosca rivale (quella della zona ionica) che ha invaso il territorio di sua pertinenza senza autorizzazione; ad Alberto Lenzi perché vuole l'affermazione della verità e della giustizia ad ogni costo. Obiettivo che conseguirà con l'aiuto dalle forze dell'ordine districandosi con intelligenza e con coraggio nel perfido groviglio ordito dall'organizzazione criminale. Alberto Lenzi non è tuttavia un eroe, è soltanto un giudice, che ha fatto fino in fondo il suo dovere come ciascuno dovrebbe fare in una società che non ha bisogno di eroi, ma di rispetto delle regole e dei principi fissati nelle leggi dello Stato per realizzare una effettiva convivenza civile che restituisca all'uomo il senso della sua esistenza e della sua dignità.

Notizie sugli autori

Guido Alpa

Professore ordinario di Diritto civile nell'Università "La Sapienza"

Iside Castagnola

Avvocato

Fabio Diozzi

Avvocato

Nancy de la C. Ojeda Rodríguez

Professoressa di Diritto civile nella Facultad de Derecho dell'Universidad de La Habana e Notaria

Alessandra Panduri

Avvocato

Michele Salazar

Avvocato e Componente del Consiglio Nazionale Forense

Marianna Scali

Dottore di ricerca

Federica Spinaci

Avvocato e dottore di ricerca

Norme di Autodisciplina del Comitato dei revisori

1. I contributi inviati alla rivista per la pubblicazione sono soggetti necessariamente ad approvazione dei revisori.
2. La revisione è affidata, in conformità alle linee di politica editoriale della Rivista, a due membri del Comitato dei revisori all'interno di liste per area tematica formate in base alle indicazioni di settore.
3. È assicurato l'anonimato dei valutatori.
4. In caso di pareri contrastanti, la Direzione assume la responsabilità della decisione.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la Direzione promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio, assumendosi la responsabilità della verifica.

CRITERI REDAZIONALI

Si chiede agli autori di osservare i seguenti criteri redazionali.

I testi devono essere corredati da

- nome e cognome dell'autore
- qualifica (2 righe di presentazione, max 150 caratteri spazi inclusi)
- istituto universitario o ente di appartenenza
- recapiti (indirizzo completo, anche di posta elettronica, e numero di telefono)
- breve abstract in inglese (6/10 righe)

1. Sia il testo sia le note devono essere trasmessi via e-mail in formato Word all'indirizzo: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it.
2. Si raccomanda che gli **articoli** siano contenuti in **25.000 battute note comprese**.
È preferibile che il testo sia suddiviso in parti o paragrafi non numerati
Per le **recensioni** il testo va contenuto in **7.500 battute note comprese** e, solo in casi eccezionali per l'importanza del libro recensito, in circa 10.000 battute note comprese.
3. Le **note a piè di pagina** devono essere possibilmente contenute in poche righe.

INDICAZIONI TIPOGRAFICHE

FORMATO PAGINA

Si prega di impostare la pagina con i seguenti margini:

- margine inferiore 2,5
- margine superiore 2,5
- margine destro 2,5
- margine sinistro 2,5

I rientri sono da impostare a 1 cm.

CARATTERI ED INTERLINEA

Il testo dell'articolo e delle note eventuali va impostato con interlinea 1 e in carattere Garamond sia in tondo che in corsivo.

TITOLI

I titoli degli articoli devono essere stampati in carattere Garamond, grandezza 13.

I titoli dei paragrafi, o delle parti del testo, in carattere Garamond, corsivo, grassetto, grandezza 11.

PARAGRAFI

Le parti o i paragrafi in cui è suddiviso il testo non vanno numerati.

NOTE A PIÈ DI PAGINA

Le note a piè di pagina vanno numerate progressivamente nel testo.

L'interlinea deve avere valore 1 e non devono essere impostati rientri.

CRITERI REDAZIONALI

I **nomi di enti, istituti, organizzazioni**, e simili, siano essi italiani o stranieri, vanno scritti in tondo senza virgolette e con l'iniziale maiuscola. Esempio: Camera di Commercio, Commissione Tributaria Centrale, Comunità Europea, Corte di Cassazione, Corte Costituzionale, Corte dei Conti, Ministero delle Finanze, Tribunale, Unione Europea, Università di Milano, Associazione Italiana Giovani Avvocati, Scuole forensi, Paesi, Facoltà di giurisprudenza.

Nei **nomi composti** da più parole e la maiuscola va usata di norma solo per la prima parola. Esempio: Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Corte di giustizia dell'U.E., ecc.

Negli acronimi l'uso delle maiuscole determinata dalla normalità della scrittura. Esempio: AIGA, UCPI, CNF, Coa.

Tale criterio vale anche per la punteggiatura. Esempio: CEDU, D.M., C.E.D. Cass.

Le **espressioni in lingua straniera** fatte proprie dall'autore nel contesto del discorso vanno scritte in corsivo: es. *iter, status, tout court, fair play*.

Non vanno scritte in corsivo le parole straniere entrate stabilmente nel lessico italiano (es., standard, leader, computer, common law).

Le parole latine vanno sempre in corsivo, salvo che si tratti di una citazione riportata tra virgolette (in tal caso andrà in tondo tra virgolette).

Per rispettare la **correttezza ortografica** nell'uso di ciascuna lingua, si segnala quanto segue:

- l'uso degli accenti, anche per quanto riguarda l'italiano («perché», non «perchè»; «poiché», non «poichè»; «cioè», non «cioé»; «è», non «é»);
- la è maiuscola non va scritta con apostrofo, ma: È (su Word: Inserisci - Simbolo);
- va rispettato l'uso degli spazi: per esempio, non inserire lo spazio prima dei segni di interpunzione, inserire lo spazio prima della parola che segue i segni. (... Assenza: allora...);
- per lo slash usare solo / e non \;

Si raccomanda infine di uniformare l'uso delle virgolette:

- virgolette basse o caporali («...»): per citazioni di testi e discorsi diretti.
- virgolette alte ("..."): per sottolineare parole alle quali si intende attribuire un particolare significato.

Termini quali avvocatura, consiglio dell'ordine ecc. vanno in minuscolo.

Le date devono essere scritte per esteso (Esempio: 9 febbraio 1995).

Citazioni: le citazioni in italiano o in lingua straniera vanno scritte **fra virgolette basse** («...») negli stessi caratteri del testo in cui sono inserite (tondo, se il testo è in tondo, corsivo, se il testo è in corsivo. I **riferimenti** possono essere fatti fra parentesi nel testo (es., M. FUMAROLI, 2002, p. 402), se vi è bibliografia pubblicata in fondo all'articolo, oppure inserendo le note a piè di pagina.

Quando c'è un'omissione all'interno di una citazione, va segnalata non con i soli puntini, ma con puntini tra parentesi quadra [...]

Si prega di evitare le sottolineature e il neretto.

I **titoli** delle opere letterarie, cinematografiche, teatrali citati nel testo vanno indicati in corsivo (es. *Codice dei Diritti umani e fondamentali, Trattato dell'argomentazione, La lingua, la legge, la professione forense, Il verdetto*)

Per le citazioni di volumi: in maiuscolo la iniziale del nome e, per esteso, il cognome dell'autore, titolo in corsivo, casa editrice, luogo di pubblicazione, anno di pubblicazione, volume o parte, pagina o pagine citate (p. / pp. - non pag. o pagg.): es. R. DANOVI, *Commentario del Codice deontologico forense*, Giuffrè, Milano 2001, p. 82.

La stessa regola vale per:

- i volumi collettivi, per i quali va aggiunta la segnalazione: (a cura di). Per esempio: A. MARIANI MARINI (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, Giuffrè, Milano 2003;
- i titoli di opere autonome pubblicate in raccolte generali o in volumi di *opera omnia*. Per esempio: S. CHIARLONI, *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, in N. PICARDI - B. SASSANI - F. TREGGIARI (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, E.S.I., Napoli 2001, p. 127.

Per le citazioni di articoli contenuti in riviste o pubblicazioni periodiche: iniziale del nome e, per esteso in maiuscolo, cognome dell'autore, titolo in corsivo, titolo della rivista o del periodico abbreviato in corsivo, volume, anno, numero del fascicolo e delle pagine: es., M. Rossi, *Ordinamento professionale e accesso alla professione*, in *Rass. forense*, 1/1995, p. 139.

La stessa regola vale per le citazioni di articoli o saggi contenuti in volumi collettivi: es., A. MARIANI MARINI, *L'argomentazione dell'avvocato*, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, PLUS, Pisa 2004.

Per la **ripresa di citazioni**, va usato il corsivo per le espressioni: *ibid.* e *op. cit.*, che non sono precedute dal titolo dell'opera; il tondo, per l'espressione: *cit.*, che è preceduta dal titolo dell'opera.

Per le citazioni di **opere su internet** l'indirizzo va scritto in tondo. Ad es. www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf.

Le citazioni dei **testi normativi** vanno abbreviate e scritte in tondo o in corsivo minuscoli secondo il carattere del testo (es.: l., d.lgs., d.P.R., reg.).

Recensioni: in testa vanno indicati gli elementi bibliografici completi del testo che si recensisce, sia esso libro o articolo, cioè il nome per esteso dell'autore o degli autori, il titolo completo (compreso il sottotitolo, se esiste), il luogo e la data di pubblicazione e il numero delle pagine: es., HERBERT L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965, pp. 329.

I titoli in lingua che usano un alfabeto non latino o in lingua non alfabetica vanno citati nella traslitterazione scientifica in lettere latine, seguita dalla traduzione nella lingua in cui è scritto il saggio.

Le tabelle e i grafici vanno numerati progressivamente, con l'indicazione del titolo in corsivo: (es., Tabella 1. *Scuole forensi italiane*; Figura 1. *Scuole forensi italiane*). L'indicazione della fonte da cui i dati sono tratti va posta in calce alla tabella o al grafico.

Le abbreviazioni delle riviste e pubblicazioni periodiche e di dizionari ed enciclopedie vanno eseguite secondo la prassi editoriale comune.

Es.: OSTI, voce "Contratto", in *Noviss. Dig. It.* IV, Torino 1959, 462.

Cass. 29 settembre 1977, in *Riv. Pen.*, 1977, p. 952.

Sigle

cap. e capp. = capitolo e capitoli

cfr. = confronta: rimanda genericamente a un testo, senza indicare un punto preciso

cit. = citato

ed. = edizione

et al. = e altri

fig. e figg. = figura e figure

ibid. = nello stesso testo che è stato citato nella nota precedente, ed esattamente nella stessa pagina; seguito dal numero di pagina se queste ultime sono diverse

infra = vedi più avanti

n. e nn. = nota e note

[*N.d.A.*] = nota dell'autore

[*N.d.C.*] = nota del curatore

[*N.d.R.*] = nota del redattore

[*N.d.T.*] = nota del traduttore

p. e pp. (e non: pag. o pagg.) per indicare la singola pagina o le pagine

par. e parr. = paragrafo e paragrafi

passim = in diversi punti (quando il concetto a cui si fa riferimento è espresso in una fonte non in una pagina precisa ma qua e là)

s. e ss. = seguente e seguenti

s.d. = senza data (nel caso in una fonte non sia riportata la data di edizione)

s.l. = senza luogo (nel caso in una fonte non sia riportato il luogo di edizione)

sez. = sezione

[*sic*] = proprio così. Si usa quando si riporta una citazione che contiene una parola strana o sbagliata, facendo così capire che non si tratta di errore proprio ma dell'autore della citazione.

tab. = tabella

tav. = tavola

tr. o trad. = traduzione

vol. e voll. = volume e volumi

Abbreviazioni

FONTI E VOCI ATTINENTI

Corte eur. dir. uomo = Corte europea dei diritti dell'uomo
G.U.P. = Giudice dell'udienza preliminare
Atti parl. Cam. = Atti parlamentari della Camera dei deputati
Atti parl. Sen. = Atti parlamentari del Senato
circ. = circolare
d. interm. = decreto interministeriale
d.C.p.S. = decreto del Capo provvisorio dello Stato
disp. prel. = disposizioni sulla legge in generale (preliminari al codice civile)
disp.reg. = disposizioni regolamentari
d.l. = decreto-legge
d.lgs. = decreto legislativo
d.m. = decreto ministeriale
d.P.R. = decreto del Presidente della Repubblica
d.p. giunta reg. = decreto del presidente della giunta regionale
l. = legge
l. cost. = legge costituzionale
l. rg. = legge regionale
l. prov. = legge provinciale
r.d.l. = regio decreto-legge
r.d.lgs. = regio decreto legislativo
r.d. = regio decreto
reg. = regolamento
r.m. = risoluzione ministeriale
t.u. = testo unico

ORGANI GIUDICANTI

App. = corte di appello
App. mil. = corte militare di appello
Ass. = corte di assise
Ass. app. = corte di assise di appello
BGH = Bundesgerichtshof
BverfG = Bunderverfassungsgericht
Cass. = Corte di cassazione
Cass., sez. un. = Corte di cassazione, sezioni unite
Cass. civ. = Corte di cassazione civile
Cass. pen. = Corte di cassazione penale
C. conti = Corte dei conti
C. cost. = Corte costituzionale
C. giust. CECA = Corte di giustizia della Comunità europea del carbone e dell'acciaio
C. giust. CE = Corte di giustizia delle Comunità europee
C.I.J. = Court internationale de justice
Coll. Arb. = Collegio Arbitrale
Comm. centr. imp. = commissione centrale delle imposte
Comm. tribut. 1° = commissione tributaria di 1° grado
Comm. tribut. 2° = commissione tributaria di 2° grado
Com. tribut. centr. = Commissione tributaria centrale
Cons. reg. sic. = Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana
Cons. St. = Consiglio di Stato
Cons. St., ad. gen. = Consiglio di Stato, adunanza generale
Cons. St. ad. plen. = Consiglio di Stato, adunanza plenaria
G.U.P. = Giudice dell'udienza preliminare
Giud. Pace = Giudice di pace
G.I. = Giudice istruttore
G.I.P. = Giudice per le indagini preliminari

Giud. Tut. = Giudice tutelare
Lodo arb. = Lodo Arbitrale
Proc. Rep. = Procura della Repubblica
Proc. Gen. App. = Procura generale presso la Corte d'appello
P.M. = Pubblico ministero
Pret. = pretura
TAR = tribunale amministrativo regionale
Trib. = tribunale
Trib. acque = tribunale regionale delle acque pubbliche
Trib. Ce = tribunale di I grado delle Comunità europee
Trib. mil. = tribunale militare territoriale
Trib. sup. acque = Tribunale superiore delle acque pubbliche
Trib. sup. mil. = Tribunale supremo militare

DIZIONARI ED ENCICLOPEDIA

Digesto Pen. = Digesto IV ed. Disciplinare penalistiche
Digesto Civ. = Digesto IV ed. Disciplinare privalistiche - Sezione Civile
Digesto Comm. = Digesto IV ed. Disciplinare privalistiche - Sezione Commerciale
Digesto Pubbl. = Digesto IV ed. Disciplinare pubblicistiche
Enc. Dir. = Enciclopedia del Diritto
Enc. forense = Enciclopedia forense
Enc. giur. = Enciclopedia giuridica, Treccani
Enc. giur. Lav. = Enciclopedia giuridica del lavoro
N.D.I. = Nuovo digesto italiano
Nss. D.I. = Novissimo digesto italiano

COSTITUZIONE, CODICI e ATTI INTERNAZIONALI

Accordo = Accordo
c.c. 1865 = Codice civile del 1865
c. cons. = Codice del consumo
c. nav. = Codice della navigazione
c. p.i. = Codice della proprietà industriale
c.str. = Codice della strada
c. comm. = Codice di commercio
c.p.c. = Codice di procedura civile
c.p.p. 1930 = Codice di procedura penale del 1930
c.p.p. = Codice di procedura penale
c.p.m.g. = Codice penale militare di guerra
c.p.m.p. = Codice penale militare di pace
c.p. = Codice penale
Conv. = Convenzione
Cedu = Convenzione europea dei diritti dell'uomo
Cost. = Costituzione della Repubblica
Dir. = Direttiva
Disp. Att. = Disposizione di attuazione
L. inv. = Legge invenzioni
L. fall. = Legge fallimentari
Trattato = Trattato

Finito di stampare nel mese di febbraio 2018
da Tipografia Monteserra S.n.c. - Vicopisano
per conto di Pisa University Press